

ORGANIZACION DE LOS TRIBUNALES CHILENOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Estudio de las diversas corrientes doctrinales
que se dan en nuestro Derecho*.

ROLANDO PANTOJA BAUZA
Profesor e Investigador de Derecho Administrativo

Introducción

1) *El artículo 87 de la Constitución Política del Estado.* Nuestra doctrina está de acuerdo en estimar que la iniciativa del Constituyente de 1925, de crear tribunales de lo contencioso-administrativo, fue, en realidad, un gran paso adelante en la evolución jurídica chilena.

“Es un artículo nuevo que llenó la injusta deficiencia de que adolecían las leyes anteriores a la Constitución del año 1925”, ha dicho ALCAYAGA SOLA (1). “Esta disposición —indica a su vez don JUAN ANTONIO IRIBARREN— tuvo por objeto llenar el vacío dejado por la legislación anterior sobre protección de los intereses contra actos arbitrarios de la Administración, que no tenían correctivo jurídico alguno después

* Esta es la primera parte de un trabajo de mayor extensión. El resto del Capítulo II: “Organización de los tribunales administrativos en el Derecho Chileno”, y el Capítulo III: “Las actuales tendencias que acusa el pensamiento chileno en materia de organización de los tribunales administrativos”, se publicará en el próximo número de esta Revista.

(1) Alcayaga Solá, Eduardo: “*De lo Contencioso-Administrativo*”. Comentario al Proyecto de Ley sobre Organización y Funcionamiento del Tribunal Administrativo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 87 de la actual Constitución. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile. Imprenta El Esfuerzo. Santiago de Chile. 1930; pág. 81.

de la reforma constitucional de 1874 y de las leyes que se dictaron en su conformidad: Ley Orgánica de Tribunales, artículos 1º y 2º; Código Penal, artículo 222" (2). En efecto, corroboran JIRON VARGAS, MERY BRAVO y SARIC PAREDES, "una de las innovaciones introducidas por la Constitución de 1925, fue el artículo 87, que vino a llenar el incalificable vacío producido en nuestras instituciones por la falta de un control adecuado para la actividad administrativa" (3).

"Este gran vacío de nuestra legislación administrativa —hace presente don GUILLERMO VARAS CONTRERAS— 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" (4).

2) *Problemática del artículo 87 de la Constitución Política del Estado.* La verdad es, sin lugar a dudas, que ante la concepción orgánica y la reducida atribución competencial en que las Constituciones Políticas de 1828 y 1833 volcaron la actividad contencioso-administrativa, el artículo 87 de la Carta de 1925, a pesar de las críticas que ha recibido, representa la etapa de madurez del contencioso-administrativo chileno: en una fórmula amplísima, cuyas líneas concretas entrega a la ley, señala las dos ideas matrices que inspiran su pensamiento: por una parte, que los órganos que ejerzan la función contencioso-administrativa sean "Tribunales... formados con miembros permanentes"; por la otra, que estos tribunales conocerán de "las reclamaciones que se interpongan contra los actos o

(2) Iribarren, Juan Antonio: "Lecciones de Derecho Administrativo". Apuntes de Clases revisados por el Profesor. Editorial Nascimento. Santiago-Chile. 1936; pág. 51.

(3) Jirón Vargas, Enrique; Mery Bravo, Sergio; Saric Paredes, Alejandro: "Lo contencioso-administrativo". Editorial Jurídica de Chile. 1959; pág. 212.

(4) Varas Contreras, Guillermo: "Derecho Administrativo". Editorial Nascimento. Santiago. 1940; pág. 382.

disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas”.

De la letra misma del citado artículo 87 de la Carta Fundamental surgen, ab initio, tres interrogantes primordiales:

1ª) Estos “Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes”, ¿pertenerán al cuadro del Poder Judicial, estarán integrados en la Administración o configurarán una organización autónoma?

2ª) ¿Conocerán de todos “los actos de las autoridades políticas o administrativas”, o sólo de algunos de ellos?

3ª) Al decir el artículo 87: “Y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes”, ¿qué “contencioso” está confiándole a los futuros jueces administrativos?

De estas tres interrogantes: la que versa sobre el aspecto organización, la que incide en los actos susceptibles de impugnación o materia impugnable, dentro de la terminología tradicional, y la que recae sobre la amplitud de las atribuciones de la magistratura administrativa, nosotros nos ocuparemos sólo de la primera, es decir, de la que percute en la faceta “organización”, sin entrar por ahora al desarrollo de los otros dos puntos.

3) *Problemática del artículo 87 de la Constitución Política del Estado en materia de organización de los tribunales administrativos.* De acuerdo con el tenor literal del artículo 87 de la Carta Política: “Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley”.

Ahora bien: ¿Cómo se organizarán los futuros tribunales administrativos?

¿Estarán adscritos al Poder Judicial?

¿Deberán incorporarse a la Administración?

¿Configurarán, por último, una organización autónoma, distinta del Poder Judicial y diferente de la administración?

He aquí planteado, pues, el problema de organización que suscita el artículo 87 de nuestra Ley Fundamental.

Capítulo I

Posiciones asumidas por la doctrina chilena ante el problema de organización que plantea el artículo 87 de la Constitución Política del Estado

4) *Los precursores de las corrientes que se advierten en la doctrina ante el problema de organización que plantea el artículo 87 de la Constitución Política del Estado.* Desde antiguo la doctrina chilena ha venido dando respuestas distintas a la interrogante que despierta la organización de los tribunales administrativos.

Así, bajo la Constitución de 1833, dos de los más representativos autores de la época, don SANTIAGO PRADO y don JORGE HUNEEUS, uno desde un punto de vista crítico frente al contencioso-administrativo entonces existente, otro desde un ángulo político, sostuvieron lo que más tarde ha pasado a llamarse "sistema judicialista" o de "jurisdicción única", es decir, aquel en que el Poder Judicial ostenta la facultad privativa de juzgar las controversias jurídicas de toda índole que se promuevan en el orden temporal. "Notaremos —decía el señor PRADO—, que por evitar un peligro se ha caído en otro, se teme la acumulación y confusión de poderes en el judicial, y se acepta esa misma confusión y acumulación de poderes en el administrativo, con la diferencia que el peligro es mayor en este caso, en razón de que la administración es juez y parte a un mismo tiempo" (5). Y el señor HUNEEUS, a su vez, agregaba que en su concepto debía entregarse "a los Tribunales Ordinarios el conocimiento exclusivo de todos los asuntos ju-

(5) Prado, Santiago: "*Principios elementales de Derecho Administrativo Chileno*". Adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional. Santiago. 1859; pág. 310, nota 2.

diciales que en el orden temporal se promuevan en el territorio de la República, sea cual fuere su naturaleza y la condición de las personas que en ellos intervengan, según terminantemente lo dispone en el primer inciso de su artículo 5º la Ley Orgánica de 15 de Octubre de 1875" (6).

Por aquellos mismos años, don JOSE VICTORINO LASTARRIA, discrepando de este parecer, apuntaba que "el poder judicial es el que tiene por objeto administrar o aplicar las leyes para terminar por medio de juicios equitativos las contenciones que pueden suscitarse entre los habitantes de un país sobre cualquiera de sus derechos" (7), y que "el Consejo de Estado como auxiliar del ejecutivo debe ilustrarle, por medio de una discusión concienzuda, sobre todos los proyectos de ley que se iniciaren por su parte y sobre todos los reglamentos y demás resoluciones de entidad que el ejecutivo haya de dictar en negocios políticos y administrativos. También debe tener intervención en aquellas reclamaciones o demandas que se promuevan sobre los actos de la administración, y cuya decisión corresponde al gobierno y no al poder judicial, porque entonces carecería aquel de la fuerza necesaria para vencer los obstáculos que se oponen a su marcha y desaparecería su responsabilidad, puesto que se les despojaba de su libertad de acción" (8). En síntesis, dice el señor LASTARRIA, iniciando así la ruta seguida luego por los propugnadores del "sistema administrativo", "la competencia de los Tribunales ordinarios no puede extenderse a juzgar las contenciones que tienen su origen en los actos administrativos del Poder Ejecutivo ni en los negocios que, por su naturaleza, pertenecen a la Administración de este Poder" (9), ya que su rol se circunscribe al conocimiento exclusivo de las causas civiles y criminales.

(6) Huneeus, Jorge: *"Obras Completas"*. Edición Nacional ordenada por el Supremo Gobierno. Tomo II. Imprenta Cervantes. Santiago de Chile. 1891; pág. 229.

(7-8) Lastarria, José Victorino: *"Elementos de Derecho Público Constitucional"*. Arreglados a la enseñanza de la juventud americana. Imprenta Chilena. Calle de Valdivia Nº 21. Diciembre de 1848; págs. 125 y 121.

(9) Lastarria, José Victorino: Vid.: Huneeus, Jorge: *op. cit.*, pág. 226.

Más adelante, con posterioridad a la Reforma Constitucional de 1874, en 1917, surgió una tercera posición, luego actualizada: la tesis autonómica, sostenedora de la independencia de los tribunales administrativos, ora frente al Poder Judicial, ora ante la Administración: “La fórmula más prudente de resolver el problema —dice en efecto SANTIAGO VIVANCO FERRADA—, es confiar a un tribunal especial, ajeno a la influencia del Ejecutivo y del Poder Judicial, el fallo de estas contenciones, sin que esto signifique la creación de un nuevo poder dentro del Estado, sino simplemente el establecimiento de una corporación independiente en el ejercicio de su misión de justicia administrativa y que sólo tiene por objeto modelar ciertos actos de la autoridad administrativa que no se han conformado con los preceptos que restringen su imperio, en beneficio de los ciudadanos” (10).

De esta manera, los señores PRADO Y HUNEEUS constituyen la raigambre doctrinaria de la actual corriente judicialista; don JOSE VICTORINO LASTARRIA lo es de la postura administrativa y SANTIAGO VIVANCO FERRADA, a su vez, es el precursor de la tendencia autonómica.

5) *Posiciones asumidas por la doctrina chilena ante el problema de organización que plantea el artículo 87 de la Constitución Política del Estado.* Dictada la Carta Fundamental de 1925, nuestra doctrina, aún sin quererlo, ha venido a replantear las tres posiciones básicas ya formuladas por nuestros escritores del siglo pasado y principios del presente. Cabe distinguir, así, una corriente judicialista, una postura administrativa y una tendencia autonómica.

6) A. *Corriente judicialista.* Para un primer grupo de autores los tribunales administrativos deben integrarse en el

(10) Vivanco Ferrada, Santiago: “*De lo Contencioso-Administrativo*”. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile. Santiago de Chile. 1917; págs. 42-43.

Poder Judicial, sea porque se estima, como es el caso de CRUZ VALDES, que la función contencioso-administrativa es actividad judicial, sea porque se reconoce, como hacen otros escritores, que los tribunales administrativos no son más que órganos especiales de judicatura frente a los que tienen carácter de ordinarios.

En su Tesis de Licenciatura del año 1961, expresa, en efecto CRUZ VALDES siguiendo una línea de ascendencia netamente huneusiana: "Si la segunda parte del artículo 80 de la Constitución Política habló de ejercer funciones judiciales ("Ni el Presidente de la República, ni el Congreso, pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos"), es evidente que con ello se quiso referir a la jurisdicción en general, y no a una parte o rama de la jurisdicción" (11). Por eso, "si la jurisdicción contencioso-administrativa es una jurisdicción en el estricto sentido de la palabra, significa, entonces, que esta jurisdicción está entregada al Poder Judicial del mismo modo que la jurisdicción civil, penal, laboral y otras que fueren entregadas al expresado poder" (12).

"El artículo 87 de la actual Constitución —dice por su parte don JOSE GUILLERMO GUERRA, ex Profesor de Filosofía del Derecho y de Derecho Internacional de la Universidad de Chile, apuntando el segundo tipo de argumentación— robustece la existencia de los Tribunales Administrativos existentes en virtud de simples leyes, y autoriza la creación de otros nuevos que el tiempo haga necesario. Pero adolece de defectos de forma y fondo".

"La redacción deja que desear, a consecuencia de que se incluyó en el artículo una palabra que está de más. Se dice que los Tribunales Administrativos son los llamados a resolver "las

(11-12) Cruz Valdés, Miguel: "*Jurisdicción contencioso-administrativa*". Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad Católica de Chile. Inédita. Santiago. 1961; págs. 45 y 48.

reclamaciones" (esto está muy bien dicho) que se interpongan contra los actos o disposiciones "arbitrarias" (esto es lo mal dicho) de las autoridades políticas o administrativas. Habrá que suprimir la palabra "arbitrarias" y con ello la redacción sería suficiente. Basta decir que se autorizan las reclamaciones, cada cual sabrá por qué y de qué reclama, y el Tribunal sabrá a su vez qué reclamaciones debe acoger y cuáles no, y las razones que tenga para lo uno y para lo otro. En cambio la palabra "reclamaciones" está muy bien empleada, pues no cabría emplear aquí la palabra "demandas" ni mucho menos "acusaciones"...

"Pero el error más grave en que se incurrió respecto al artículo 87, fue, a nuestro juicio, el de incrustarlo al final del Capítulo VII, relativo al Poder Judicial. Esto, sin lugar a dudas, significa que los Tribunales Administrativos deberán formar parte del Poder Judicial y estar sometidos a la superintendencia disciplinaria, correccional y económica de la Corte Suprema de Justicia, todo lo cual probablemente no entró en la mente de la Subcomisión" (13). "Se ha discutido si estos tribunales deberán quedar bajo la superintendencia de la Corte Suprema, por estar ubicados en el capítulo relativo al poder judicial —dice don MARIO BERNASCHINA GONZALEZ—. El profesor don JOSE GUILLERMO GUERRA sostiene que sí, y parece ser ésta la verdadera doctrina porque se trata de una especie de tribunales de justicia con carácter especial, pero sometidos a la autoridad judicial y no a la administrativa. La misma Constitución permite sostener esta tesis, al decir que los miembros de estos tribunales serán permanentes, es decir, gozarán del privilegio de la inamovilidad" (14). "Particularmente —expresa COLOMBO CAMPBELL— me inclino por con-

(13) Guerra, José Guillermo: *"La Constitución de 1925"*. Establecimientos Gráficos Balcels. Santiago, 1929; págs. 464-465.

(14) Bernaschina González, Mario: *"Manual de Derecho Constitucional"*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, 1951; pág. 549.

siderar que los tribunales de lo contencioso-administrativo, tal como lo establece el artículo 87, forman parte del poder judicial y no del poder ejecutivo" (15). "La ley que se dicte para dar cumplimiento a este precepto constitucional —indica don CARLOS ESTEVEZ GAZMURI— deberá orientarse en el sentido de establecer una judicatura administrativa, es decir, que los magistrados que la ejerzan gocen de la inamovilidad del Poder Judicial. Estos Tribunales deberán estar sometidos a la Superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema" (16). "Creemos que, en el caso de que estos tribunales se crearan —apuntan JIRON VARGAS, MERY BRAVO y SARIC PAREDES—, deberán estar sometidos a la superintendencia de la Corte Suprema" (17).

7) A'. *Fundamentos en que descansa la corriente judicialista*. Los argumentos que esgrime la corriente judicialista en defensa de su tesis responden a las dos subtendencias que la integran: la postura substantiva y la posición orgánica.

Así, para CRUZ VALDES, que sostiene la identidad entre función contencioso-administrativa y actividad judicial, postura material o substantiva, la razón de ser de su modo de pensar, el por qué de su parecer, se encuentra en la estructura misma del Estado: habrá, entonces, una actividad legislativa, una función administrativa y una actividad judicial. Siendo "el ejercicio de la función judicial... lo que constituye una jurisdicción, puesto que Jurisdicción es el derecho y el deber al ejercicio de la función de justicia" (18), no cabe hablar de diferencias entre lo contencioso-administrativo y lo judicial: "Si la juris-

(15) Colombo Campbell, Juan: "La Competencia". Editorial Jurídica de Chile. 1959; página 213.

(16) Estévez Gazmuri, Carlos: "Elementos de Derecho Constitucional Chileno". Editorial Jurídica de Chile. 1949; pág. 348.

(17) Jirón Vargas, Enrique; Mery Bravo, Sergio; Saric Paredes, Alejandro: vid. *op. cit.*, pág. 213.

(18-19-20) Cruz Valdés, Miguel: vid. *op. cit.*, págs. 45, 48 y 45-46.

dicción contencioso-administrativa es una jurisdicción en el estricto sentido de la palabra, significa, entonces, que esta jurisdicción está entregada al Poder Judicial" (19). Demuestra este aserto, en su opinión, la segunda parte del artículo 80 de la Carta Política: "Ni el Presidente de la República, ni el Congreso, pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos", ya que "si habló de ejercer funciones judiciales —prohibiendo al Presidente de la República y al Congreso Nacional ejercerlas— es evidente que con ello se quiso referir a la jurisdicción en general, y no a una parte o una rama de la jurisdicción" (20). Como decía el señor HUNEEUS, desde el momento que la Ley Orgánica de Tribunales de 1875 entregó "a los Tribunales Ordinarios el conocimiento exclusivo de todos los asuntos judiciales que en el orden temporal se promueven en el territorio de la República, sea cual fuere su naturaleza y la condición de las personas que en ellos intervengan" (21), "no hay 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 duda" (22), puesto que "la expresión causas civiles, empleada en el artículo 108, está aplicada por las palabras funciones judiciales que el mismo artículo emplea a continuación, y por las muy comprensivas de que se ha valido la Ley Orgánica de Tribunales... al conferir a los Tribunales que ella establece el conocimiento de todos los asuntos que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República" (23).

Los tribunales administrativos, pues, no son más que tribunales ordinarios, ejercen un poder análogo al de la judicatura común que no justifica la creación de un orden distinto de órganos jurisdiccionales.

(21-22-23) Huneeus, Jorge: vid. *op. cit.*, págs. 229 y 229, nota 1.

La subtendencia orgánica, por su parte, que ha sido la más favorecida por la doctrina y por lo mismo la que mayores argumentos ostenta en pro de su establecimiento, estima que los tribunales administrativos deben integrarse en el Poder Judicial en calidad de tribunales especiales.

Las razones que aduce en pro de su tesis son las siguientes :

1º) La ubicación del artículo 87 de la Carta Fundamental. Haberlo insertado al final del Capítulo VII, que se refiere al Poder Judicial, “sin lugar a dudas, significa que los Tribunales Administrativos deberán formar parte del Poder Judicial” (opinión de don JOSE GUILLERMO GUERRA reiterada por la doctrina posterior). “En consecuencia, frente a la letra de la propia Constitución, no cabe argumentación en contrario; si la ley comete un error, la única forma de salvarlo es modificando la ley, ya que no es posible desatender a su tenor literal a pretexto de existir otras disposiciones que puedan servir para manifestar una opinión diversa” (24).

2º) La calidad de los miembros que integrarán los tribunales administrativos. Al decir el artículo 87 de la Carta Política que los tribunales estarán “formados con miembros permanentes”, ha querido indicar que los magistrados que ejerzan esa función serán inamovibles en los mismos términos en que lo son los miembros de los tribunales ordinarios, esto es, deberán ser jueces (opinión de los señores BERNASCHINA GONZALEZ y ESTEVEZ GAZMURI).

3º) El artículo 86 de la Constitución Política. Al disponer el artículo 86 de la Constitución Política que “la Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de *todos* los Tribunales de la Nación, con arreglo a la ley que determine su organización y atribuciones”, está incluyendo

(24) Colombo Campbell, Juan: *vid. op. cit.*, pág. 213.

dentro del Poder Judicial a todos los tribunales, y como precisamente los administrativos revisten este carácter, deberán adscribirse al Poder Judicial, bajo la superintendencia de la Corte Suprema (opinión sustentada en la actualidad por JIRON VARGAS, MERY BRAVO y SARIC PAREDES (25)).

4º) División de poderes y de funciones del Estado. “Finalmente —sostiene esta postura—, en doctrina no existe una división tajante de funciones y de poderes; en nada atenta a un régimen constitucional ordenado el hecho que se confiara a tribunales dentro del poder judicial, facultades para conocer de materias propias de la administración. Lo importante es precisar el concepto de funciones públicas y no de poderes públicos...”.

“Como en el hecho existen una serie de tribunales especiales que tienen competencias en materia administrativa, ello implica, evidentemente, que aquellos establecidos en el artículo 87, son los ordinarios de lo contencioso-administrativo, pero que, para los efectos generales de nuestra organización, deben considerarse como especiales atendiendo a la materia” (26).

8) B. *Corriente administrativa*. Para un segundo grupo doctrinal los tribunales administrativos deben adscribirse, no al Poder Judicial, sino al Poder Ejecutivo, si se quiere, a la Administración.

Dentro de este orden de ideas, expresa don ENRIQUE SILVA CIMMA: “Aquella parte de la función administrativa, en oposición a la propiamente de ejecución, que consiste en resolver las contiendas producidas entre ellas y los administrados, como consecuencia de los actos de aquélla, es lo que

(25) Jirón Vargas, Enrique; Mery Bravo, Sergio; Saric Paredes, Alejandro: vid. *op. cit.*, pág. 213.

(26) Colombo Campbell, Juan: vid. *op. cit.*, pág. 214.

constituye la jurisdicción contencioso-administrativa, como ha sido llamada también por la doctrina". De aquí, pues, que "el concepto de jurisdicción contencioso-administrativa supone necesariamente un conjunto de ideas matrices:

1º) Que exista una contienda entre la Administración y un particular;

2º) Que esta contienda sea la consecuencia de un acto de autoridad de la Administración; y

3º) *Que esta actividad jurisdiccional se radique en la Administración*" (27). "La función judicial —agrega ALCAYAGA SOLA— no ha de inmiscuirse en la función administrativa".

"Esta prohibición trae por consecuencia la diferencia entre lo contencioso-administrativo y lo contencioso-judicial, cada uno en su esfera propia e íntimamente ligado el primero con la administración activa, llegando a formar los atributos indispensables del Poder Administrativo y capacitándolo así para que con entera independencia pueda colocarse frente a los demás poderes" (28). "El establecimiento de los Tribunales Administrativos —indica DIAZ CARRASCO— importaría tácitamente el reconocimiento de la potestad jurisdiccional de la Administración Pública, o sea, la facultad de hacer declaraciones válidas en derecho, ante un conflicto que es necesario resolver" (29). En resumen, sintetiza RODRIGUEZ ELIZONDO, "para nosotros es claro —aunque no obvio— que los tri-

(27) Silva Cimma, Enrique: "*Derecho Administrativo*". Apuntes de Clases. Tomo II. Editorial Universitaria S. A. Santiago. 1959; pág. 384. Hemos considerado esta obra del Profesor Silva Cimma, que es del año 1959, por constituir la publicación que le conocemos sobre la materia. Debemos dejar constancia, sin embargo, de que en estudios posteriores, aún inéditos, se inclina por una tesis distinta.

(28) Alcayaga Solá, Eduardo: *vid. op. cit.*, pág. 23.

(29) Díaz Carrasco, Alberto: "*Tribunales Administrativos*". Derecho positivo y comparado. Proyecto de Ley y Reglamento. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Imprenta El Esfuerzo. Santiago de Chile. 1934; pág. 62.

bunales contemplados por la Constitución en su artículo 87 deben ser tribunales especializados e independientes del Poder Judicial”, pero “por otra parte, hemos dicho que conviene que estos tribunales sean independientes de la Administración. Conviene ahora adjetivar tal afirmación, y decir de la Administración activa. Esto porque de implantarse tribunales independientes de la Administración y de la Judicatura, encargados del control de los actos administrativos, se estaría reconociendo tácitamente la existencia de un poder público distinto; de un poder superadministrador”.

“Por estas razones, somos partidarios en sus líneas teóricas del sistema francés. Sabido es que en este sistema los tribunales administrativos son enteramente independientes de los tribunales judiciales y de los órganos de la Administración activa, pese a estar integrados en la Administración. Son organismos jurisdiccionales encargados del control jurídico de los actos de la Administración activa” (30).

9) B'. *Fundamentos aducidos por la corriente administrativa.* A los argumentos substanciales y orgánicos de la tendencia judicialista, la postura administrativa, discrepando de ese parecer, opone las razones siguientes:

1º) Falta de consistencia del argumento formal relativo a la ubicación del artículo 87 de la Carta Política. “Paradójicamente —refuta RODRIGUEZ ELIZONDO— se puede deducir de la misma ubicación del artículo 87 su independencia del Poder Judicial. En efecto, la dependencia de un tribunal al Poder Judicial se manifiesta, en último término, por su sujeción a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema; estando ubicado el artículo que establece esta

(30) Rodríguez Elizondo, José A.: “Protección jurisdiccional de los administrados” (El Exceso de Poder). Editorial Jurídica de Chile. 1961; págs. 142 y 22-23.

potestad del máximo tribunal después de las disposiciones que se refieren a los tribunales judiciales, y antes del artículo 87 que establece los tribunales administrativos, podría colegirse válidamente que esa potestad no se puede ejercer con respecto a estos últimos. El argumento es tan lógico como el que sostiene que la ubicación del artículo 87 está predeterminando la naturaleza de los tribunales que establece; tan lógico y tan in-substancial, añadiríamos, puesto que no es ese el criterio que se debe seguir para abordar asuntos como el que estamos estudiando. Los tribunales administrativos no deben estar bajo la superintendencia de la Corte Suprema por ser una jurisdicción distinta de la judicial, y no por estar establecidos en un artículo que aparece más acá o más allá del artículo 86" (31).

2º) Inaplicabilidad del artículo 86 de la Constitución Política del Estado. La superintendencia directiva, correccional y económica que el artículo 86 de la Carta Fundamental confía a la Corte Suprema no puede extenderse a los tribunales administrativos, dice esta tendencia, ya que, como ha sostenido este mismo Alto Tribunal, "sólo tiene la supervigilancia de aquellos organismos en quienes la ley radica la función judicial, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, o sea, sobre los Tribunales de Justicia, y, en consecuencia, no basta que la ley dé a un determinado cuerpo la denominación de tribunal, para que con este solo hecho pueda administrar justicia, esto es, conocer y fallar causas civiles y criminales". Por consiguiente, y como los tribunales administrativos no conocen ni fallan causas civiles y criminales, materia propia de los tribunales ordinarios en general, sino que constituyen una "jurisdicción paralela", escapan por naturaleza al control de la Corte Suprema, siéndoles inaplicable el artículo 86 de la Constitución Política del Estado (32).

(31-32) Rodríguez Elizondo, José A.: *vid. op. cit.*, pág. 145.

3º) División de poderes y de funciones. “Dentro del principio de la separación de los Poderes, en el sentido que lo es el de las funciones, ¿puede atribuirse a un poder la facultad de ejecutar y juzgar —por poco que sea— un mismo acto? —se pregunta don ENRIQUE SILVA CIMMA—. Tal es uno de los argumentos capitales contra el sistema de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y a la verdad, tal objeción no carece de fundamento si se considera la jurisdicción en el sentido formal, y no substancial. Porque, en realidad, la atribución jurisdiccional de la Administración Pública que consiste en juzgar sus propias decisiones respecto de los derechos de los administrados, se funda, cabalmente, en la misma separación de los poderes; por lo que la cuestión se reduce entonces a considerar qué debe entenderse a este respecto por separación de poderes. Desde luego, es principio inconcuso en la teoría constitucional, que los poderes son, en el ejercicio de sus funciones, autónomos y soberanos dentro de su esfera respectiva. Luego lo es también la Administración Pública, que comprendemos en el Poder Ejecutivo. Así, pues, el cumplimiento de sus funciones por parte de la Administración Pública, y el ejercicio de sus correlativas facultades supone que constituye un complemento natural de la función de administrar. Y es un complemento necesario del poder de ejecutar —y comprensivo del poder de administrar—, o aún más, es una facultad inherente a ese poder, la de decidir en las controversias o conflictos que se originen entre la administración y los administrados a consecuencia de los actos de aquélla”.

“Ello está en la naturaleza misma de la actividad administrativa...”.

“En conclusión, pues, no es posible en la actualidad sostener que la potestad jurisdiccional pueda significar una desmembración de atribuciones del Poder Judicial. Por el contrario, tratándose de una actividad administrativa esencialmente contenciosa, pero administrativa siempre, ella ha de corresponder precisamente a la Administración, como cuestión innata,

por naturaleza, y sería por lo tanto el principio mismo de la separación de poderes en el sentido de radicación de atribuciones distintas en cada uno de ellos en razón de la materia substancial, el que impediría afirmar que esta clase de actividades habrían de corresponder al Poder Judicial" (33).

Los tribunales administrativos, por todas estas razones, deben estar adscritos a la administración del Estado, no al Poder Judicial.

10) C. *Corriente autonómica*. Para una tercera tendencia doctrinal los tribunales administrativos no deben adscribirse al Poder Judicial ni al Poder Ejecutivo, sino que deben mantenerse independientes tanto del uno cuanto del otro.

"A juicio nuestro —dice ROJAS GONZALEZ—, la Constitución actual ha establecido el Sistema de Tribunales Especiales o Sistema Alemán" (34). En efecto, "debemos manifestar que el sistema de organización de los Tribunales Contencioso-administrativos alemanes nos parece el más perfecto y, en consecuencia, el que ofrece mayores garantías de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, ya que los funcionarios encargados de ejercer la justicia administrativa, gozan de inamovilidad en el ejercicio de sus cargos, actúan con entera independencia, puesto que no están dependiendo ni del Poder Ejecutivo ni del Poder Judicial, y además se les exige estudios especiales que garantizan la eficacia de la labor que han de desarrollar" (35). "Reconocido en nuestro régimen institucional —anota don MANUEL JARA CRISTI— el principio de separación de poderes y la necesidad de supeditar al derecho la actividad administrativa, para contemplar el carácter jurídico de las re-

(33) Silva Cimma, Enrique: vid. *op. cit.*, págs. 389 y sgts.

(34-35) Rojas González, José M.: "*Tribunales Contencioso-Administrativos*". Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Imprenta Aracena. Santiago de Chile. 1934; págs. 57 y 48.

laciones entre administradores y administrados, evitando el despotismo, ya que déspota, como dijo ROUSSEAU, es aquél que se coloca encima y fuera de la ley, resulta evidente que al crearse tribunales de lo contencioso-administrativo, hay que establecerlos con independencia del Ejecutivo y del Poder Judicial, idea que por otra parte fue considerada por los constituyentes del año 1925, y aparece con la mayor claridad de los textos constitucionales" (36).

11) C'. *Fundamentos de la corriente autonómica*. El análisis de la exposición que hace JOSE M. ROJAS GONZALEZ lleva a señalar como argumentos que justifican esta postura, los siguientes:

1º) La naturaleza jurisdiccional de la función contencioso-administrativa. "La Jurisdicción Administrativa no es sino una rama de la Jurisdicción, como lo es la Jurisdicción Penal y la Civil, supuesto que, jurisdicción, en general, es la facultad de administrar justicia, esto es, de declarar y radicar o subjetivizar los derechos. La Jurisdicción Administrativa no hace otra cosa que declarar los Derechos Administrativos" (37).

2º) Como jurisdiccional, el ejercicio de la función contencioso-administrativa corresponde exclusivamente al Poder Judicial. Justificación del lugar que ocupa el artículo 87 dentro de la Carta Política "Es innegable que, de acuerdo con la doctrina de la independencia de los Poderes Públicos, el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde exclusivamente al Poder Judicial".

"Es por esto que sostenemos que debe considerársele en el mismo rango que la jurisdicción civil y penal".

(36) Jara Cristi, Manuel: "*Derecho Administrativo*". Anotaciones de Clases. Imprenta Artes y Letras. 1943; págs. 269 y 270.

(37-38) Rojas González, José M.: *vid. op. cit.*, págs. 21 y 54.

Desde este punto de vista, "es más lógico y ajustado el lugar que actualmente ocupa el artículo 87 de la Constitución vigente. Debe tenerse en cuenta el artículo 108 de la Ley Orgánica de Tribunales que dispone que corresponde a la Corte Suprema "ejercer la jurisdicción correccional, disciplinaria y económica sobre todos los Tribunales de la Nación" (38).

3º) Autonomía de la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante lo expresado, "tanto el sistema administrativo como el sistema judicial, violan el principio de la independencia de los Poderes Públicos. El primero, porque quita al Poder Judicial atribuciones que le son propias; el segundo, porque coloca a la Administración y por consiguiente al Poder Ejecutivo como dependiente del Poder Judicial" (39).

Luego, "los Tribunales encargados de ejercer el control jurisdiccional, deben gozar de plenas garantías de independencia tanto por lo que se refiere al Poder Ejecutivo como al Poder Judicial" (40).

4º) Fundamento positivo de la corriente autonómica. "A juicio nuestro, la Constitución actual ha establecido el Sistema de Tribunales Especiales o Sistema Alemán, puesto que expresa que los Tribunales Administrativos estarán formados "por miembros permanentes". Sus miembros gozarán, en consecuencia, del principio de la inamovilidad" (41).

12) D. *Corriente intermedia*. Junto a estas corrientes fundamentales que se desplazan por los cauces judicialistas, administrativista y autonómico, existen aún algunas opiniones intermedias que se pronuncian sobre ciertos aspectos del problema sub studio, o en general, pero sin acotar con exactitud el pensamiento último que las anima.

(39-40-41) Rojas González, José M.: vid. *op. cit.*, págs. 21-22 y 57.

Así por ejemplo, al referirse al artículo 87 de la Constitución Política, dice don PATRICIO AYLWIN AZOCAR: "Habló el Constituyente de tal jurisdicción —contencioso-administrativa— al tratar del Poder Judicial. ¿Quiso con ello decir que los Tribunales Administrativos hayan de ser simples dependencias de este Poder, verdaderos Tribunales especiales, como los del Trabajo, los de Menores o los del fuero Militar, sujetos por tanto a la superior vigilancia de la Corte Suprema? Nada, salvo la ubicación del artículo 87, justifica ni revela tal propósito, y por el contrario, lo que determinó al Constituyente a crear esta jurisdicción administrativa, fue la idea de que al Poder Judicial no corresponde intervenir en este orden de materias. Debe concluirse, pues, que los Tribunales Administrativos a que se refiere el artículo 87 de nuestra Constitución Política no son simples Tribunales Especiales, sino que, no obstante su ubicación, constituyen una jurisdicción independiente del Poder Judicial y que, en consecuencia, no quedan sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Así también lo ha entendido esta última" (42).

También desde un ángulo intermedio, ecléctico, dice BORQUEZ MONTERO refiriéndose a este mismo problema: "Si se admitiera que el Poder Judicial entrara a considerar la legalidad, oportunidad o validez de dichos actos —de la Administración—, tendríamos que el Poder Judicial primaría sobre el Ejecutivo, faltándose así no sólo al principio de Derecho Constitucional de la "división de los poderes", sino que también a la regla de Derecho Administrativo de la separación e independencia de las autoridades judiciales y administrativas que constituyen hoy por hoy uno de los elementos básicos de todo gobierno bien organizado".

(42) Aylwin Azócar, Patricio: "*Derecho Administrativo*". Editorial Universitaria S. A. Santiago de Chile. Tomo II. 1959; pág. 162.

“Por todas estas consideraciones, estimamos por demás justificada la existencia de una justicia administrativa especial e independiente, cualquiera que fuere la forma que ella revista, ya sea como existe en Francia, en que el Consejo de Estado, a pesar de ser un organismo del Poder Ejecutivo, es lisa y llanamente un verdadero Tribunal de Derecho, o en forma de tribunal especial independiente de la Administración y del Poder Judicial, aunque en él estén representadas ambas autoridades, como lo encontramos en España y en Alemania” (43).

“Un breve examen del texto constitucional —anota don GUILLERMO VARAS CONTRERAS— nos demuestra que los constituyentes han querido que exista una jurisdicción administrativa, independiente de la civil, con tribunales propios formados con miembros permanentes, los que, según la historia fidedigna de dicha disposición, habrán de gozar de la inamovilidad y demás prerrogativas de que disfrutaban los miembros del Poder Judicial” (44).

13) *Corriente doctrinaria aceptada por los Proyectos de Ley sobre Tribunales Administrativos que ha elaborado el Supremo Gobierno.* Por su parte, los Proyectos de Ley que hasta ha elaborado el Gobierno para dar cumplimiento al artículo 87 de la Constitución Política, el Proyecto KOCH de 1929 y el Proyecto ZUÑIGA de 1958, han hecho suyo el espíritu que anima a la tendencia autonómica. Sólo una diferencia digna de anotarse se advierte entre el planteamiento autonómico y el contenido de los referidos Proyectos: mientras ROJAS GONZALES tiene la aplicación de la superintendencia directiva, co-

(43) Bórquez Montero, Israel: “*De la Jurisdicción Administrativa en general y bases para un Proyecto de Ley sobre su establecimiento en Chile*”. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile. Talleres Gráficos La Nación, 1929; pág. 41.

(44) Varas Contreras, Guillermo: *vid. op. cit.*, pág. 382.

reccional y económica de la Corte Suprema sobre los tribunales administrativos, por ejercer éstos un poder jurisdiccional que corresponde en esencia a la judicatura ordinaria, los Proyectos del Gobierno les han dado absoluta independencia, descartando cualquier tipo de interferencia extraña a su propia organización, haciéndolos exactamente autónomos.

Así, el Título II del Proyecto KOCH: "Organización del Tribunal", disponía:

Artículo 6º. 1. El Tribunal Administrativo se compondrá de cuatro Ministros, uno de los cuales será su Presidente.

Artículo 7º. Los Ministros serán nombrados por el Presidente de la República, a propuesta en terna del Tribunal.

Artículo 11. Los miembros del Tribunal Administrativo sólo podrán ser removidos de sus destinos por causa legalmente sentenciada. Para este efecto, tendrán el fuero y prerrogativas de los miembros de la Corte Suprema de Justicia.

Y el Título I del Libro Primero del Proyecto ZUÑIGA: "De la Administración de Justicia Administrativa en General", expresaba:

Artículo 1º. La facultad de conocer de las causas administrativas, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los Tribunales que establece esta Ley.

Artículo 4º. Es prohibido a los Tribunales Administrativos mezclarse en las atribuciones de los Tribunales Ordinarios de Justicia y en las de los Poderes Públicos, salvo en cuanto la Ley los autorice.

Artículo 10º. Los Tribunales Administrativos serán independientes de toda otra autoridad en el ejercicio de sus funciones. Sus decisiones no podrán ser revocadas ni modificadas, sino por medio de los recursos que establece esta Ley.

Tanto el Proyecto KOCH de 1929, entonces, cuanto el Proyecto ZUÑIGA de 1958, se han inclinado a considerar los tribunales administrativos como órganos de justicia independiente no sólo de la judicatura del fuero común, sino que también de la administración del Estado. Los han concebido, en verdad, como tribunales realmente autónomos.

14) *Observaciones generales sobre las posiciones asumidas y los resultados alcanzados por la doctrina ante el problema de organización de los tribunales administrativos que plantea el artículo 87 de la Carta Política.* La misma existencia de las corrientes, subcorrientes y opiniones intermedias que se dan en el seno de nuestra doctrina, pone de manifiesto con su sola presencia la complejidad del problema organizativo que suscita el artículo 87 de nuestra Ley Fundamental. A pesar del esfuerzo por ella desplegado, no obstante también la frecuencia con que se ha enfocado el tema desde diversos ángulos, lo cierto es, bien puede afirmarse, que el problema se mantiene en la misma penumbra en que se encontraba hace treinta y cinco años.

No deseando caer en un subjetivismo criticable desde un punto de vista jurídico se ha acudido a criterios políticos: división de poderes y funciones del Estado, especialidad de lo

contencioso-administrativo; y a interpretaciones jurídicas: sentido de la frase "funciones judiciales" que emplea el artículo 80 de la Carta Política, ubicación del artículo 87, alcance de sus términos, amplitud de la superintendencia directiva, correccional y económica que el artículo 86 confiere a la Corte Suprema sobre todos los tribunales de la Nación, sin que el empleo de estos argumentos haya logrado satisfacer las exigencias objetivas de un planteamiento de derecho.

461.

¿A qué obedece esta falta de unidad?

¿Por qué unas mismas razones de fondo justifican tendencias incluso opuestas? ¿Es que han sido mal utilizadas o es que son insuficientes por sí solas para brindar una cabal explicación?

Porque no puede sino llamar la atención que CRUZ VALDES y COLOMBO CAMPBELL —judicialistas—, el Profesor SILVA CIMMA —administrativista— y ROJAS GONZALEZ —defensor de la tesis autonómica—, basándose en el principio de la separación de poderes y división de funciones, lleguen a conclusiones diversas. Resulta paradójal, además, que la ubicación del artículo 87 importe para los judicialistas en general, encabezados por don JOSE GUILLERMO GUERRA, una postura judicial de la Carta Política, en tanto que para RODRIGUEZ ELIZONDO pueda llegar a significar una inclinación independiente del Poder Judicial. Tampoco aparece claro el pensamiento de los señores BERNASCHINA GONZALEZ y ESTEVEZ GAZMURI, que sostienen la integración judicial de los tribunales de lo contencioso-administrativo, frente a la ponencia de ROJAS GONZALEZ, que basándose en la misma frase defiende la tesis autonómica, y ante el parecer de don PATRICIO AYLWIN, para quien, "lo que determinó al Constituyente a crear esta Jurisdicción administrativa, fue la idea de que al Poder Judicial no corresponde intervenir en este orden de materias", opinión ratificada por los señores JARA CRISTI y VARAS CONTRERAS.

Evidentemente no ha mediado en la vexata quaestio una mala utilización de los conceptos tradicionales relativos a la división de poderes y funciones estatales, plasmados desde antiguo en nuestras Leyes Fundamentales; sostenerlo equivaldría a hacerse reo de una ingenuidad y simpleza dignas de mejor causa. No creemos tampoco estéril y sin consecuencias la discusión despertada en torno al artículo 87 y al alcance de los artículos 80 y 86, pero pensamos, sí, que en mayor o menor medida, cual más, cual menos, todos nuestros autores han caído en el inadvertido defecto de no distinguir con claridad lo que es argumentación de iure condito de lo que es consideración de iure condendo, lo que el Constituyente real y verídicamente quiso y expresó con claridad de lo que ese mismo Constituyente no pudo o no deseó expresar reservando al Legislador una esfera estimativa, discrecional, un campo libre de acción, entregándolo al prudente razonar.

De este modo, un problema de por sí difícil se ha hecho aún más complejo. El mismo señor JOSE GUILLERMO GUERRA con su criterio particularista localizado en el detalle, con sus opiniones encuadradas dentro del recinto estrecho de un artículo 87 y de un Capítulo VII de la Constitución, aludiendo a "todo lo cual *probablemente* no entró en la mente de la Subcomisión", sin profundizar en la raigambre de nuestro ordenamiento, ha contribuido no poco al desarrollo posterior del pensamiento universitario, que se vio obligado a seguirlo, a lo mejor por inercia, dada su autoridad y prestigio.

Por otra parte, la atracción que determinados sistemas han ejercido sobre el espíritu de nuestros graduandos, sea por el éxito que lograron en la experiencia vivida, sea por la nota de justicia que los caracterizaba, hizo que los aceptaran para Chile propugnando su establecimiento, sin reparar en que faltaba aún lo principal: saber lo que podía hacerse dentro de nuestro ordenamiento.

Porque: ¿Cuál es el sistema que fluye de nuestra realidad?

¿Cuáles son esos “diversos factores políticos o administrativos que determinan la legislación de cada país”, en la especie del nuestro, como apunta don ENRIQUE SILVA CIMMA? (45).

Esa personalidad, esa particular idiosincracia del contencioso-administrativo chileno, que requiere construcción antes que crítica, eso es lo que no aparece claro dentro de nuestra doctrina, a pesar de los esfuerzos realizados, y eso es precisamente lo que debe estudiarse en nuestro Derecho.

(45) Silva Cimma, Enrique: *vid. op. cit.*, pág. 395.

Capítulo II

Organización de los tribunales administrativos en el Derecho chileno.

SUMARIO

- Sección I.* Autonomía de los tribunales administrativos en el Derecho Chileno. Crítica de la doctrina nacional.
- Sección II.* Autonomía subjetiva de los tribunales administrativos en el Derecho Chileno. Crítica de la doctrina nacional.
- Sección III.* Idoneidad profesional de los magistrados de los tribunales administrativos.
- Sección IV.* Síntesis de la problemática que suscita la organización de los futuros tribunales chilenos de lo contencioso-administrativo.

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

15) *Concepto de organización: la independencia y la especialización de la magistratura contencioso-administrativa.* “Las palabras de la ley —dice el artículo 20 del Código Civil— se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”. La Corte Suprema, a su vez, en reiterada jurisprudencia, ha sostenido que el sentido natural y obvio de las palabras es “el que les da el Diccionario de la Lengua” (46), agregando también que “el uso general de las palabras en nuestro idioma se encuentra establecido en el léxico o diccionario de la lengua castellana” (47).

De esta manera, cuando la segunda parte del artículo 87 de la Constitución Política confía a la ley la “organización y atribuciones” de los tribunales administrativos, en ausencia de un precepto que explícitamente defina la palabra organización, está confiándole al Legislador el “establecimiento de estos órganos, y, por ende, el señalamiento del número, orden, armonía y dependencia de las partes que han de componerlos”, ya que organizar, según el Diccionario de la Lengua Española, es “establecer o reformar una cosa, sujetando a reglas el número, orden, armonía y dependencia de las partes que la componen o han de componerla”, y organización no es sino “acción y efecto de organizar” (48).

Ahora bien, atendida la circunstancia que los tribunales administrativos *juzgan* “en materia administrativa”, establecerlos o instituirlos presenta al Legislador dos problemas fun-

(46-47) *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas.* Código Civil. Tomo I. 1953. Editorial Jurídica de Chile; Artículo 20, N.os 1 y 2, pág. 39.

(48) *Diccionario de la Lengua Española.* Real Academia Española. Décimoctava edición. 1956; Organizar ||2, Organización ||1.

damentales que confluyen hacia la temática organizativa: por una parte, la manera de garantizar la independencia de los órganos, como juzgadores que son; por la otra, la forma de asegurar la idoneidad profesional de los miembros que los compondrán, por ser juzgadores en materia administrativa.

En efecto, expresa don JESUS GONZALEZ PEREZ refiriéndose al primer aspecto, que “uno de los postulados esenciales (en el cuadro de garantías de un hombre libre) no es otro que aquel que afirma . . . que cuando se deduce una pretensión fundada en el Ordenamiento jurídico, el órgano estatal encargado de decidirla sea independiente de la persona que deduce la pretensión, y de aquella frente a la que la pretensión se deduce. Repugna a la justicia que una misma persona sea juez y parte” (49).

“Al darle (a la Administración) un estado jurídico —agrega don SABINO ALVAREZ-GENDIN desarrollando la segunda faceta del problema general de organización—, . . . no podemos enmarcarla en normas del Derecho común en absoluto en sus relaciones con el ciudadano. Esto sí tiene derechos indelebles y naturales a la libertad y a la seguridad vital, en suma, a la vida y al perfeccionamiento humano, o sea, a las clásicas libertades consignadas en las Constituciones del siglo XIX, que adoptan la naturaleza de derechos individuales. Pero estos mismos derechos, esas mismas libertades, hay que garantizarlos, hay que asegurarlos, y es el Estado quien ofrece esta garantía, esa seguridad, y para ello y para sí requiere privilegios que estén regulados por normas de Derecho Público”.

“El Estado se convierte en tutelador y fomentador de los intereses generales y por ello necesita actuar con autoridad, mediante la acción de oficio y privilegiadamente, y entonces

(49) González Pérez, Jesús: “*Derecho Procesal Administrativo*”. Tomo II. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1957; pág. 150.

se descubren infinidad de prerrogativas de la Administración que se traducen en el derecho de imponer tributos, de expropiar, de establecer servidumbre, de obligar a prestaciones personales (servicio militar, servicio social femenino...), de limitar la actividad privada en interés público, o de imponer estas actividades en tal interés, cual la obligatoriedad de arrendar pisos para viviendas familiares y, sobre todo, de familias numerosas, a las que quedan supeditadas los destinos o servicios oficinescos o burocráticos, los locales de negocios, y para eso se requiere un Derecho especial que estudien los funcionarios y los jueces administrativos, especializándolos, por lo que si bien es conveniente que unos y otros conozcan las necesidades administrativas, no menos deben dejar de conocer la especialidad jurídica. Si la independencia de las autoridades judiciales es garantía de las libertades y de los derechos subjetivos, la competencia técnica es garantía en la aplicación del Derecho objetivo" (50).

"La especialidad de los Tribunales contenciosos —en consecuencia— nace de la especialidad del Derecho que aplica, del Derecho administrativo" (51).

En síntesis, el problema de organización de los tribunales administrativos plantea al Legislador la necesidad de establecerlos con la independencia necesaria para asegurar la imparcialidad de su labor de justicia y la exigencia de dotarlos con personal profesionalmente capacitado para resolver con buen criterio las controversias jurídicas que serán sometidas a su conocimiento y decisión, todo ello bajo las directivas fundamentales impartidas por la Carta Política, Suprema Lex.

(50-51) Alvarez-Gendín y Blanco, Sabino: "*La especialización de los tribunales contencioso-administrativo*". Revista de Administración Pública N° 35 (Mayo-Agosto, 1961); págs. 28-29 y 36.

16) *Facetas que reviste la independencia de los tribunales administrativos: autonomía objetiva y autonomía subjetiva.* El problema de organización que incide en la manera o forma de garantizar la independencia de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo, se bifurca, a su vez, en dos subproblemas, atendida la idiosincracia de la magistratura y el modo de establecerla o estructurarla. Estos subproblemas son, por una parte, la autonomía que debe existir en el ejercicio mismo de la actividad contencioso-administrativa, es decir, libertad de poder juzgar sujetándose sólo a la Ley y con efectos vinculantes: autonomía objetiva, y, por la otra, la falta de ingerencia que debe darse, en el desempeño de las funciones inherentes al cargo y en la remoción de los jueces administrativos, por parte de órganos extraños a su línea organizativa, o sea, la libertad en el cargo, su no dependencia: autonomía subjetiva.

La ausencia o presencia de la autonomía objetiva dentro del sistema contencioso-administrativo que ha dado origen en el Derecho comparado a las llamadas "jurisdicción retenida" y "jurisdicción delegada".

La ausencia o presencia de la autonomía subjetiva dentro del contencioso-administrativo ha puesto de relieve, en los ordenamientos extraños al nuestro, la existencia de los sistemas "administrativo" y "judicialista".

Sección I

Autonomía objetiva de los tribunales administrativos en el Derecho Chileno. Crítica de la doctrina nacional.

“La peculiaridad de cada función material viene a postular un tipo de organización, así como a someter a ésta a un mundo de tensiones y de riesgos perfectamente peculiares” (52).

17) *Autonomía objetiva. Concepto.* La autonomía objetiva de los tribunales administrativos es un concepto de raigambre estrictamente material, substancial u objetiva que descarta en principio, por propio planteamiento, toda idea orgánica, formal, no referida stricto sensu a la actividad que se desarrolla al ponerla en movimiento. Es la función desnuda de titular.

Cierto es que dentro de un estudio de iure condito “el punto de vista formal se impone jurídicamente: lo que importa ahora es el valor jurídico de los distintos actos y éste, ciertamente, viene dado por razón del sujeto que lo emite (Órgano Legislativo, Administración o Tribunales) y de la forma cómo se adopta (procedimiento legislativo, procedimiento administrativo o proceso judicial)”, pero ello no obsta a que el hombre de derecho, antes que el Legislador concrete positivamente su pensamiento, acuda a ciertas pautas funcionales que le sirvan de cauces de interpretación, “pues siendo el Estado de Derecho una tendencia a acantonar las funciones materiales en sus respectivos Poderes (es decir, de hacer que coincidan los puntos de vista material y formal), es lógico que se tenga en cuenta a la hora de organizarse el Estado y de atribuir sus competencias a los diversos órganos” (53).

(52) García de Enterría, Eduardo: “*La Administración Española*”. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1961; pág. 14.

(53) Garrido Falla, Fernando: “*Régimen de impugnación de los actos administrativos*”. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1956; pág. 113.

Desde este ángulo substancial, entonces, la primera exigencia que plantea la organización de los tribunales administrativos como titulares de una función de justicia, es la que se refiere a su autonomía objetiva, en otros términos, el reconocimiento de la facultad juzgadora como poder privativo de la magistratura administrativa, sin posibilidad que otros órganos, en particular aquellos a quienes afectará la sentencia, la Administración, puedan dejar sin efecto o suspender discrecionalmente lo que en ejercicio de esa actividad jurisdiccional se haya resuelto.

18) *La autonomía objetiva de los tribunales administrativos en el derecho comparado.* Precisamente una de las mayores conquistas alcanzadas por el pensamiento jurídico público ha sido el haber logrado consagrar la independencia de la actividad contencioso-administrativa en los mismos términos en que ya se concebía para la resolución de asuntos entre particulares, de conflictos de mero interés privado.

Recordemos que “los ordenamientos del ancien regime no conocieron el sistema de justicia administrativa. En el Edicto de St. Germain di Luigi III (1641) se encuentra formulado el principio de que la Corte Judicial “no ha sido instituida sino para hacer justicia a nuestros súbditos” y, en consecuencia, le está prohibido “conocer de cualquier asunto que pueda concernir al Estado, su administración o su gobierno” (esta última materia “no pertenece más que al príncipe”). Sólo excepcionalmente, y después de bastante tiempo, el príncipe consintió que la Administración Pública fuese llevada a juicio tratándose de controversias de derecho privado o relativas a la percepción de tributos, pero entregando, sí, el conocimiento de estas materias, a órganos contenciosos de carácter especial (como la Corte de Cuentas, v.gr.). Para la mayoría de los asuntos, en particular para los relativos al ejercicio de los poderes públicos, el súbdito no tenía otro medio de defensa que

el de dirigirse ante la autoridad superior, o eventualmente ante el mismo príncipe, en forma de placet, con el objeto de obtener un pronunciamiento por vía de gracia" (esto ocurría, por ejemplo, en el Piamonte: Constitución de Vittorio Amedeo II, de 1770).

"Fue la Revolución Francesa la que ofreció mayores garantías al ciudadano. Deseosa de defender a la joven república y concibiendo el principio de separación de poderes, que recién comenzaba a tener sus primeras aplicaciones, de un modo riguroso y rígido, su legislación . . . confió a los mismos órganos administrativos la solución de las controversias que suscitara su actividad: «la acción, la deliberación y la jurisdicción administrativa quedaron confundidas así en una sola mano»".

"La primera base de una justicia administrativa en el sentido moderno fue dada por la Constitución del año VIII y la legislación que complementó su texto. Esta, mientras por una parte devolvía a los tribunales ordinarios las cuestiones de derecho privado y algunos asuntos tributarios, por la otra atribuía a órganos administrativos locales (consejos de prefectura) . . . el conocimiento de numerosas controversias surgidas del ejercicio de los poderes públicos; a otros, competencia jurisdiccional en determinadas materias (v.gr., a la Corte de Cuentas) y otorgaba, por último, al Consejo de Estado, un poder jurídico de carácter general para apreciar la legitimidad de las decisiones ministeriales, para conocer de recursos intentados contra los pronunciamientos de los consejos de prefectura y para resolver los conflictos que se suscitaban entre los tribunales y la Administración Pública" (aun no concibe esta potestad del Consejo de Estado como ejercicio de una función jurisdiccional, sino simplemente como ejercicio de una función consultiva, reservando al Jefe de Estado la dictación del decreto tendiente a hacer efectivo el parecer del Consejo).

“Surge así el sistema contencioso-administrativo —que se caracteriza por atribuir el conocimiento de este conflicto jurídico a órganos especiales—. Perfeccionado el sistema bajo la Tercera República, 1872, con la entrega de atribuciones jurisdiccionales al Consejo de Estado y con el establecimiento de un Tribunal de Conflictos —que se ha conservado en Francia hasta nuestros días—, ha sido remozado en 1953 con la institución de los Tribunales Administrativos locales (en lugar de los consejos de prefectura), que son los que en la actualidad tienen esa competencia general que en el pasado ostentaba el Consejo de Estado, y con el establecimiento del Consejo de Estado como juez esencialmente de segunda instancia” (54).

En efecto, el sistema contencioso-administrativo nacido de la Constitución del año VIII se caracterizó por la creación de “órganos especiales para conocer de tales reclamaciones, aun cuando entre sus facultades no van a estar las de decisión; se limitarán a emitir dictámenes; la facultad de decisión va a ser retenida por los órganos de la Administración activa. Surge así lo que se llamará «jurisdicción retenida»” (55), cuya nota peculiar consiste, según la gráfica fórmula empleada por ALCAYAGA SOLA, en que “la decisión se toma bajo la firma del Jefe de Estado y bajo su responsabilidad” (56).

Esto quiere decir, simplemente, que la llamada jurisdicción retenida no es sino una potestad de actuación interna, anónima e intrascendente, porque la o las personas que en este sistema aplicaban la Ley al caso concreto mediante un proceso, que actualizaban la legislación en el caso particular,

(54) Sandulli, Aldo: “*Manuale di Diritto Amministrativo*”. Sesta edizione. Casa editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli, 1960; págs. 546-547.

(55) González Pérez, Jesús: vid. *op. cit.* Tomo I. 1955; pág. 282.

(56) Alcayaga Solá, Eduardo: vid. *op. cit.*, pág. 24.

no aparecían ante terceros emitiendo un parecer propio, aunque no fuese vinculante, sino que se encontraban en la difusa penumbra del consultor facultativo cuyos dictámenes y consejos se siguen o no según el grado de acuerdo e incluso de confianza que exista entre el que decide y el que aconseja. Por eso, ha podido decir BORQUEZ MONTERO: “¿Qué garantías podrían tener los particulares (administrados) para hacer valer sus derechos en un orden jurídico semejante, que desconoce la moral, la equidad y la más elemental norma de justicia? Ninguna. Sería sencillamente la retrogradación a la justicia del más fuerte, ya que siempre primarían los intereses que representa la Administración . . . a los de cualquier particular” (57).

Algunos años más tarde, sin embargo, en 1872, entrará a regir la Ley de 24 de Mayo, que dará al Consejo de Estado su organización definitiva, concibiéndolo como órgano decidor, resolutor del conflicto jurídico ante él planteado. “Por tanto, puede señalarse el año 1872 como el que marca el nacimiento de lo que se llamará «jurisdicción delegada»” (58). Por oposición a la jurisdicción retenida “es delegada la que ejerce la Administración por medio de organismos especiales de su seno, en quienes delega esta facultad jurisdiccional, los cuales actúan en forma independiente, llegando a constituir verdaderos tribunales de derecho” (59). Esto significa, en otras palabras, que la jurisdicción delegada, que inicia su actuar a requerimiento de parte, que se articula en un procedimiento posterior predeterminado y que se afina en un acto emitido al margen de toda ingerencia foránea al órgano cognoscente, es, en sí, una auténtica jurisdicción, una actividad del Estado orien-

(57) Bórquez Montero, Israel: vid. *op. cit.*, pág. 35.

(58) González Pérez, Jesús: vid. *op. cit.* Tomo I; pág. 282.

(59) Bórquez Montero, Israel: vid. *op. cit.*, pág. 35.

tada a la solución de los conflictos jurídicos que se promuevan entre los órganos administrativos y otro sujeto de derecho. La Exposición de Motivos de la Ley de 24 de Mayo de 1872, por lo demás, así lo daba a entender claramente al confesar que la opinión nacional ha “pedido con insistencia que la jurisdicción administrativa ofrezca tanto como sea posible, por su constitución, garantías análogas a las que en forma habitual se encuentran en los tribunales civiles. El Gobierno no vacila en proponer que se complementen las garantías de una buena justicia ya establecidas por la legislación anterior, dando al Consejo de Estado jurisdicción propia y confiriendo a sus decisiones el valor de un juzgamiento... Las razones que en otras épocas se habían invocado para sostener el sistema en el cual las decisiones del Consejo de Estado en materia contenciosa no tenían autoridad sino después de haber sido aprobadas por el... poder ejecutivo, al que pertenecía el derecho de tomar una decisión diversa, no podrán tener ya poder de convicción sobre los espíritus” (60).

Si la justicia retenida se traducía en un acto administrativo, la jurisdicción delegada es jurisdicción *stricto sensu* y su decisión se expresa en una sentencia.

“Hoy día esta jurisdicción —en el derecho comparado— es casi totalmente delegada” (61), de manera que su predecesora “sólo existe en la historia y en la teoría” (62).

Así, por ejemplo, en Italia, el artículo 113 de la Constitución de 1947 dispone: “Contra los actos de la administración se admite siempre tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos, sea ante los órganos de la jurisdicción ordinaria, sea ante los órganos de la jurisdicción administrativa”.

(60) Laferrière, E.: *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Tomo I. 2ª Edición. Berger-Levrout et Cie. Libraires-éditeurs. 1896; pág. 270.

(61) Alcayaga Solá, Eduardo: *vid. op. cit.*, pág. 24.

(62) Bórquez Montero, Israel: *vid. op. cit.* pág. 35.

“La ley determinará los órganos jurisdiccionales competentes para anular los actos de la administración pública, en los casos y con los efectos que ella misma disponga”.

En análoga situación, con las modalidades derivadas de su propia idiosincracia, se encuentran Bélgica, Grecia, Luxemburgo y los Países Bajos, los cuales, sí, en mayor o menor medida, se acercan al padrón francés.

Puede afirmarse, entonces, que en la actualidad, aun dentro de los países que han adoptado el cuadro orgánico galo, la función juzgadora es una actividad autónoma, libre de interferencias extrañas, es, en verdad, una actividad propiamente jurisdiccional.

Distinto es el caso de Alemania, donde desde antiguo, y una vez superada la etapa de los Consejos de Estado y de los tribunales ordinarios, existe una jurisdicción contencioso-administrativa independiente de ambos Poderes, Judicial y Ejecutivo, organizada según las directivas fundamentales señaladas por RUDOLF VON GNEIST. Para él debía existir “una jurisdicción administrativa separada de la ordinaria. Según su concepción, debía regirse, como suprema instancia, por un Tribunal integrado por hombres peritos en Administración y Derecho, en tanto que en las instancias inferiores habían de decidir, como Tribunales administrativos, las autoridades de este orden, dotadas de independencia judicial y con la colaboración de vocales honoríficos que asegurasen su imparcialidad”.

“De acuerdo con estas ideas, se organizó la jurisdicción administrativa en la mayor parte de los Länder alemanes, comenzando por Baden, en 1863, y así continuó hasta 1933 y, en cierto sentido, hasta 1945” (63).

(63) Bachof, Otto: “La jurisdicción administrativa en la República Federal Alemana”. Revista de Administración Pública N° 26 (Enero-Abril, 1958); pág. 291.

“La equiparación de la jurisdicción contencioso-administrativa a la común —que se advierte en Alemania— conlleva la adopción de un contencioso entre el administrado y la Administración, con juicio público y oral... , con un proceso probatorio, y con un respeto para la autoridad de la cosa juzgada análogamente a los procesos tramitados entre particulares en la jurisdicción común. Estos son los principios que inspiran y resuelven la problemática de la jurisdicción administrativa en la Alemania occidental”.

“Este sistema es seguido con analogía en los Ordenamientos de la Europa septentrional y central: Finlandia, Suecia, Hungría, Checoslovaquia, Polonia y Suiza” (64), siendo también el que inspiró la Ley Española de 1888.

Por su parte, la nueva Ley española de lo contencioso-administrativo de 1956 expresa en su Exposición de Motivos que ella “es judicialista, siguiendo la orientación que impuso la de 5 de abril de 1904, en cuanto confía la Jurisdicción a verdaderos Tribunales encuadrados en la común organización judicial e integrados por Magistrados profesionales, con los deberes e incompatibilidades propios de los mismos”. Por esta razón, atendido el substrato que la informa, “esta jurisdicción no es más que una especie de la genérica función jurisdiccional, y la naturaleza de tales procesos no difiere esencialmente de los demás procesos de conocimiento”. Está concebida, pues, como una real jurisdicción, en la cual, como sigue diciendo la Exposición de Motivos, “se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo”.

En síntesis, pues, puede afirmarse que el ejercicio de la función contencioso-administrativa en el derecho comparado, está consagrado en la actualidad, no obstante la diversidad de

(64) Alvarez-Gendín y Blanco, Sabino: *vid. art. cit.*, pág. 21.

tada a la solución de los conflictos jurídicos que se promuevan entre los órganos administrativos y otro sujeto de derecho. La Exposición de Motivos de la Ley de 24 de Mayo de 1872, por lo demás, así lo daba a entender claramente al confesar que la opinión nacional ha “pedido con insistencia que la jurisdicción administrativa ofrezca tanto como sea posible, por su constitución, garantías análogas a las que en forma habitual se encuentran en los tribunales civiles. El Gobierno no vacila en proponer que se complementen las garantías de una buena justicia ya establecidas por la legislación anterior, dando al Consejo de Estado jurisdicción propia y confiriendo a sus decisiones el valor de un juzgamiento... Las razones que en otras épocas se habían invocado para sostener el sistema en el cual las decisiones del Consejo de Estado en materia contenciosa no tenían autoridad sino después de haber sido aprobadas por el... poder ejecutivo, al que pertenecía el derecho de tomar una decisión diversa, no podrán tener ya poder de convicción sobre los espíritus” (60).

Si la justicia retenida se traducía en un acto administrativo, la jurisdicción delegada es jurisdicción *stricto sensu* y su decisión se expresa en una sentencia.

“Hoy día esta jurisdicción —en el derecho comparado— es casi totalmente delegada” (61), de manera que su predecesora “sólo existe en la historia y en la teoría” (62).

Así, por ejemplo, en Italia, el artículo 113 de la Constitución de 1947 dispone: “Contra los actos de la administración se admite siempre tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos, sea ante los órganos de la jurisdicción ordinaria, sea ante los órganos de la jurisdicción administrativa”.

(60) Laferrière, E.: “*Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*”. Tomo I. 2ª Edición. Berger-Levrout et Cie. Libraires-éditeurs. 1896; pág. 270.

(61) Alcayaga Solá, Eduardo: *vid. op. cit.*, pág. 24.

(62) Bórquez Montero, Israel: *vid. op. cit.* pág. 35.

“La ley determinará los órganos jurisdiccionales competentes para anular los actos de la administración pública, en los casos y con los efectos que ella misma disponga”.

En análoga situación, con las modalidades derivadas de su propia idiosincracia, se encuentran Bélgica, Grecia, Luxemburgo y los Países Bajos, los cuales, sí, en mayor o menor medida, se acercan al padrón francés.

Puede afirmarse, entonces, que en la actualidad, aun dentro de los países que han adoptado el cuadro orgánico galo, la función juzgadora es una actividad autónoma, libre de interferencias extrañas, es, en verdad, una actividad propiamente jurisdiccional.

Distinto es el caso de Alemania, donde desde antiguo, y una vez superada la etapa de los Consejos de Estado y de los tribunales ordinarios, existe una jurisdicción contencioso-administrativa independiente de ambos Poderes, Judicial y Ejecutivo, organizada según las directivas fundamentales señaladas por RUDOLF VON GNEIST. Para él debía existir “una jurisdicción administrativa separada de la ordinaria. Según su concepción, debía regirse, como suprema instancia, por un Tribunal integrado por hombres peritos en Administración y Derecho, en tanto que en las instancias inferiores habían de decidir, como Tribunales administrativos, las autoridades de este orden, dotadas de independencia judicial y con la colaboración de vocales honoríficos que asegurasen su imparcialidad”.

“De acuerdo con estas ideas, se organizó la jurisdicción administrativa en la mayor parte de los Länder alemanes, comenzando por Baden, en 1863, y así continuó hasta 1933 y, en cierto sentido, hasta 1945” (63).

(63) Bachof, Otto: “La jurisdicción administrativa en la República Federal Alemana”. Revista de Administración Pública N° 26 (Enero-Abril, 1958); pág. 291.

“La equiparación de la jurisdicción contencioso-administrativa a la común —que se advierte en Alemania— conlleva la adopción de un contencioso entre el administrado y la Administración, con juicio público y oral... , con un proceso probatorio, y con un respeto para la autoridad de la cosa juzgada análogamente a los procesos tramitados entre particulares en la jurisdicción común. Estos son los principios que inspiran y resuelven la problemática de la jurisdicción administrativa en la Alemania occidental”.

“Este sistema es seguido con analogía en los Ordenamientos de la Europa septentrional y central: Finlandia, Suecia, Hungría, Checoslovaquia, Polonia y Suiza” (64), siendo también el que inspiró la Ley Española de 1888.

Por su parte, la nueva Ley española de lo contencioso-administrativo de 1956 expresa en su Exposición de Motivos que ella “es judicialista, siguiendo la orientación que impuso la de 5 de abril de 1904, en cuanto confía la Jurisdicción a verdaderos Tribunales encuadrados en la común organización judicial e integrados por Magistrados profesionales, con los deberes e incompatibilidades propios de los mismos”. Por esta razón, atendido el substrato que la informa, “esta jurisdicción no es más que una especie de la genérica función jurisdiccional, y la naturaleza de tales procesos no difiere esencialmente de los demás procesos de conocimiento”. Está concebida, pues, como una real jurisdicción, en la cual, como sigue diciendo la Exposición de Motivos, “se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo”.

En síntesis, pues, puede afirmarse que el ejercicio de la función contencioso-administrativa en el derecho comparado, está consagrado en la actualidad, no obstante la diversidad de

(64) Alvarez-Gendín y Blanco, Sabino: *vid. art. cit.*, pág. 21.

regímenes, con plena autonomía objetiva, con entera independencia material, con amplia libertad en el acto mismo de sentenciar y de permitir el acceso de los litigantes a los diversos estadios procedimentales que configuran el proceso en que ese ejercicio se traduce y expresa.

19) *Autonomía objetiva de los tribunales administrativos en las Constituciones Políticas de 1828 y 1833.* En Chile, tradicionalmente, el Constituyente ha consagrado la autonomía objetiva de la actividad contencioso-administrativa: el artículo 96 de la Carta de 1828, en efecto, entregaba su ejercicio a la Corte Suprema de Justicia, y la Carta de 1833 al Consejo de Estado, cuyas resoluciones, “como emanadas de autoridad que obra y decide en materia de su competencia privativa, el Presidente de la República debe respetarlas y mandar se observen como las sentencias de los tribunales ordinarios, tan pronto como se presenten bajo la forma de una decisión o de una sentencia” (65).

20) *Autonomía objetiva de los tribunales administrativos creados por la Constitución Política de 1925.* ¿Y la Constitución de 1925, ha consagrado la autonomía objetiva de los tribunales contencioso-administrativos?

En caso afirmativo: ¿Lo ha hecho por entender que es una actividad judicial, una función administrativa o por estimarla un *tercium genus* autónomo?

21) A. *¿Ha consagrado la Constitución Política de 1925 la autonomía objetiva de los tribunales administrativos?* Antes de entrar al estudio específico del artículo 87 de la Carta Fun-

(65) Prado, Santiago: vid. *op. cit.*, pág. 317.

damental y de acudir a su ubicación como criterio interpretativo creemos que lo lógico y natural es enfocar dicho precepto desde una perspectiva más amplia, más general. Su estudio en detalle, no obstante ser útil, puede inducir a error por pérdida de la visión de conjunto, que ha pasado inadvertida. El lugar que ocupa el artículo 87, aunque ilustrativo, es en definitiva equívoco: la misma Corte Suprema de Justicia ha sostenido en fallo de 11 de Enero de 1934 que "si bien en ocasiones ayuda a la interpretación de una ley la colocación del precepto cuestionado, a veces carece de toda influencia, como en el caso en que por la clara redacción lo mismo significaría que el precepto estuviera entre las disposiciones transitorias o entre las permanentes. Se afirma este criterio *si la simple ubicación de la disposición no la hace perder los caracteres que son de su esencia y que determinan una sola interpretación*" (66).

La verdad es que son frecuentes las ocasiones en que el Legislador o el Constituyente se encuentran ante dificultades del momento, ante exigencias contingentes que lo obligan a asumir posiciones o le impiden colocarse en otras que luego el intérprete en la tranquilidad del estudio jurídico se siente autorizado a criticar, a pesar de que esta crítica no soluciona nada ni resta vivencia al problema y a los efectos que produjo aquel actuar del Constituyente o del Legislador. En este caso concreto, por ejemplo: ¿Dónde debería haber colocado el Constituyente el artículo 87 si no hubiese escogido para él el Capítulo VII relativo al Poder Judicial?

¿Dentro del Capítulo V que se refiere a la Administración y Gobierno del Estado a través de la regulación de los poderes del Presidente de la República? Creemos que no. Los conceptos de jurisdicción retenida y jurisdicción delegada son completa y absolutamente extraños a la realidad jurídica chilena y re-

(66) *Repertorio...* Código Cív. *op. cit.*, Artículo 19, N° 12, pág. 38.

pugnan a nuestro sistema público. En Chile no existe potestad delegada ni retenida, los órganos primarios en relación con la Carta Fundamental están inhabilitados para traspasar sus atribuciones a otros órganos o para resolver en sentencia lo que le sugieren otros órganos luego de instruir un auténtico proceso de raigambre jurisdiccional: nacen de un vínculo inmediato con la Nación, titular de la Soberanía, que delega en ellos su ejercicio.

Artículo 2º. La Soberanía reside esencialmente en la Nación, la cual delega su ejercicio en las autoridades que esta Constitución establece.

Por consiguiente, el lazo jurídico: Nación-tribunales administrativos, no es susceptible de mediatizarse, obstando a la existencia de las jurisdicciones retenida y delegada.

A una conclusión análoga conducen las demás hipótesis que pueden elaborarse en torno a esta dificultad etiológica, lo cual no hace sino comprobar un hecho real, que luego de un estudio detenido se va imponiendo cada vez con más fuerza en el espíritu del investigador: el Constituyente, dentro del esquema tradicional de la Carta de 1833, que respetó integralmente, se vio forzado a colocar los tribunales administrativos dentro del Capítulo VII por el mero hecho de haberlos considerado *tribunales*, es decir, órganos del Estado encargados de una función de justicia.

Si se analizan las Actas de las Sesiones celebradas por la Subcomisión de Reformas Constitucionales se verá que el sentido del artículo 87 coincide en plenitud con el espíritu del Constituyente: para él, los funcionarios públicos y “los particulares pueden sufrir perjuicios por algunas resoluciones arbitrarias de las autoridades administrativas o políticas” sin tener como protección “más que el recurso de la conformidad”, triste corolario de la ausencia de tribunales “encargados de lo

contencioso-administrativo". "El señor Secretario —dicen las Actas— es partidario de los Tribunales Administrativos porque están destinados a amparar, tanto a los funcionarios públicos como a los particulares, contra los abusos de la autoridad. Lo que se pretende es que de los actos de las autoridades administrativas... pueda reclamarse a estos Tribunales Administrativos. Son Tribunales encargados de lo contencioso-administrativo" (67).

Los tribunales, en Chile, han sido, ab-initio, órganos que administran justicia; por lo mismo, independientes en su labor juzgadora, soberanos en el ejercicio de su función jurisdiccional, autónomos en su privativo acto de juzgar.

Por consiguiente, si los órganos que deberán conocer de lo contencioso-administrativo son verdaderamente *tribunales*, como los concibe la Constitución Política, ello significa, sic et simpliciter, que el Constituyente consagró la autonomía objetiva de los organismos que creara en el artículo 87 en los mismos términos en que esa autonomía está consagrada para los otros tribunales de la República: "El Poder Judicial es independiente de toda otra autoridad en el ejercicio de sus funciones", expresa el artículo 12 del Código Orgánico de Tribunales.

La Carta Fundamental de 1925, pues, ha consagrado la autonomía objetiva de los órganos jurisdiccionales a que se refiere el artículo 87 de su texto, al confiar el ejercicio de la actividad contencioso-administrativa a "Tribunales Administrativos".

22) B. *La autonomía objetiva de la función contencioso-administrativa: ¿Descansa en su naturaleza judicial o en su*

(67) *Actas oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de nueva Constitución Política de la República*. Ministerio del Interior. Imprenta Universitaria. Santiago de Chile. 1926; págs. 518-519.

carácter administrativo? Si bien es cierto que la independencia substancial reviste caracteres esenciales en la actividad de justicia no es menos verídico, también, que la autonomía en la función es un concepto amplio que se da en las distintas maneras de ser en que esas funciones se expresan dentro del Estado. Como acertadamente ha dicho la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 2 de Marzo de 1917: “Las autoridades o personas que desempeñan funciones públicas con independencia —de otras—, con arreglo a las leyes, son competentes para resolver válida y eficazmente sobre asuntos o materias que corresponden o pertenecen a sus atribuciones” (68).

Cabe preguntarse, entonces, descartada por razones obvias la legislación: ¿La autonomía objetiva de la actividad contencioso-administrativa fluye de su naturaleza judicial o descansa en su carácter administrativo?

23) B'. *¿Es judicial la función contencioso-administrativa? Crítica de la subtendencia objetiva de la corriente judicialista.* En principio, y sobre la base del artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales, pareciera brotar categórica la respuesta afirmativa, ya que dicho precepto conceptúa como “asunto judicial” toda actividad jurídica que se concrete en tarea juzgadora por parte de los órganos estatales, previa instrucción de un debido proceso.

Artículo 5º. A los Tribunales que establece el presente Código estará sujeto 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, con las solas excepciones siguientes:

(68) *Repertorio* . . . Código Civil. *op. cit.*, Artículo 2º, Nº 1, pág. 1.

1º. Las acusaciones que se establen con arreglo a lo dispuesto por los artículos 39 y 42 de la Constitución Política de la República;

3º. Las causas sobre cuentas cuyo conocimiento corresponda a la Contraloría General de la República;

9º. Los demás asuntos judiciales del orden temporal que leyes especiales encomienden a otros tribunales.

En efecto, si a los tribunales ordinarios de justicia “estará sujeto *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”, exceptuándose solamente, entre otras, “las acusaciones que se entablen con arreglo a lo dispuesto por los artículos 39 y 42 de la Constitución Política de la República” (el llamado Juicio Político), y “las causas sobre cuentas cuyo conocimiento corresponda a la Contraloría General de la República”, ello quiere decir, simplemente, que tanto el juicio político cuanto los de cuentas, sin hacer alusión ya a “los demás asuntos judiciales del orden temporal que leyes especiales encomienden a otros tribunales”, son, per se, para el Legislador, ejercicio de una actividad judicial entregada a órganos distintos de los que constituyen la magistratura ordinaria, pero que sin embargo, por su esencia propia, dada su natural idiosincracia, se integran armónicamente en la línea substancial de organización que preside la estructura de esa magistratura ordinaria. Razón tenía entonces desde este punto de vista don JORGE HUNEEUS cuando abominaba del sistema contencioso-administrativo propugnando un sistema judicialista, ya que en principio son “muy comprensivas —las palabras— de que se ha valido la Ley Orgánica de Tribunales de 15 de Octubre de 1875, al conferir a los Tribunales que ella establece el conocimiento de *todos* los asuntos 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”.

Tampoco serían desacertados los argumentos que esgrime CRUZ VALDES actualizando la ponencia huneeusiana, cuando sostiene que al hablar la segunda parte del artículo 80 de la Constitución “de ejercer funciones judiciales, es evidente que con ello se quiso referir a la jurisdicción en general, y no a una parte, o una rama de la jurisdicción”: “esta jurisdicción está entregada al Poder Judicial del mismo modo que la jurisdicción civil, penal, laboral, y otras que fueron entregadas al expresado poder” (69).

El corolario lógico de la subtendencia material de la corriente judicialista que se destaca en nuestra doctrina es, en consecuencia, la identidad existente entre la función judicial y la actividad contencioso-administrativa: en tal carácter, mediante esta identidad, los tribunales administrativos, órganos que deberán ejercerla, ponerla en movimiento, actualizarla, serán tribunales adscritos al respectivo Poder, al Poder Judicial, tronco del que nace toda actividad jurisdiccional.

Pero si el razonamiento es tan puro y la solución tan exacta: ¿Por qué entonces los órganos jurisdiccionales del fuero común se declararon repetidamente incompetentes para conocer materias contencioso-administrativas?

¿Por qué la Ley de Municipalidades de 12 de Septiembre de 1877 se vio precisada a confiar al Consejo de Estado el conocimiento de asuntos contencioso-administrativos?

¿A qué obedeció la actitud de los Legisladores de 1902, que al estudiar el Proyecto de Código Orgánico de Tribunales intentaron dar en términos expresos competencia a los Tribunales Ordinarios para “conocer de las causas que promuevan contra el Fisco personas que aleguen estar lesionadas en su

(69) Cruz Valdés, Miguel: *vid. op. cit.*, págs. 45-48.

derecho por resoluciones que dictare el Presidente de la República en aquellos casos en que, según la Constitución, debe proceder en conformidad a las leyes”?

¿Cómo se explican estas actitudes del Juez y del Legislador si el Poder Judicial ya tenía competencia en materia contencioso-administrativa desde el siglo pasado?

Porque, obviamente, el artículo 87 de la Carta Política de 1925 no altera el problema de los límites de la competencia judicial, que es en el fondo de las cosas el que pretende dilucidarse. El artículo 5º de la primitiva Ley Orgánica de Tribunales de 1875 y la segunda parte del artículo 108 de la Constitución de 1833 no han sufrido alteración alguna desde aquellos años hasta ahora: actualmente son los artículos 5º del Código Orgánico de Tribunales y el 80 de la Ley Fundamental; de manera que no es pertinente argumentar en pro o en contra de determinada tesis, como hace COLOMBO CAMPBELL, “que la Constitución del año 1925 es posterior a la redacción del Código Orgánico de Tribunales” (70), desde el momento que la estructura político-jurídica chilena se ha mantenido inalterada en sus rasgos fundamentales a través de los años; los preceptos que regulan la competencia judicial en nuestros días son los mismos del año 1833: por ende, el dominio de lo judicial no ha variado en la Carta Política y los argumentos actuales repercuten y son válidos con análoga fuerza que en el presente en su proyección hacia el pasado.

Siendo esta la realidad chilena, la subtendencia material de la corriente judicialista nos lleva a una primera y dudosa conclusión: considerar que tanto el Poder Judicial al declararse incompetente, como los Legisladores de 1902 al preocuparse de extender la órbita judicial a materias contencioso-administrativas, cuanto el Constituyente de 1925 y la doctrina que ha celebrado su innovación, todos ellos estaban equivocados, por-

(70) Colombo Campbell, Juan: *vid. op. cit.*, pág. 213.

que desde antes de 1925, desde 1875 por lo menos, el artículo 5º de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales y la segunda parte del artículo 108 de la Constitución de 1833 habían solucionado ya el problema entregando al Poder Judicial “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 y la calidad de las personas que en ellos intervengan”, “según terminantemente lo dispone en el primer inciso de su artículo 5º la Ley Orgánica de 15 de Octubre de 1875” (71-72).

En realidad, así planteado y resuelto el problema, el esfuerzo del Constituyente de 1925 se muestra aparatosamente estéril; su preocupación por crear tribunales administrativos, por lo menos un malentendido: el Poder Judicial tenía competencia para conocer de materias contencioso-administrativas por lo menos desde 1875, en virtud de no ser la actividad contencioso-administrativa más que función judicial: no era necesario un artículo expreso que así lo dijese.

Sin embargo, los miembros de la Subcomisión de Reformas Constitucionales pensaron de otra manera. “Es tanta la necesidad de que estos actos —del Presidente de la República— puedan ser revisados por algún Tribunal —dijo don FERNANDO ALESSANDRI RODRIGUEZ— que aún hoy día algunas Cortes de Apelaciones se han creído autorizadas para ello, *no obstante su clara incompetencia*”.

“Constitucionalmente —agregó el señor BARROS BORGOÑO— *no* tienen facultad para hacerlos”.

Tampoco las disposiciones pertinentes del C. O. T. otorgaban ni expresa ni tácitamente tal facultad a los tribunales de justicia.

(71-72) Huneus, Jorge: *vid. op. cit.*, pág. 229.

Así el artículo primero disponía: la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley.

Artículo 2º. También corresponde a los tribunales intervenir en todos aquellos actos no contenciosos en que una ley expresa requiera su intervención.

Artículo 3º. Los tribunales tienen, además, las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas que a cada uno de ellos se asignan en los respectivos títulos de este Código.

Artículo 4º. Es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de los otros Poderes Públicos y *en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes.*

Por otra parte, el mismo artículo 5º en su número 1º, al excluir “las acusaciones que se entablen con arreglo a lo dispuesto por los artículos 39 y 42 de la Constitución Política de la República”, viene a confirmar la competencia judicial reducida a causas civiles y criminales que consagran la Carta Fundamental y el Código Orgánico de Tribunales, dada la circunstancia que en aquellos casos en que el Congreso Nacional conoce y resuelve las acusaciones que se entablen con arreglo a los artículos 39 y 42 de la Constitución Política, sin perjuicio de que los órganos de justicia ordinaria apliquen la pena y hagan efectiva la responsabilidad civil, entra a pronunciarse sobre materias que substancialmente constituyen causas criminales, como ocurre, v. gr., con los Ministros de Estado, que pueden ser acusados “por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos, soborno, infracción de la Constitución, atropellamiento de las leyes, por haberlas dejado sin ejecución y por haber comprometido gravemente la seguridad

y el honor de la Nación”; y con los Intendentes y Gobernadores, que pueden serlo “por los delitos de traición, sedición, infracción de la Constitución, malversación de fondos públicos y concusión”, materias éstas, en gran parte de índole penal, propias de los tribunales ordinarios, que por razones políticas, “desnudas de todo pretexto de utilidad”, según un autor nuestro del siglo pasado, se estimó conveniente excluir de la esfera competencial de la judicatura común (73); consideradas, empero, en su naturaleza intrínseca, ángulo desde el cual las enfoca el Código Orgánico, originan una causa criminal, esto es, confirman que lo judicial está circunscrito al conocimiento de causas entre particulares y al castigo de los delincuentes.

No ocurre lo mismo, sin embargo, con el N° 3 del artículo 5º, que se refiere a “las causas sobre cuentas cuyo conocimiento corresponda a la Contraloría General de la República”, ni con la amplitud de la fórmula genérica de su N° 9, que alude a “los demás asuntos judiciales del orden temporal que leyes especiales encomienden a otros tribunales”, en que el Legislador pecó por exceso, sin matizar debidamente los perfiles específicos de la actividad juzgadora de esos “otros tribunales”, estimándola a priori como asunto judicial. El Legislador de 1875,

(73) Esta es la doctrina dominante en el ordenamiento nacional: “Es de notar —dice, por ejemplo, don JOSE GUILLERMO GUERRA— que los Tribunales de Justicia no tienen en este caso facultad de rever el proceso formado por el Congreso, y pronunciarse ellos sobre la culpabilidad de los acusados políticos, sino que deben partir de la culpabilidad declarada por el Senado, como de cosa juzgada e inamovible, correspondiéndoles tan sólo aplicar las penas y hacer efectivas la responsabilidades civiles”. En esta investigación se parte de esta tesis aceptada, con el objeto de demostrar que con su misma argumentación se comprueba plenamente el ámbito de la competencia judicial, pero ello sin perjuicio de pensar que existe un mal planteamiento del problema, derivado del error en que incurre nuestro Código Orgánico de Tribunales y de ancestrales motivaciones políticas. Cuando el Congreso destituye a los Ministros, Intendentes o Gobernadores, por medio del juicio político, no ejerce una función judicial, se limita a aplicar una sanción política que es independiente de la responsabilidad penal y civil. Nada obsta a que la judicatura ordinaria pueda disentir del parecer del Congreso Nacional, puesto que los Diputados y Senadores, por no ser jueces, emiten su acto basados en consideraciones no jurídicas.

evidentemente influido por el pensamiento de reacción negativa contra el contencioso-administrativo que se produjo por aquellos años, o si se quiere, por sostener la postura que más tarde se denominaría de jurisdicción única, fue poco prudente en su proceder o inconsecuente con lo que ya había manifestado, entrando en conflicto con la Ley Fundamental y consigo mismo, puesto que los artículos 1º, 2º, 3º y 4º respetaban el sentir de los autores de la Carta, continuando la línea tradicional del Derecho Chileno.

La Constitución de 1833, con sus posibles defectos, supo llevar al terreno de los hechos un edificio político de definido estilo arquitectónico: un Estado organizado como democracia representativa con separación de poderes, con un juicioso juego de frenos y contrapesos. Para ella la labor primordial del Legislativo era dictar leyes; la del Ejecutivo, gobernar y administrar; la del Judicial, juzgar causas civiles y criminales. Como decía MONTESQUIEU: "En casa Estado hay tres suertes de potestad; la potestad legislativa: la potestad ejecutiva de las cosas que dependen del derecho de gentes: y la potestad ejecutiva de las cosas que dependen del derecho civil".

"Por la primera, el príncipe o el magistrado hace las leyes, por algún tiempo o para siempre y enmienda o abroga las hechas. Por la segunda, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadores, establece la seguridad, precave las invasiones; por la tercera, castiga los delitos, o juzga los litigios de los particulares. Llamaremos a esta última la potestad judicial y a la otra simplemente la potestad ejecutiva del Estado" (74).

Estos mismos conceptos repetía la Carta Política de 1833 en su artículo 108, que corresponde al actual artículo 80, en lo referente al Poder Judicial, a "la potestad judicial", y esa acepción no pudo menos que recoger la Ley de Organización

(74) Montesquieu: "*Del Espíritu de las Leyes*". Traducido al castellano por don Juan López de Peñalver. Tomo II. Imprenta de Villalpando. Madrid. 1820; pág. 42.

y Atribuciones de los Tribunales de Justicia, primero, y el Código de Procedimiento Civil, después.

C. P. del E. (1833). *Artículo 108*. La facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Congreso, ni el Presidente de la República pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales o avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos.

L.O. y A. *Artículo 1º*. La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los Tribunales que establece la ley.

C. P. C. *Artículo 1º*. Las disposiciones de este Código rigen el procedimiento de las contenciones civiles entre partes y de los actos de jurisdicción no contenciosa, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales de Justicia.

Pero, como es natural, un sistema político no puede variar sus líneas fundamentales por un precepto aislado o por una referencia incidental; en la especie, la organización chilena no podía alterarse por el artículo 5º de la Ley Orgánica de Tribunales. DON JORGE HUNEEUS, cegado por las ideas liberales, que defendió con ardor en su cátedra y en la tribuna política, y propias de su tiempo, no pudo ver la verdad que arrancaba de nuestra estructura institucional. La incompetencia del Poder Judicial no emanaba de un artículo inconexo, nacía de la organización misma en que descansaba la República. MONTES-QUIEU, defendiendo la libertad política, ignoraba la posibilidad de someter a juicio al Soberano, idea que seguramente le habría parecido descabellada, concibiendo una potestad judicial sólo para "castigar por los delitos, o juzgar los litigios de los particulares"; el Constituyente chileno, siguiendo esta orientación, consagró también en los años 1826 y 1833 un Poder

Judicial destinado a juzgar causas civiles y criminales, pero alteró el esquema en lo tocante a la posibilidad de enjuiciar al Gobierno: permitió que pudiera abrirse la vía contenciosa cuando se tratara de contratos o negociaciones celebradas por el Supremo Gobierno o sus agentes, es decir, amplió la esfera del contencioso tradicional. Reconociendo, sin embargo, que esta función juzgadora no era actividad judicial de acuerdo con las ideas dominantes, advirtiendo en ella cierta especialidad, la entregó a la Corte Suprema, primero, y al Consejo de Estado, después, con plena vivencia de lo que hacía. No es el azar feliz o desgraciado el que inspira una organización política, sino la inteligente valoración de las circunstancias reales y un pensamiento de fondo que responde a un determinado modo de enfocar los problemas de la vida republicana.

Por lo mismo, al suprimirse en 1874 la atribución 7ª del artículo 104 de la Carta de 1833, que entregaba al Consejo de Estado la facultad de “resolver las disputas que se suscitaren sobre contratos o negociaciones celebradas por el Gobierno Supremo y sus agentes”, la competencia de los tribunales comunes, en el plano formal, no sufrió modificación alguna, permaneció igual, inmodificada, reducida al conocimiento de causas civiles y criminales; mas, como aquella disposición importaba, en el fondo, un precepto restrictivo para el Poder Judicial, ya que esos contratos y aquellas negociaciones bien podían dar origen a una causa que conceptualmente fuera civil, se presentó un fenómeno de adecuación que pasó inadvertido para la doctrina de la época: la necesidad de ajustar el concepto de causa civil, incluyendo al Supremo Gobierno y a sus agentes como partes de la relación procesal, ya que evidentemente, al desaparecer el precepto restrictivo —el número 7º del artículo 104— el Poder Judicial recobró su competencia normal para conocer de todas las causas civiles, incluidas aquellas en que fuera parte el Ejecutivo; en el hecho hubo, pues, una ampliación de la esfera de competencia de los tribunales ordinarios.

Como puede apreciarse, la supresión del contencioso-administrativo de 1833 no trajo consigo como consecuencia in-

mediata la entrega de la materia contencioso-administrativa a los órganos jurisdiccionales del fuero común, sino, únicamente, la necesidad de precisar el campo de acción de esos tribunales, hasta entonces limitado a las controversias entre personas privadas.

El Poder Judicial tampoco captó esa sutil repercusión, ese tenue eco que dejó tras sí la Reforma Constitucional de 1874: hasta ahora la Corte Suprema de Justicia define las causas civiles partiendo de la base tradicional, dando por sub entendido que nace sólo de conflictos jurídicos entre particulares. En sentencia de 2 de Octubre de 1940, en efecto, sostuvo que “la expresión causas civiles no es comprensiva de todo conflicto, controversia o cuestión que se suscite entre *particulares*, sino sólo de aquellas contiendas en que se controvierta un derecho actual preestablecido legalmente, y que los tribunales deben declarar en favor de uno u otro de los contendientes” (75). En análogo sentido se pronunció más tarde la Corte de Apelaciones de Talca: “No corresponde resolver a las Municipalidades —dijo en fallo de 18 de Abril de 1949—, por medio de sus acuerdos, sino a la justicia ordinaria, los conflictos o controversias de interés privado que puedan suscitarse entre los *habitantes* de la comuna” (76).

En otros términos, nuestros tribunales ordinarios no han precisado con nitidez el concepto de causa civil que surge del derecho positivo chileno, a pesar de haber reconocido que “cuando el Estado actúa dentro de la órbita del derecho privado, se rige por las reglas de éste” (77), y no obstante también, que el artículo 748 del Código de Procedimiento Civil, al definir el juicio de hacienda, expresa que es tal aquel “en que tenga interés el Fisco y cuyo conocimiento *corresponda* a los tribunales ordinarios”.

(75-76) *Repertorio... cit.* Constitución y Leyes Políticas. Editorial Jurídica de Chile. 1954; Artículo 80, Nos. 1, pág. 111, y 6, pág. 112.

(77) Corte Suprema, sentencia de 30 de Noviembre de 1923, jurisprudencia reiterada. *Repertorio... Código Civil cit.*, Artículo 547, II, pág. 296.

¿Por qué el Poder Judicial se ha mostrado a través del tiempo tan reticente para incluir al Estado como parte de la relación procesal?

Fundamentalmente por el peso de la herencia ideológica que se ha formado en Chile a lo largo de los años. El Poder Judicial chileno tiene conciencia del destino que le señalaron los hombres que tuvieron a su cargo la organización de la República, y ha respetado ese designio.

De ahí surgió su reiterada declaración de incompetencia, ese fue el origen del artículo 96 de la Ley de Municipalidades de 1877, la fuente de preocupaciones del Legislador de 1902 y del Constituyente de 1925.

Consecuencia de lo expresado, entonces, es el forzoso reconocimiento de la diferencia que existe entre la función judicial y la actividad contencioso-administrativa, aunque ambas se traduzcan en un juzgamiento, constituyan función jurisdiccional, presenten sus mismas características esenciales, pero, dada la estructura tradicional de la Carta de 1833, mantenida por el Constituyente de 1925, el Poder Judicial aparece como órgano juzgador sólo de causas civiles y criminales, de conflictos entre particulares, siendo insusceptible de reconducir a este Poder el ejercicio de una actividad que se traduce en el juzgamiento de controversias jurídicas entre el Estado y los particulares, sometidas al derecho propio del Estado, de conflictos que no son causas civiles sino contencioso-administrativas.

La función contencioso-administrativa, en consecuencia, dentro del ordenamiento chileno, no es función judicial.

24) B'. a) *Crítica de la subtendencia orgánica de la corriente judicialista.* Lo que quiso crear el Constituyente de 1925, y con toda razón, fueron, pues, "tribunales encargados de lo contencioso-administrativo", como dijo el señor ALESSANDRI RODRIGUEZ (78), es decir, órganos jurisdiccionales que

(78-79) *Actas... op. cit.*, págs. 519-520.

podiesen conocer y juzgar conflictos de derecho surgidos del actuar de la administración del Estado, satisfacer pretensiones fundadas en el ordenamiento público-administrativo.

No se pronunció, sin embargo, sobre la organización específica que debería darse a estos tribunales: "El señor BARROS BORGÑO (don Luis) —dicen las Actas— es de opinión de dejar el artículo tal como está y que sea la ley a que el mismo artículo se refiere la que organice estos Tribunales, precisando sus atribuciones" (79).

En el silencio del Constituyente: ¿Cómo se organizarán los futuros tribunales administrativos?

Desde luego, siguiendo el criterio material de función judicial no es dable adscribirlos por substancia al cuadro orgánico del Poder que ostenta esa denominación y naturaleza, desde el momento que los principios que informan y condicionan el sistema positivo chileno en su estructura actual rechazan la identidad entre actividad judicial y función contencioso-administrativa. ROJAS GONZALEZ, defendiendo la postura autonómica, apunta que "nada se opondría a que se estableciera en la Constitución misma" un precepto que solucionara el problema (80), ponencia que en nada contribuye a la dilucidación de la vexata quaestio: bien se sabe que el Constituyente es soberano en su dominio, de modo que no solamente está autorizado para solucionar la dificultad en la forma que lo estime conveniente, sino, en el supuesto que lo deseara, para derogar el artículo 87 o para crear en su reemplazo todo un sistema de justicia administrativa, distinto del que emana de nuestra realidad positiva.

La doctrina, por lo demás, no ha asumido esta actitud. Para un fuerte sector de ella es indudable que los tribunales administrativos deberán integrarse en el Poder Judicial, no por identidad de materia o substancia, sino por el mero hecho de ser tribunales y estar contemplados dentro del Capítulo VII

(80) Rojas González, José M.: *vid. op. cit.*, pág. 54.

relativo al Poder Judicial, “problema distinto... —de— que sean los tribunales ordinarios los competentes para conocer de materias contencioso-administrativas” (81), por cuanto “el artículo 87 de la Constitución Política, al crear los tribunales administrativos, señala, al mismo tiempo, que ellos son competentes para conocer las reclamaciones que se interpongan contra actos o resoluciones de las autoridades políticas o administrativas, siempre que su conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o las leyes” (82).

“Es evidente en nuestra legislación... que los tribunales ordinarios no tienen competencia... para conocer materias de lo contencioso-administrativo. Esa competencia se la reserva la Constitución Política a los tribunales administrativos que ella misma crea” (83), lo que no obsta, empero, a que se reconozca que, “para los efectos generales de nuestra organización, deben considerarse como especiales atendiendo a la materia” (83), encuadrados por tanto dentro del Poder Judicial.

Dos son los argumentos fundamentales en que se basa la subtendencia orgánica de la corriente judicialista: la ubicación del artículo 87 (“frente a la letra de la propia Constitución no cabe argumentación en contrario” (83), y los términos del artículo 86. En efecto, el artículo 86 de nuestra Carta Fundamental es claro y preciso al respecto: “La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los Tribunales de la Nación” (84).

No hay necesidad, en su concepto, de entrar al análisis de la teoría de la separación o división de los poderes del Estado, “dicha doctrina tiene en el presente un valor muy relativo y... la idea de separación de funciones va substituyendo progresivamente a la separación de Poderes,... en la actualidad cada

(81-82) Colombo Campbell, Juan: vid. *op. cit.*, págs. 123-214.

(83) Colombo Campbell, Juan: vid. *op. cit.*, págs. 213-214 y 213.

(84-85) Jirón Vargas, Enrique; Mery Bravo, Sergio; Saric Paredes, Alejandro: vid. *op. cit.*, págs. 213 y 214.

Poder ejerce las funciones jurídicas y políticas necesarias para mantener el equilibrio y armonía entre ellos" (85). "No existe una división tajante de funciones y poderes —agrega la subtendencia orgánica—; en nada atenta a un régimen constitucional ordenado el hecho que se confiara a tribunales dentro del Poder Judicial, facultades para conocer de materias propias de la administración. Lo importante es precisar el concepto de funciones públicas y no de poderes públicos" (86).

En verdad, la separación de poderes considerada desde el punto de vista orgánico, no soluciona las dificultades que presenta el artículo 87; puede estarse de acuerdo en que "nada atenta a un régimen constitucional ordenado el hecho que se confiara a tribunales dentro del Poder Judicial, facultades para conocer de materias propias de la administración"; y es fácil coincidir también en que "lo importante es precisar el concepto de funciones públicas y no de poderes públicos". Mas: ¿Cuál es el concepto de función pública judicial dentro de nuestro iure condito? Porque ningún resultado práctico se obtiene en definitiva planteando una polémica que no se basa en la realidad. Si "lo importante es precisar el concepto de funciones públicas y no de poderes públicos", y la función pública judicial en Chile tiene el alcance que le dio la doctrina constitucional del siglo XIX, es, en sí, distinta de la actividad contencioso-administrativa, y desde esta perspectiva funcional impide que los tribunales administrativos dependan de la Corte Suprema, estén sometidos al Poder Judicial.

La subtendencia orgánica de la corriente judicialista no ha querido captar el concepto de actividad judicial que fluye del ordenamiento chileno. Se ha contentado con hurgar en "la letra de la Constitución", frente a la que estima que "no cabe argumentación alguna", como dice COLOMBO CAMPBELL, olvidando que las interpretaciones jurídicas no deben atender con tanta estrictez al tenor escueto de un precepto, sino que

(86) Colombo Campbell, Juan: *vid. op. cit.*, pág. 214.

deben considerar además, con especial interés, el sentido de las disposiciones oscuras o dudosas. El derecho es equilibrio antes que asunto idiomático, recto y cabal entendimiento de lo que quiso el Legislador solucionar con la dictación de la norma, de lo que emana del sistema jurídico o de lo que surge del espíritu general de la Legislación o de la equidad natural, antes que cuestión de palabras (Código Civil, artículos 19 al 24). La misma Corte Suprema ha debido reconocer en sentencia de 13 de Octubre de 1934 que una disposición legal o constitucional no puede considerarse aisladamente para su interpretación" (87), cuando despierta dudas o adolece de oscuridad, y luego en fallo de 9 de Octubre de 1946, que "el elemento gramatical tiene por finalidad recomponer el pensamiento del legislador", así como "el elemento interno relativo al espíritu de la ley mira a la descomposición de ese pensamiento, esto es, a establecer relaciones lógicas que unen sus diversas partes, completándose recíprocamente una y otra operación" (88). Más necesario se hace aún tener presente estas observaciones generales cuando el Constituyente no se pronuncia, como en este caso, en forma específica sobre el punto sometido a discusión: "que sea la ley. . . la que organice estos tribunales", manifestó el señor BARROS BORGONO, expresando el sentir de la mayoría de los miembros de la Subcomisión de Reformas Constitucionales. Lo que cabe al Jurista, entonces, es proyectar las líneas matrices de la organización política ordenando las piezas elementales, ahondar en su substrato conciliando los elementos que la informan y tratar de obtener de este examen imparcial la respuesta que deberá resolver el Legislador en el momento oportuno: "En los casos a que no pudieran aplicarse las reglas de interpretación precedentes —dice el artículo 24 del Código Civil—, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad

(87-88) *Repertorio* . . . Código Civil *op. cit.*, Artículo 22, N^o 3, pág. 46.

natural". Recordemos, por último, que la Corte Suprema de Justicia no ha aceptado las interpretaciones judaicas de la Ley. "Si se entiende la ley en el sentido absoluto y extenso que resulta de un tenor literal —ha dicho— y aplicándola en esa inteligencia se contraría su intención y espíritu, debe interpretarse en un sentido más restringido, que se conforme a esa intención y espíritu" (89).

La sola ubicación del artículo 87 es equívoca. "Si bien en ciertas ocasiones ayuda a la interpretación de una ley la colocación del precepto cuestionado, a veces carece de toda influencia, como en el caso en que por la clara redacción, lo mismo significaría que el precepto estuviera entre las disposiciones transitorias o entre las permanentes. Se afirma este criterio si la simple ubicación de la disposición no la hace perder los caracteres que son de su esencia y que determinan una sola interpretación" (90).

¿Se dan en el artículo 87 caracteres esenciales que determinen una sola interpretación, distinta de aquella a que conduce el lugar que ocupa en la Ley Fundamental?

La subtendencia orgánica no tiene una respuesta de fondo para esta pregunta. Para ella, además de la ubicación del artículo 87, la letra del artículo 86.1 es clara y precisa: "La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de *todos* los Tribunales de la Nación". Dada la circunstancia de ser los administrativos tribunales, deben quedar incorporados al Poder Judicial.

Argumento tan convincente es éste, que los defensores de esta tesis se contentan sólo con mencionarlo, con transcribir el artículo 86.1, entendiéndolo que su simple tenor literal evita todo desarrollo posterior. La palabra "todos" que utiliza el

(89) Corte Suprema, sentencia de 10 de Agosto de 1927. *Repertorio... Código Civil op. cit.*, pág. 49.

(90) Corte Suprema, sentencia de 11 de Enero de 1934. *Repertorio... Código Civil. op. cit.*, pág. 38.

precepto es tan categórica, que importaría reconocer que los tribunales de la República están considerados por el Constituyente como una "cosa íntegra, o que consta de la suma y conjunto de sus partes integrantes sin que falte ninguna" (91), de manera que no cabe hacer distingos donde el Constituyente no los ha hecho: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Los tribunales administrativos, por ser tribunales, deben quedar sometidos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.

Un examen detenido de nuestra organización política, sin embargo, hace ser más prudente en la defensa de interpretaciones que nacen de meros signos externos. Es verídico, no puede negarse, es algo cierto y comprobable a simple vista, incluso, que el artículo 86.1 confía a la Corte Suprema la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación; pero: ¿No es innegable también que el Tribunal Calificador de Elecciones creado en 1925, no obstante ser tribunal, escapa a la superintendencia de la Corte Suprema?

Si la Corte Suprema es el órgano máximo del Poder Judicial, ¿no es lógico pensar que sólo puede ejercer su alta investidura en materias propias de ese Poder?

Por último, si la Corte Suprema debe limitarse a conocer asuntos civiles y criminales: ¿Cómo se explica la frase "todos los Tribunales de la Nación", que utiliza el artículo 86.1 de la Ley Fundamental?

Hasta 1925 no existió en Chile un tribunal calificador de las elecciones de Presidente de la República, diputados y senadores. Correspondía al Congreso Nacional "hacer el escrutinio y rectificar la elección del Presidente de la República conforme a los artículos 58, 59, 60, 61, 62, 63 y 64" (Artículo 27, atribución 7ª de la Carta de 1833); a la Cámara de Diputados. "cali-

(91) *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit. Todo 118.

ficar las elecciones de sus miembros, conocer sobre los reclamos de nulidad que ocurran acerca de ellas, y admitir su dimisión si los motivos en que la fundaren fueren de tal naturaleza que los imposibilitaren física o moralmente para el ejercicio de sus funciones. Para calificar los motivos deben concurrir las tres cuartas partes de los Diputados presentes” (artículo 29, atribución 1^o); a la Cámara de Senadores, en iguales términos, “conocer las elecciones de sus miembros, conocer de los reclamos de nulidades que se interpusieren acerca de ellos, y admitir su dimisión si los motivos en que la fundaren, fueren de tal naturaleza que los imposibilitaren física o moralmente para el desempeño de estos cargos. No podrán calificarse los motivos sin que concurren las tres cuartas partes de los Senadores presentes” (artículo 30, atribución 1^a).

La Constitución Política de 1925, en el Capítulo VI: “Tribunal Calificador de Elecciones”, entre los Capítulos relativos al Presidente de la República (V) y el Poder Judicial (VII), dispuso: “Un Tribunal especial que se denominará Tribunal Calificador conocerá de la calificación de las elecciones de Presidente de la República, de Diputados y Senadores” (artículo 79.1).

“Este Tribunal procederá como jurado en la apreciación de los hechos y sentenciará con arreglo a derecho” (artículo 79.2). En virtud de este precepto el Tribunal Calificador de Elecciones “calificará todas las elecciones que ocurran durante el quadrienio” (artículo 79.4), lo que significa en definitiva crear al margen del cuadro orgánico de los tres poderes clásicos una jurisdicción paralela e independiente, diversa del Poder Judicial: “todo lo concerniente a materia de elecciones populares —ha reconocido la Corte Suprema en sentencia de 7 de Julio de 1941— es de la incumbencia del Tribunal Calificador y, por tanto, la Corte Suprema no puede intervenir en

(92) *Repertorio... Constitución op. cit.*, Artículo 79, N^o 1, pág. 110.

sus atribuciones" (92). "La superintendencia que corresponde a la Corte Suprema sobre todos los tribunales de la República —agregó el Tribunal Supremo— no puede comprender a los Tribunales Calificadores Provinciales que no le están legalmente sometidos, pues dependen del Tribunal Calificador" (93).

La conclusión es lógica: la Corte Suprema en su calidad de órgano máximo del Poder Judicial está evidentemente restringida en su campo de acción por la materia que constituye lo judicial para la Carta Política, no pudiendo rebasar esta esfera propia ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias. De aquí, entonces, que deba respetar el círculo objetivo trazado para el Tribunal Calificador de Elecciones y para su propia posibilidad de actuar: "Sólo tiene la supervigilancia de aquellos organismos en quienes la ley radica la función judicial, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, o sea, de los tribunales de justicia, y en consecuencia, no basta que la ley dé a un determinado cuerpo la denominación de tribunal, para que por este solo hecho pueda administrar justicia, esto es, conocer y fallar causas civiles y criminales" (94). Esta es la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema (95).

Si administrar justicia, para el Tribunal Supremo, equivale a conocer y fallar causas civiles y criminales: ¿Cómo se explica, entonces el término "todos" que emplea el artículo 86.1?

¿Fluye verdaderamente de este artículo de nuestra Carta Fundamental la sujeción de los tribunales administrativos a la Corte Suprema de Justicia?

Si se quiere, ¿emana de ella, para el Legislador, el imperativo de crearlos dentro del Poder Judicial?

(93) *Repertorio... Constitución op. cit.*, Artículo 86, Nº 7, págs. 117-118.

(94) *Repertorio... Constitución op. cit.*, Artículo 86, Nº 4, pág. 117.

(95) Sentencias de 4 de Julio de 1935; 2 de Octubre de 1940 y 7 de Julio de 1941. Vid. *cit. ant.*

La desarmonía que existe entre la palabra "todos" que utiliza el artículo 86.1 y el hecho que se admita su alcance restringido a "todos los tribunales *judiciales* de la Nación", sólo a los judiciales, debe tener por la fuerza de las cosas una explicación que señale su exacto alcance y sentido, al margen de su mera consideración literal.

Claro es que el problema no puede entenderse debidamente con el simple examen del artículo 86.1; menester es remontarse a la Carta Política de 1833, modelo y antecedente inmediatos que tuvo a la vista el Constituyente de 1925. Al triunfar la Revolución de 1891 el sistema parlamentario que de hecho estableció el bando triunfante adquirió ribetes de tanta gravedad, que forzó la Reforma Constitucional de 1925, encaminada a cimentar sobre bases sólidas el sistema presidencial. Pero el Constituyente no limitó su tarea a ese único cometido. Guiado por un legítimo anhelo de plasmar en normas la realidad que estaba viviendo el país, asimilando ideas sociales otrora desconocidas o carentes de importancia, consagró, además, algunas disposiciones no consultadas por la Carta de 1833: la función social de la propiedad (artículo 10º, Nº 10); la protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social; especialmente en cuanto se refiere a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia (artículo 10, Nº 14), debiendo el Estado propender a la división de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar; el deber del Estado de velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país (artículo 10, Nº 14); la indemnización en favor del individuo a quien se absolviera o sobreseyere definitivamente, por los perjuicios efectivos o meramente morales que hubiere sufrido injustamente (artículo 20), son otras tantas ideas incorporadas en 1925 al texto constitucional, obedeciendo al mandato que importaba esa nueva visión de las cosas que se había abierto paso en el medio chileno.

El Capítulo III: "Garantías Constitucionales", recoge estos principios en un todo armónico que no ha originado problemas, como tampoco presentó dificultades el recto alcance de la autonomía del Tribunal Calificador de Elecciones, al que también se le reservó con especial cuidado el Capítulo VI.

Sin embargo, al referirse a los tribunales administrativos, el Constituyente no fue igualmente diligente, se limitó a dejar constancia de la incompetencia del Poder Judicial para conocer materias contencioso-administrativas y de su deseo de crear órganos jurisdiccionales que suplieran el vacío existente en el ordenamiento jurídico nacional desde 1874, sin preocuparse de analizar las consecuencias que produciría este nuevo enfoque en el campo de la estructura política.

Es muy ilustrativa la actitud que asumió don LUIS BARRROS BORGONO, puesto que refleja con fidelidad lo que pensaban todos los Constituyentes en esos momentos: "Dejar el artículo tal como está y que sea la ley a que el mismo artículo se refiere la que organice estos Tribunales, precisando sus atribuciones". Así las cosas, la Carta de 1925 mantuvo íntegro el antiguo Capítulo VII de la de 1833: "De la Administración de Justicia", actual Capítulo también VII: "Poder Judicial", incluyendo dentro de él, en forma pragmática, casi impensada, por afinidad de naturaleza seguramente, el artículo 87 que contempla tribunales administrativos, "formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes".

Lo demuestra el simple cotejo de los diversos preceptos: mientras el artículo 99 (108) decía: "La facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Congreso, ni el Presidente de la República pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales, o avocarse causas pendientes, o hacer revivir procesos fenecidos", el artículo 80 dice: "La facultad de juzgar las cau-

sas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República, ni el Congreso, pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos"; en tanto el artículo 100 (109) expresaba: "Sólo en virtud de una ley podrá hacerse innovación en las atribuciones de los tribunales, o en el número de sus individuos", el artículo 81.2 expresa: "Sólo en virtud de una ley podrá hacerse innovación en las atribuciones de los Tribunales o en el número de sus individuos"; donde el artículo 101 (110) prescribía: "Los magistrados de los tribunales superiores y los jueces letrados de primera instancia permanecerán durante su buena comportamiento. Los jueces de comercio, los alcaldes ordinarios y otros jueces inferiores desempeñarán su respectiva judicatura por el tiempo que determinen las leyes. Los jueces no podrán ser depuestos de sus destinos, sean temporales o perpetuos, sino por causa legalmente sentenciada", el artículo 85 prescribe: "Los jueces permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento; pero los inferiores desempeñarán su respectiva judicatura por el tiempo que determinen las leyes. 2. Los jueces, sean temporales o perpetuos, sólo podrán ser depuestos de sus destinos por causa legalmente sentenciada". El mismo planteamiento puede advertirse en lo relativo a organización y atribuciones de los tribunales: según el artículo 105 (114) de la Carta de 1833: "Una ley especial determinará la organización y atribuciones de todos los tribunales y juzgados que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República"; de acuerdo con el artículo 81.1: "Una ley especial determinará la organización y atribuciones de los Tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República".

La Subcomisión de Reformas Constitucionales, como puede verse, no alteró el capítulo que se refería al Poder Judicial, se limitó a desarrollarlo: aún más, a reproducirlo en gran parte, usando incluso las mismas palabras que empleara el

Constituyente de 1833. No es de extrañar, entonces, que repitiera también el concepto de supervigilancia que tenían los hombres de 1833: "Habrá en la República —decía el artículo 104 (103)— una magistratura a cuyo cargo está la Superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los tribunales y juzgados de la Nación, con arreglo a la ley que determine su organización y atribuciones"; "La Corte Suprema —dice el artículo 86.1— tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los Tribunales de la Nación, con arreglo a la ley que determine su organización y atribuciones".

Al hacerlo, al reproducir el antiguo artículo 104 (103), incurrió en contradicción: mantuvo lo existente en materia judicial, procedimiento que se observa continuamente en el Parlamento Chileno, utilizó incluso las mismas palabras, pero no reparó en que el Capítulo VII terminaba con un artículo nuevo, con un elemento desconocido para el Constituyente de 1833: en realidad, la Carta de 1925 creó una organización jurisdiccional —los tribunales administrativos—, que no estaba calculada por la Ley Fundamental del siglo pasado y que en consecuencia mal pudo haber querido abarcar con la superintendencia que entregaba a la Corte Suprema. Era perfectamente comprensible que la Constitución Política de 1833 hablase en términos omnímodos de "*todos los tribunales y juzgados que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República*"; o de una magistratura "a cuyo cargo esté la Superintendencia directiva, correccional y económica sobre *todos los tribunales y juzgados de la Nación*", porque para ella, como para toda la doctrina y legislación occidental del siglo XIX, no existía más que justicia ordinaria, "esto es, encargada sólo de conocer y fallar causas civiles y criminales" —como ha dicho la Corte Suprema— (96); todos los órganos jurisdiccionales eran

(96) *Repertorio... Constitución... op. cit., Artículo 86, N° 4, pág. 117.*

en su concepto, y efectivamente en la realidad, sólo órganos judiciales: “La facultad de conocer y juzgar *las causas civiles y criminales* —ordenaba el artículo 99 (108)— pertenece exclusivamente a los *tribunales* establecidos por la ley. Ni el Congreso, ni el Presidente de la República pueden en ningún caso ejercer *funciones judiciales* o avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos”.

“El empleado del *orden judicial* —agregaba el artículo 222 del Código Penal— que se arrogare atribuciones propias de las autoridades administrativas o impidiere a éstas el ejercicio de las suyas, sufrirá pena de suspensión del empleo en su grado medio”.

“En la misma pena incurrirá todo empleado del *orden administrativo* que se arrogare *atribuciones judiciales* o impidiere la ejecución de una providencia dictada por un tribunal competente”.

Pero cuando se piensa de distinto modo, cuando se varía la línea que sirve de base a una organización, autorizando la existencia de órganos jurisdiccionales que conocieran de materias administrativas, entonces ya no puede reproducirse un pensamiento superado, sino que debe adecuarse a las nuevas circunstancias. Desgraciadamente esto fue lo que el Constituyente de 1925 no hizo, y aquí estuvo su principal defecto: no haber sabido conciliar su espíritu de avanzada con la estructura política tradicional.

Esta desarmonía en el desarrollo de los conceptos fundamentales, a su vez, constituye el núcleo de las divergencias que dominan la doctrina en materia de contencioso-administrativo, la fuente equívoca de donde emanan las interpretaciones sostenidas, paradójicamente, en principio, con argumentos poderosos en pro o en contra de determinada tesis. Por eso, también, la subtendencia orgánica, que no entra en consideraciones de fondo, acude a la letra del artículo 86.1 como fundamento de su postura, sin reparar en que la superintendencia que la Carta entrega a la Corte Suprema sobre *todos* los tribunales de la Nación es *una superintendencia a la antigua*, está enfo-

cada hacia los órganos del fuero común, pensando, como es natural, que la buena marcha de los asuntos de justicia requiere que el Órgano Supremo del Poder Judicial tenga potestades bastantes para velar por ella, al margen de toda influencia foránea, pero partiendo de la base, jamás discutida, que se trata de tribunales que por su materia, por su idiosincracia, son de aquellos que pertenecen por derecho propio a la esfera de ese Poder.

El Constituyente tampoco quiso llegar a esta inconsecuencia: “Constitucionalmente —expresó don LUIS BARROS BORGÑO— los tribunales judiciales no tienen facultad para hacerlo” (para revisar los actos del Presidente de la República). “Es tanta la necesidad de que estos actos puedan ser revisados por algún Tribunal —se dijo en el seno de la Subcomisión— que aún hoy día algunas Cortes de Apelaciones se han creído autorizadas para ello, no obstante su clara incompetencia” (97). ¿Qué podía hacerse para remediar esta necesidad y aquella incompetencia? Los caminos por seguir no podían ser sino dos: se ampliaba la competencia judicial o, al margen de esta competencia, se creaban órganos especiales, tan especiales como el Tribunal Calificador de Elecciones, que pudiesen conocer con poderes propios de las materias vedadas al Poder Judicial. La decisión del Constituyente quedó sintetizada en las siguientes palabras de don FERNANDO ALESSANDRI RODRIGUEZ: “Lo que se pretende es que de los actos de las autoridades administrativas ... que no queden sometidos a la revisión de los tribunales ordinarios, pueda reclamarse a estos Tribunales Administrativos”.

“Son tribunales encargados de lo contencioso-administrativo” (98).

Optó, pues, por la creación de tribunales diversos de los órganos del fuero común, con competencia propia para cono-

(97) *Actas...* vid. *op. cit.*, pág. 518.

(98) *Actas...* *op. cit.*, pág. 519.

cer de los conflictos jurídicos que suscite el actuar de la administración sometido al derecho público, dejando intacta la competencia judicial.

En síntesis, entonces, los argumentos en que descansa la subtendencia orgánica de la corriente judicialista, por su carácter externo, meramente formal, carecen de la sustantividad que requiere la solución del problema organizativo que plantea el artículo 87 de la Ley Fundamental, que se reduce, en el fondo, a la búsqueda de los caracteres esenciales que perfilan lo judicial y lo administrativo en el derecho chileno.

Los tribunales administrativos, por su materia, son distintos a los tribunales ordinarios, a pesar de la ubicación del artículo 87 y del tenor literal del artículo 86.1, y no pueden quedar sujetos, por ende, a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema de Justicia, encuadrados dentro del Poder Judicial en calidad de tribunales especiales del orden judicial.

25) B'. *¿Es administrativa la función contencioso-administrativa? Crítica de la corriente administrativa.* Para un segundo gran sector de nuestra doctrina los tribunales administrativos deberán integrarse, no en el Poder Judicial, sino en la administración habrá que “contemplanlos —según sus defensores— como órganos de Administración, pero separados de la Administración activa” (99).

Sin considerar las réplicas doctrinales, ni el alcance que da a la superintendencia de la Corte Suprema sobre todos los tribunales de la Nación, el argumento clave que sirve de base a esta corriente es el significado que atribuye a la separación de poderes, “en el sentido de radicación de atribuciones distintas en cada uno de ellos en razón de la materia” (100): si la Administración, que se integra en general en el Poder Eje-

(99) Rodríguez Elizondo, José A.: vid. *op. cit.*, pág. 146.

(100) Silva Cimma, Enrique: vid. *op. cit.*, pág. 309.

cutivo, es autónoma en el ejercicio de sus poderes jurídicos, ello quiere decir que sólo a ella corresponde pronunciarse sobre las dificultades que surjan precisamente con ocasión del ejercicio de esos poderes; está en la naturaleza misma de la actividad administrativa la facultad de decidir los conflictos que se originen entre la administración y los administrados a raíz de los actos de aquella.

El artículo 222 del Código Penal, podría agregarse, confirma este parecer: “El empleado del orden judicial —indica este precepto— que se arrogare atribuciones propias de las autoridades administrativas o impidiere a éstas el ejercicio de las suyas, sufrirá pena de suspensión del empleo en su grado medio”.

¿Qué otra cosa puede significar el contencioso-administrativo en manos del Poder Judicial que una apropiación de atribuciones de las autoridades administrativas, desde el momento que a través de la actividad contencioso-administrativa pueden los tribunales decir blanco donde la administración ha dicho negro?

¿Cómo no va a importar invasión del campo netamente administrativo la posibilidad de que un tribunal ordinario pueda rever los actos de la administración obligándole luego a acatar una sentencia cuyo contenido quizás ni siquiera comparte?

Si la separación de poderes se esfuerza por dividir armónicamente las potestades del Estado para evitar la opresión, atribuyendo al Poder Judicial una materia específica, al Ejecutivo otra diversa y al Legislativo una tercera también distinta, y por medio de un arbitrio jurídico se entrega al Poder Judicial la facultad de someter al Ejecutivo, lo que se logra en el fondo no es sino una quiebra del sistema, una preeminencia de judicial sobre el Gobierno, a todas luces inconvenientes y en pugna con los principios que informan la organización chilena.

Por eso, “el establecimiento de los Tribunales Administrativos importaría tácitamente el reconocimiento de la potestad jurisdiccional de la Administración Pública, o sea, la facultad

de hacer declaraciones válidas en derecho, ante un conflicto que es necesario resolver" (101).

La corriente administrativa, a pesar del fundamento que tiene dentro de la experiencia francesa del siglo XIX hasta nuestros días, y en nuestra tradición legislativa, es la postura doctrinal que despierta mayores resistencias. Prácticamente no ha habido mesa redonda, foro o discusión cualquiera relativa al contencioso-administrativo en que no se discuta su aceptación plena, sus proyecciones o su basamento, dando libre vuelo a las expansiones críticas.

Contribuye a ahondar esta resistencia, la presión de los hombres que manejan el Derecho Procesal, los que en contacto diario con las experiencias judiciales no pueden dejar de ver con buenos ojos que sea el mismo Poder Judicial el que conozca de materias contencioso-administrativas, ya que reconocen que su independencia es garantía de imparcialidad y de buena administración de justicia. Aunque no lo quieran, en lo profundo de su pensamiento, quizás latente, está la idea de que no se puede ser juez y parte de un mismo proceso, pues es requisito esencial del concepto de jurisdicción la independencia del juzgador. "Cuando el Estado juzga, no es parte interesada en una relación jurídica: no es sujeto de Derecho que trata de realizar sus peculiares intereses con arreglo a Derecho. Cuando juzga satisface las pretensiones que una parte esgrime frente a la otra; incide como tercero en una relación jurídica, decidiendo la pretensión ante él deducida con arreglo al Ordenamiento Jurídico. Por ello no es posible hablar de función jurisdiccional sin la existencia de un órgano del Estado, imparcial e independiente. La independencia no es atributo accidental o secundario del órgano jurisdiccional, sino consustancial al mismo" (102). RODRIGUEZ ELIZONDO, deseando cubrir esta crítica, ha tratado de suplirla propugnando "seguir

(101) Díaz Carrasco, Alberto: *vid. ob. cit.*, pág. 62.

(102) González Pérez, Jesús: *vid. op. cit.* Tomo II; pág. 36.

un camino análogo al señalado por la creación de la Contraloría General de la República, es decir, contemplarlos como órganos de Administración, pero separados de la Administración activa. Si la Contraloría es un órgano constitucionalmente autónomo —dice— y que desempeña funciones administrativo-fiscalizadoras, los tribunales administrativos deben ser órganos legalmente autónomos en el desempeño de sus funciones administrativo-jurisdiccionales” (103). Pero, naturalmente, por evitar un peligro: la posible falta de independencia del juzgador, se alteran los términos del planteamiento objetivo; ya no se buscan los caracteres esenciales de la actividad contencioso-administrativa, criterio imparcial para llegar a la solución del problema organizativo que plantea el artículo 87, sino que se acude a una solución mediata, saltándose una nota conceptual, útil cuando se ha demostrado la naturaleza administrativa de dicha actividad, pero poco apta, por sí misma, para justificar la actividad contencioso-administrativa como función administrativa. El solo hecho de demostrar la incompetencia del Poder Judicial, de reconocer la incapacidad de los órganos jurisdiccionales del fuero común para juzgar causas administrativas, no significa, per se, que la Administración sea competente para resolver esas materias: la Carta Fundamental habla de tribunales administrativos, confía a órganos específicos el ejercicio de la actividad contencioso-administrativa, y lo que se trata de resolver, in situ, no es la manera concisa de organizar esos tribunales dentro de la administración, sino la posibilidad de que la función contencioso-administrativa sea precisamente administrativa, y en consecuencia, luego de realizado este examen, si debe quedar entregada a órganos administrativos, por ser en esencia de ese carácter. No es, pues, el de función contencioso-administrativa, un concepto que se obtenga por vía residual, una vez descartada la aptitud de los tribunales del fuero común; por el contrario, es una idea posi-

(103) Rodríguez Elizondo, José A.: *vid. op. cit.*, pág. 146.

tiva que exige demostración jurídica, y la única manera de alcanzar este resultado es analizando substancialmente lo que se entiende por administración.

La Carta Política de 1925, al crear tribunales administrativos como órganos individualizados que conviven en la estructura político jurídica con los órganos ejecutivos y judiciales, obliga a enfocarlos desde este ángulo de observación para poder reducirlos a unidad, en un esfuerzo doctrinal por “acantonar las funciones materiales en sus respectivos Poderes”, como dice don FERNANDO GARRIDO FALLA (104).

El problema no se planteó en los mismos términos bajo la Constitución de 1833: ella, libertaria como cuadraba a su pensamiento liberal decimonónico, no imaginó la existencia de un tribunal juzgador de los actos del Estado, delegatario de la Soberanía, Estado-Poder, al cual había tratado de fortalecer al máximo en su deseo de oponer una valla a las inquietudes anárquicas. Por el contrario, para evitar que el Supremo Gobierno o sus agentes fuesen llevados ante órganos del fuero común, confió al Consejo de Estado la facultad de resolver las disputas que se suscitasen con motivo de los contratos o negociaciones celebradas por el Ejecutivo, dejando reducida la competencia judicial, así, al conocimiento exclusivo de las causas civiles y criminales que se promovieran en el territorio de la República, y prohibiendo al Poder Judicial, bajo pena, arrogarse atribuciones propias de las autoridades administrativas o impedirles el libre ejercicio de sus poderes. El planteamiento, *mutatis mutandis*, recuerda con gran fuerza evocadora la Franca de los primeros años de la Revolución, en que las Leyes de 16-24 de Agosto de 1790 y del 16 Fructidor año III prohibieron al Poder Judicial, no solamente perturbar las operaciones de la administración, sino, además, conocer actos administrativos de cualquier especie que fueren. Las consecuencias fueron tam-

(104) Garrido Falla, Fernando: *vid. op. cit.*, pág. 113.

bién muy semejantes. El Poder Judicial no podía interferir el campo administrativo, ni la administración inmiscuirse en la esfera judicial. Pero se daba, no obstante, una dificultad: mientras el concepto de lo judicial estaba perfectamente claro, los límites de su actividad definidos, de manera que los administradores, en principio, sabían las materias que debían abstenerse de conocer y los tribunales ostentaban argumentos para defenderse en la respectiva contienda de competencia de toda posible invasión de atribuciones, la idea de lo administrativo era difusa, sus límites imprecisos. Porque: ¿Quién solucionaría los conflictos de derecho que surgiesen de la actividad administrativa misma, descartando las materias atribuidas al Consejo de Estado?

¿Quién haría justicia en esas zonas intermedias que no constituían causas civiles ni criminales dentro de la escala de matices que presenta lo jurídico?

Existía, evidentemente, una zona de penumbra, oscurecida aún más por el criterio político con que se miraban los problemas públicos. Surgió así una corriente legislativa de tipo pragmático, que luego criticaría acerbamente don JORGE HUNE-EUS, que poco a poco fue entregando a la misma Administración la solución de múltiples asuntos por vía jurisdiccional o seudo jurisdiccional; floreció un verdadero vergel de variadas especies y tonos que por su misma complejidad se hizo casi inaprehensible y cuyas consecuencias todavía se están padeciendo, acrecentadas por la socialización o publicitación evidente de nuestras instituciones. El contencioso-administrativo se presentaba entonces como un producto residual, radicado en la zona fronteriza entre lo administrativo y lo judicial: una actividad juzgadora al margen de la jurisdicción ordinaria. Ante la rigidez del sistema político-jurídico, que era sólo de frenos y contrapesos, apareció lentamente un elemento —lo contencioso-administrativo— impensado para el Constituyente de 1833, pero exigido por la realidad, un orden de materias distinto de los habituales —los órdenes administrativo y judicial—, cuyo corolario real o concreto se tradujo en una afir-

mación de lo judicial y una complejidad de lo administrativo. Varios fueron los esfuerzos que se hicieron hasta 1925 para conciliar esta nueva esfera con los conceptos tradicionales: fracasó el Legislador en la búsqueda de la fórmula adecuada, no estuvo feliz la doctrina en la ayuda ideológica que pudo haberle prestado; el problema siguió en pie.

La actual corriente administrativa es la heredera más pura de esta tradición contencioso-administrativa que desde los albores de la vida republicana ha venido surgiendo precisamente en la administración. Su planteamiento de fondo, que reconoce la identidad entre función contencioso-administrativa y actividad administrativa stricto sensu, es la explicación cabal de aquel fenómeno histórico que se dio en el siglo pasado y constituye un elemento indispensable de juicio para la comprensión de la diversificada realidad contencioso-pública actual. Sin embargo, desde el momento en que el Constituyente de 1925, captando el aumento extraordinario de la esfera estatal y la consiguiente limitación que trae consigo para la libertad humana —sólo conciliables a través del derecho—, creó órganos jurisdiccionales administrativos, tribunales encargados específicamente de resolver conflictos sometidos al derecho público, desapareció esa zona equívoca, se iluminó ese sector que antes se encontraba en penumbra, y la función contencioso-administrativa apareció titularizada, con nombre propio, con naturaleza identificable en su individualidad, descartando la índole residual e innominada que ostentaba en el pasado.

Dicen las actas que para S. E. el Presidente de la República, don ARTURO ALESSANDRI PALMA, los tribunales administrativos tienen por objeto restringir las atribuciones del Poder Ejecutivo: el artículo 87, expresó, “se propone limitar las facultades del Presidente de la República”.

“El señor Secretario —fue de parecer, a su vez, que— cada día se están aumentando las atribuciones del Estado y los asuntos que deben resolver las autoridades en única instancia; y si un particular sale perjudicado con alguna de estas resolu-

ciones, no tiene más que el recurso de la conformidad" (105).

La creación de los tribunales administrativos, entonces, nacidos como puente entre el peso de la autoridad y la autonomía de la libertad, no vino a significar una ampliación del campo judicial ni un reconocimiento de la naturaleza administrativa de la función contencioso-administrativa dentro del marco y contenido de la Carta Fundamental; lo primero, porque se mantuvo el Capítulo VII de la Ley Política de 1833; lo segundo, porque nunca tuvo el Presidente de la República (Administrador del Estado), facultades explícitas para resolver materias contencioso-administrativas y aquellas que por vía legal se entregaron a la administración, surgieron, según se ha visto, de la barrera positiva en que estaba encerrada la competencia de los tribunales del fuero común y de la ilimitada y no clara esfera del Ejecutivo, el que por vía residual perfectamente estuvo en condiciones de admitir en su seno esos nuevos órganos jurisdiccionales o seudo jurisdiccionales.

La realidad, las fuerzas vivas de un Estado en desarrollo, en evolución, fueron creando en el devenir las piezas complementarias de la organización política, limando asperezas y perfilando nuevos rasgos: al crecimiento agregó mayor responsabilidad, a mayor responsabilidad exigió un tribunal de derecho que la hiciera efectiva al margen de la política: al Estado político vino a suceder el Estado jurídico o de Derecho.

Esta, y no otra, es la historia del contencioso-administrativo chileno; esta, y no otra, es la perspectiva actual de la función contencioso-administrativa como actividad pública.

26) *La autonomía objetiva de los tribunales administrativos no descansa en la naturaleza judicial ni en el carácter administrativo de la función contencioso-administrativa.* La actividad contencioso-administrativa, entonces, titularizada en

(105) *Actas... op. cit.*, pág. 519.

tribunales específicos, en órganos jurisdiccionales propios y exclusivos en su ejercicio, no es función judicial ni administrativa, sino jurisdiccional con caracteres propios; es decir, tiene por objeto satisfacer pretensiones basadas en el ordenamiento público-administrativo, se resuelve en un proceso, pero no configura una causa civil en su concreción —que percute en el ámbito del derecho privado—, ni una actividad administrativa —que tiende a satisfacer en forma inmediata y directa necesidades públicas, bajo el orden jurídico-público.

27) *La autonomía objetiva de los tribunales administrativos descansa en la naturaleza específicamente contencioso-administrativa de la actividad que ejercen. Crítica de la corriente autonómica.* El hecho de no poder encuadrar la actividad contencioso-administrativa dentro de la función judicial ni en el interior de la Administración del Estado, en la actual estructura de nuestra Constitución Política, lleva necesariamente al reconocimiento de su autonomía conceptual, erigida sobre las bases sentadas en los anteriores párrafos: la actividad contencioso-administrativa es en sí misma, considerada desde un ángulo substancial, una función estatal con contenido propio: jurisdiccional en materia administrativa.

Luego, la autonomía objetiva de los tribunales administrativos, es decir, el reconocimiento de la independencia de la función juzgadora en su privativo acto de juzgar, sin posibilidad que los órganos a quienes afecte este acto puedan revocar o suspender discrecionalmente lo que en ejercicio de esa actividad se haya resuelto, o interferir sus naturales consecuencias, viene dada en el derecho chileno por la naturaleza específicamente contencioso-administrativa de la función que ejercen en su actuar

Esta tesis, pues, en el fondo, coincide con la postura asumida por el Supremo Gobierno en los dos Proyectos de Ley hasta ahora por él elaborados, y se entronca, en principio, en la corriente autonómica que matiza la doctrina nacional. No obstante, menester es destacar las diferencias de criterio que

la separan de las premisas conceptuales desarrolladas por ROJAS GONZALEZ como fundamento de su parecer.

ROJAS GONZALEZ, en efecto, afirmó a priori que “era innegable... de acuerdo con la doctrina de la independencia de los Poderes Públicos, —que el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde exclusivamente al Poder Judicial”, lo que hace “lógico y ajustado el lugar que actualmente ocupa el artículo 87 de la Constitución vigente” y justifica la superintendencia directiva, correccional y económica que la Corte Suprema debe tener sobre los tribunales administrativos, por ser tribunales, aunque “nada se opondría a que se estableciera en la Constitución misma que el Tribunal Supremo Administrativo tuviera la Superintendencia correccional, económica y disciplinaria del servicio, o si se prefiere, podría establecerse expresamente la independencia de los Tribunales Administrativos”, los que a su modo de ver “son y actúan con absoluta independencia, sin sujeción al Poder Ejecutivo ni al Poder Judicial” (106).

No advirtió, sin embargo, al enfocar así el problema, que con ese proceder, más que sentar las bases de una tendencia autonómica, como era su desecho, estaba desarrollando un criterio judicialista, en pugna con nuestros textos constitucionales y con el espíritu original de la teoría de la separación de los poderes del Estado que recogieron los Constituyentes de 1833. En verdad, no existe texto positivo alguno que confirme ese categórico aserto de que el Poder Judicial ostenta la plenitud de la jurisdicción; por el contrario, las Cartas Constitucionales desconocieron la idea plena de la facultad de juzgar radicada en el Poder Judicial y entendieron que sólo cabía a los órganos del fuero común conocer de las causas civiles y criminales, amplio terreno jurisdiccional, es cierto, pero insuficiente en nuestros días, con la inserción del artículo 87, para explicar el

(106) Rojas González, José M.: *vid. op. cit.*, págs. 21-54 y 53.

concepto cabal de lo que se entiende genéricamente por jurisdicción. Debe recordarse que los hombres de 1833, no obstante desear un Poder estable, estaban muy cerca de los resentimientos y pasiones de una época de crisis y que el ejemplo de la democracia de Norteamérica pesaba con gran fuerza sobre sus espíritus. En el hecho, la Carta de 1833 recogió fielmente las ideas montesquieuianas de "El Espíritu de las Leyes", donde se sostiene que la justicia "castiga por los delitos o juzga los litigios de los particulares", sin extenderla, por supuesto, al enjuiciamiento del príncipe mismo, ya que como soberano, como poder, estaba sobre el derecho, sometido únicamente a su autocontrol y al juego político de pesos y contrapesos, de acciones y reacciones, de palancas y frenos: "Para impedir el abuso de la autoridad —decía MONTESQUIEU—, se necesita que por la disposición de las cosas, la autoridad refrene a la autoridad" (107).

Sólo el encadenamiento mutuo de las fuerzas políticas será garantía de libertad, y en el caso concreto del Ejecutivo, "para que no pueda oprimir... es menester que los ejércitos sean pueblo, según se vio en Roma hasta el tiempo de Mario. Para que se verifique esto no hay más de dos medios: o que los que se emplean en el ejército posean bastantes bienes para responder de su conducta a los demás ciudadanos, y no estén alistados más que por un año, según era práctica en Roma, o en el caso de haber un cuerpo de tropas permanente, en que los soldados sean una de las partes más viles de la nación, es requisito esencial que la potestad legislativa pueda licenciarlas en el momento que quiera: que los soldados habiten con los ciuda-

(107) Montesquieu: vid. *op. cit.*, pág. 40. "Al legislativo le corresponde la facultad de no impedir al ejecutivo, pero sí de examinar de qué manera han sido ejecutadas las leyes que él ha hecho (control parlamentario, se dirá más tarde). Y si lo han sido mal, el legislativo no puede culpar al rey, inviolable y sagrado, pero sí a sus consejeros, los cuales pueden ser "sometidos a investigación y castigados". Vid.: Chevalier, Jean Jacques. "Los Grandes Textos Políticos" desde Maquiavelo a nuestros días. Aguilar S. A. de Ediciones. Madrid. 1957: págs. 116-117.

danos sin que haya campo separado, ni cuarteles, ni plazas de guerra" (108).

Estas ideas esenciales políticas eran las inspiradoras de la Constitución de 1833, como se desprende del cotejo del texto constitucional con "El Espíritu de las Leyes", y dentro de este conjunto de ideas, como políticas que eran, no entraba el concepto de control jurídico de los actos del Ejecutivo, que no otra cosa significa lo contencioso-administrativo.

¿Cómo sostener, entonces, que "es innegable... de acuerdo con la doctrina de la independencia de los Poderes Públicos, —que— el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde exclusivamente al Poder Judicial", cuando la realidad ha rebasado el concepto antiguo de lo judicial dando origen a nuevas instituciones a las que esa idea ya no las abarca?

Existe una diferencia profunda entre lo judicial clásico: "litigios entre particulares", característico del siglo pasado y principios del presente, y lo jurisdiccional contemporáneo con su complejidad de materias, diferencia que se proyecta desde el fondo de una evolución que pasó desapercibida para ROJAS GONZALEZ, atento sólo al presente, a lo inmediato, no considerando los cambios sensibles que sufren con el tiempo las estructuras político jurídicas.

El mal enfoque inicial desvirtuó la calidad de las conclusiones. Para él, "la Constitución actual ha establecido el Sistema de Tribunales Especiales o Sistema Alemán" en que "dichos Tribunales son y actúan con absoluta independencia, sin sujeción al Poder Ejecutivo ni al Poder Judicial". "Los Tribunales Administrativos son independientes y no están sometidos más que a la ley" (109).

Mas: Si "la Jurisdicción Administrativa no es sino una rama de la Jurisdicción" y esta se halla radicada en el Poder Judicial, cómo justificar entonces su independencia?

(108) Montesquieu: vid. *op. cit.*, pág. 55.

(109) Rojas González, José M.: vid. *op. cit.*, pág. 54.

Lo que pasa, explica en seguida ROJAS GONZALEZ, es que "tanto el sistema administrativo como el sistema judicial, violan el principio de la independencia de los Poderes Públicos. El primero, porque quita al Poder Judicial atribuciones que le son propias; el segundo, porque coloca a la Administración y por consiguiente al Poder Ejecutivo como dependiente del Poder Judicial".

Surge así una contradicción: se reconoce, en primer término, que la función jurisdiccional compete al Poder Judicial en virtud del principio de la independencia de los Poderes Públicos, y a continuación, basándose en ese mismo principio, se niega la posibilidad que el Poder Judicial pueda poner en movimiento la actividad contencioso-administrativa, que se estima "una rama de la jurisdicción".

La ausencia de una construcción doctrinal armónica se advierte sobre todo al examinar el corolario que se alcanza con estos argumentos: para ROJAS GONZALEZ los tribunales administrativos deben ser independientes del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial... pero quedar sometidos a la superintendencia de la Corte Suprema de Justicia. "Con todo —aclara—, nada se opondría a que se estableciera en la Constitución misma que el Tribunal Supremo Administrativo tuviera la superintendencia del servicio, o si se prefiere podría establecerse expresamente la independencia de los Tribunales Administrativos" (110).

La autonomía objetiva de los tribunales administrativos, en consecuencia, descansa en el carácter jurisdiccional que ostenta la función contencioso-administrativa como resolutora de conflictos jurídicos sometidos al derecho público, administrativo; se erige sobre rasgos propios que extraen su vitalidad de la misma naturaleza específica, independiente, que esa actividad pone de relieve en el *iure condito* chileno.

(110) Waline, Marcel: "*Le Conseil Supérieur de Magistrature*". *Etudes juridiques* Nº 3-4 (Marzo-Abril, 1954); pág. 35.

