

TRIBUNALES Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

The Administrative Contentious Thing. Courts and Special Procedures

SERGIO ESPINOZA RIERA*

RESUMEN: El procedimiento contencioso administrativo supletorio general (Juicio Ordinario ante Jueces de Letras en lo Civil en primera instancia y una segunda, ante salas no especializadas de las Cortes de Apelación) resulta un modelo deficitario de justicia administrativa. El Juicio Ordinario es un instrumento procesal ideado para la estructuración de la litigación civil, que supone igualdad de las partes litigantes. La aplicación extensiva del Código de Procedimiento Civil a juicios de Derecho Administrativo, pone de manifiesto el problema de desigualdad en la relación entre el administrado y la Administración; enorme desequilibrio que hace abogar, al autor, por una modificación integral del proceso contencioso administrativo chileno, que dé al juez facultades de protección de la parte más débil y reestablezca el equilibrio perdido. Es necesario generar nuevos principios con Tribunales especializados e independientes

* Abogado Universidad de Chile. Diplomado en solución de controversias internacionales, Universidad de Chile, 2000. Master (LL.M.) Business Law, Universidad Adolfo Ibáñez, 2004. Master (LL.M.) Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009. Doctor (c) Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009. Socio principal Legal Santiago. <sergioespinozariera@legalsantiago.cl>.

Artículo recibido el 15 de junio y aprobado el 3 de diciembre de 2010.

de la Administración, que solucionen el desequilibrio real a nivel procesal existente, generado por una desigualdad legal entre el administrado y la Administración.

ABSTRACT: The general supplementary administrative contentious procedure (Ordinary Trial with civil judges in a first instance and a second one, in not specialized judges at the Appeal Courts) turns out like a deficit administrative justice model. The Ordinary Trial is a procedural instrument designed for the structure of the civil litigation, which supposes equality of the parts litigators. The Civil Procedure Code extensive application to judgments of Administrative Law, reveals the problem of inequality in the relation between the administered and the Administration; enormous imbalance that makes plead, to the author, for an integral modification of the Chilean administrative contentious procedure, that brings to the judge protection powers to keep an equality between parts. It is necessary to generate new principles and specialized judges and Courts independents from the Administration, which solve the real imbalance of the procedures, generated by a legal inequality between the administered and the Administration.

PALABRAS CLAVES: Procedimiento contencioso administrativo – tribunales especiales para lo contencioso administrativo – desigualdad procesal administrado / Administración – lo contencioso administrativo

KEY WORDS: administrative contentious procedure - administrative contentious special courts - procedural inequality administered / Administration - the administrative contentious thing

INTRODUCCIÓN

Una de las cosas que llaman la atención al hacer un estudio de la doctrina referida a los tribunales contencioso-administrativos en nuestro país, tiene que ver con reconocer una marcada inclinación de la Academia de enfrentar este tema desde la perspectiva de la historia constitucional de Chile desde sus albores hasta la fecha actual¹. Ello nos parece que pudiera presentar un doble error de enfoque con alguna consecuencia relevante: Primero, nos parece errado porque siguiendo las ideas de Thomas Kuhn, la historia de las ciencias no es posible plantearlas como un desarrollo continuo permanente sin grave

¹ Vid. v.g. JARA (1943) p. 267; CALDERA (1979) p. 422.

error. Sucede simplemente que con el transcurso del tiempo se producen cambios en los modelos o en los paradigmas que muchas veces son derechamente contradictorios con las matrices precedentes. Por cierto, muchas veces es posible explicar sociológicamente el cambio, fundados tal vez en las malas experiencias de la aplicación de un sistema anterior, pero esa explicación no pasa de la anécdota. Las leyes se independizan de la voluntad de sus autores y de su historia de gestación. A este respecto la verdad es que antes del artículo 38 de la Constitución Política de la República de 1980 y, particularmente, antes de la Reforma Constitucional de 1989, la cuestión acerca de si los tribunales ordinarios tenían o no competencia para controlar los actos de la Administración en Chile, era efectivamente controvertible. De hecho, la Constitución Política de 1925, no sólo era expresa en exigir la existencia de tribunales especiales contencioso administrativos que serían creados por una ley que nunca se dictó, sino que generó derechamente jurisprudencia de los tribunales ordinarios, por cuya virtud, en reiterados casos se declaró la incompetencia de los tribunales ordinarios para conocer de los asuntos contencioso administrativos. Otro tanto ocurrió con doctrina relevante que tomó partido por uno u otro bando. Por cierto, que nos parecen discutibles esa jurisprudencia y esa doctrina. Lo propio ocurre en el período situado entre la Constitución de 1833 y la de 1925, en el cual existió derechamente un Consejo de Estado con competencia resolutive en determinadas materias administrativas. Se trata de legislación derogada. Miremos al futuro, tal vez ha llegado el momento de cierta irreverencia con la historia, el objeto de estudio lo permite, se trata ni más ni menos que de dar tutela efectiva de los derechos esenciales de los ciudadanos frente al Estado. Hoy en día, con el nuevo texto del artículo 38 de la Carta Fundamental, es irrefutable que el asunto está superado: la administración está sujeta a un amplio control jurisdiccional.

En segundo lugar, otra razón por la cual nos parece que el enfoque historicista pudiera ser errado, es porque toda esa *historiografía* del tema ha centrado la discusión en la cuestión de si es o no posible el control jurisdiccional (que de hecho viene ejerciéndose en términos efectivos desde hace más de 30 años con la interpretación jurisprudencial del mentado artículo 38 de la Carta Política²), cuestión que ha quitado importancia a efectuar un juicio crítico del estado de arte, esto es, cómo debe desarrollarse ese control jurisdiccional. Nos encontramos con un enorme vacío acerca de una discusión seria acerca de los principios y características que debiesen existir en

² Jurisprudencia que estableció el pleno control jurisdiccional por parte de los tribunales ordinarios sobre la Administración y que recogió lo que ya manifestase con bastante claridad en su discurso anual del año 1973 (02.03.1973) el Pdte. de la Exma Corte Suprema don Enrique Urrutia Manzano. Vid., Montero (2002) p. 21.

lo relativo al establecimiento de tribunales y procedimientos especiales, ello salva las siguientes excepciones: (a) la honrosa y granada discusión acerca de la conveniencia o no del recurso de protección como supletorio del contencioso administrativo ordinario³ y, (b) los reiterados comentarios críticos acerca del impresentable travestismo jurídico⁴ que representa la validación como tribunales de supuesto control jurisdiccional independiente de sendos entes administrativos auto-encargados de juzgarse a ellos mismos, como el caso –hoy superado tras la llegada de los nuevos Tribunales Tributarios, del Director Regional del Servicio de Impuestos Internos.

Por estas dos razones, en la primera parte de este estudio, se expone sucintamente el enfoque criticado, el cual denominaremos tradicional, para en la segunda parte, avocarnos al análisis del problema de la desigualdad real entre administrado y Administración en los juicios ventilados entre este tipo de partes litigantes, y los principios procesales rectores que debiesen gobernar en los tribunales especiales contenciosos administrativos, fundando de esta forma, el porqué se considera necesario el establecimiento de tribunales especiales a este respecto.

PRIMERA PARTE. ASPECTOS HISTÓRICO – CRÍTICOS

I. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO POST REVOLUCIÓN FRANCESA: DOS GRANDES TENDENCIAS INICIALES

La idea de que el propio soberano pueda someterse al control efectivo de sus propios actos sólo pudo tener cabida una vez recogida la idea de la sumisión de todos ellos al poder constituyente y de la limitación del mismo a un cuerpo de derechos de los ciudadanos de ese rango normativo. Esa idea, básica del Estado de Derecho, sólo tuvo cabida en la historia de Europa continental luego de la Revolución Francesa.

1. Sistema francés

Ese reconocimiento en Francia vino aparejado de la doctrina de separación estricta de poderes. Para los galos, el control de la Administración y su sumisión a la ley pareció siempre evidente, sin embargo, no les pareció lógico, sino todo lo contrario, que ese control lo hiciera el poder judicial, toda

³ En contra de su generalización, se puede mencionar a los siguientes autores: FERRADA-BORDALÍ-CAZOR (2003), VERGARA (2005), PIERRY ARRAU (1991). A favor de su generalización, se puede mencionar a Soto Kloss (1991).

⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI (2006).

vez que violaba el principio de separación e independencia de los poderes. En su origen, empero se ha de advertir, que el control de la Administración se fundó por razones de interés público y no por razones de defensa de los sujetos privados; interesaba a los órganos centrales la observancia y el respeto de la legalidad. De acuerdo a esta intención, se estimuló que los particulares denunciaran las actuaciones incorrectas de los órganos públicos con el objeto de facilitar el control del aparato administrativo. Así, estos sistemas de control interno se articulan en momentos en que se ejercitan poderes dictatoriales, (*La Terreur*) en los que se aboga por la centralización. El sistema de control interno aparece en la época de poder de los jacobinos y se consolida definitivamente con Napoleón, quien institucionaliza esta forma de autocontrol al crear dos piezas maestras del sistema: el Consejo de Estado (*Le Conseil d'Etat*), de nivel nacional, para informar directamente al Emperador; y los Consejos de Prefectura, de nivel departamental, para informar al Prefecto. Ambos Consejos son órganos estrictamente administrativos a los que se les va a encomendar que despachen las reclamaciones formuladas por los particulares en contra de la actuación ilegal de la Administración. Era inconcebible que se encomendara tal tarea a órganos judiciales. Con el transcurso del tiempo este control se amplía a la protección de los derechos fundamentales individuales. Con la evolución del régimen político-administrativo, se observaron ciertas fallas del Consejo de Estado francés. Así se criticó su carácter meramente consultivo, puesto que como órgano administrativo no tenía autoridad plena para resolver, siendo en definitiva el Gobierno quien resolvía ajustándose o no a la propuesta del Consejo de Estado. Con la revolución liberal de 1848, el Consejo de Estado va a evolucionar modificándose la técnica de la jurisdicción retenida por la llamada jurisdicción delegada, lo que significó que ahora es el Consejo de Estado quien puede resolver y emitir fallos propios, porque para eso tiene una jurisdicción delegada por el Gobierno. El Gobierno, al delegar tal facultad, determinó que el dictamen emitido por el Consejo de Estado tuviera el carácter de vinculante y, por lo tanto, debía respetarlo y cumplirlo. Por otra parte, el Consejo de Estado va a continuar siendo formalmente un órgano administrativo, es decir, no será un órgano encuadrado por el Poder Judicial, pero sus miembros van a conseguir un estatuto de plena independencia y autonomía, por lo que de hecho va a funcionar como si fuera un auténtico tribunal. Es este sistema el que hoy se encuentra vigente, con la sola salvedad de que en 1953 los Consejos de Prefectura fueron sustituidos por los llamados Tribunales Regionales que siguen con el mismo estatuto administrativo que los anteriores.

2. Sistema inglés

El sistema inglés, desde la Carta Magna de 1215, reconoce el fenómeno de la limitación del poder del soberano con gran respeto a la independencia

de juicio de sus jueces. Pareció enteramente normal que en un principio, o desde su origen, el sistema inglés se estructurase sobre la base del *judicial review* de todos los actos, no sólo los del administrativo. En el sistema las Cortes también están a cargo del control constitucional del legislador.

3. Sistemas europeos actuales

Caracterizados en líneas muy simples los principales sistemas, se hace presente que ambos hoy en día han ido siendo superados. Así, en Estados Unidos y en Inglaterra, se han creado tribunales especiales de control administrativo (*administrative tribunals*), en paralelo a los ordinarios; en Francia, la determinación de la responsabilidad por la reparación de los daños ocasionados por el acto nulo pertenece a los tribunales ordinarios dependientes de la Corte de Casación, así también conocen de los litigios derivados de los actos de gestión privada de los servicios públicos y, en general, de los actos de los servicios públicos comerciales o industriales que se rigen por el Derecho Privado. Mientras que la declaración particular de nulidad del acto y otros recursos propiamente administrativos han permanecido bajo el control del Consejo de Estado.

II. SISTEMA CHILENO DE CONTROL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. Constitución Política de 1925

La Constitución de 1925 suprimió al Consejo de Estado establecido en la Carta de 1833, y en su artículo 87 dispuso: "*Habrá tribunales contencioso administrativos, formados por miembros permanentes para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias, políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o por las leyes. Su organización y atribuciones son materias de ley*". Dicha ley nunca se dictó y de manera reiterada constante y uniforme los tribunales ordinarios se declararon incompetentes para conocer de lo contencioso administrativo.

2. La Constitución de 1980

La Constitución de 1980 mantuvo la referencia a los tribunales contencioso administrativos en su artículo 38 inciso 2º y dispuso: "*Cualquiera persona que sea lesionada en sus derechos por la administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades podrá reclamar ante los tribunales en lo contencioso administrativo que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar al funcionario que hubiese causado el daño*".

3. Reforma Constitucional de 1989

Con la Ley de Reforma Constitucional de 1989, se eliminó del texto constitucional la referencia a lo contencioso administrativo, por lo que en la actualidad, la referida norma expresa: *“Cualquiera persona que sea lesionada en sus derechos por la administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar al funcionario que hubiese causado el daño”*.

Por cierto, a la fecha no se han creado tribunales especiales para el conocimiento de lo contencioso administrativo. Lo que sí ha sucedido es que al tenor de la disposición constitucional los tribunales ordinarios se han reconocido como competentes para el conocimiento de este tipo de litigios, solucionando cualquier dificultad interpretativa.

Si es posible reconocer que, en paralelo con el sistema de control general y supletorio de lo contencioso administrativo –ejercido por los tribunales ordinarios en juicios de nulidad y responsabilidad extracontractual en procedimientos de lato conocimiento, en primera instancia por los jueces de letras de mayor cuantía en lo civil, y en segunda instancia por la Corte de Apelación- concurren algunos procedimientos especiales. En primer lugar, la ventilación de juicios contenciosos administrativos en sede de protección constitucional, conocidos en primera instancia, por las Cortes de Apelación, al existir actos ilegales o arbitrarios de las autoridades que conculquen alguna de las garantías protegidas por el recurso. Además, existen una serie de procedimientos administrativos especiales⁵, algunos de los cuales son conocidos por Tribunales que forman parte de la Administración, v.g. SVS en su calidad de tribunal arbitral especial; otros que son conocidos por Tribunales Ordinarios en procedimientos especiales, v.g. el recurso de ilegalidad de los actos de la Administración, el cual es conocido en primera instancia por las Cortes de Apelación.

III. CONCLUSIONES

Cada país ha adoptado distintas soluciones, pero lo interesante a efectos de esta investigación, es que, en general, se ha comprendido la necesidad del establecimiento de tribunales especiales con amplia competencia

⁵ Lamentablemente no ha sido actualizada la interesante obra Recursos jurisdiccionales y administrativos especiales de Núñez (1966).

para controlar los actos de la Administración⁶, con fuerte tendencia hacia la independencia. Así por ejemplo: (a) el caso francés cuyo Consejo de Estado, no obstante, inserto en la Administración, ha logrado erigirse como un tribunal independiente e imparcial (lo mismo ocurre en Italia); (b) en Alemania son tribunales especiales situados fuera del Poder Judicial; y finalmente, (c) hay países como España en que se trata de tribunales con competencia especial que forman parte del Poder Judicial.

SEGUNDA PARTE. HACIA LA CREACIÓN DE TRIBUNALES Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALIZADOS EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

I. ¿IGUALDAD O DESIGUALDAD REAL EN LA RELACIÓN SUSTANTIVA?

La respuesta a la pregunta precedente es, a nuestro juicio, clave para reconocer la necesidad de tribunales y procedimientos especiales en lo contencioso administrativo.

Tal como se expone en la primera parte de este artículo, la historia del procedimiento contencioso administrativo francés, y en general, de lo contencioso administrativo en el resto del mundo, puede ser representada o sintetizada como la histórica lucha por la obtención de la igualdad⁷ de la Administración al ciudadano, tanto en la formación del acto administrativo⁸, como de frente a los tribunales, y del reconocimiento de la posibilidad de que efectivamente pueda existir un control jurisdiccional cabal sobre la misma. Ha sido una lucha por la acción y por el derecho a unos tribunales con poder de control sobre el soberano.

En este sentido, la igualdad ante la ley y la igualdad en el ejercicio de los derechos, aparecen como una de las justificaciones político-jurídicas más

⁶ Como destaca, GARCÍA DE ENTERRÍA (1979) p. 97, "el poder administrativo es de suyo un poder esencial y universalmente justiciable. A ello llevan otras razones de principio que no es este el momento oportuno para puntualizar, pero, por de pronto, una razón básica es que no es un poder soberano".

⁷ BOCKANG (2006) p. 28, enfatiza que "la igualdad en los procedimientos administrativos comprende una afirmación básica: sus disposiciones son aplicadas igualmente a todos sus destinatarios. Sin distinciones ni de carácter textual ni interpretativas, ni de otra índole".

⁸ De acuerdo a BERMÚDEZ (2006) p. 24, "la igualdad jurídica o más concretamente la igualdad de medios jurídicos (*waffengleichheit*) se debe traducir a una similitud de oportunidades que tanto la administración pública como los particulares interesados deben tener en el planteamiento, defensa y prueba de sus intereses".

esenciales de esta lucha. Se trataba de lograr que los tribunales tuviesen competencia para revisar los actos de la Administración, poniéndola al mismo nivel que los administrados. Fue una lucha relevante y esencial, si se quiere calificar de algún modo.

Sin embargo, nos parece que se ha estado tan ocupado en hacer evidente la necesidad del juzgamiento de la Administración por parte de los tribunales, que no ha existido tiempo para examinar los procedimientos y los principios rectores de los tribunales por los cuales ese control se realiza efectivamente día a día.⁹

Ahora que ya se ha logrado conquistar estrados que se reconocen como capaces de ejercer ese control jurisdiccional sobre la Administración, parece conveniente seguir profundizando esa lucha por la igualdad, llevando la discusión hacia el plano de las realidades y no continuar con las ficciones.

Para ello, y considerando que mi mundo es el Derecho Procesal, interpele a los colegas administrativistas, analizar y responder, si al tenor de la observación de la realidad (aún suponiendo que el anhelo del control general jurisdiccional sobre la administración se cumpliera), ¿es efectivo que existe en el sustrato de la relación administrado-Administración una igualdad real entre ambos? La pregunta podría ofender, pues la respuesta pareciera ser obvia: no existe real igualdad.

Consideramos que el ciudadano está frente a la Administración, monstruo todopoderoso; debido a la falta de mecanismos claros de control jurisdiccional distintos al –cada vez más restringido jurisprudencialmente¹⁰– recurso de protección; una Administración, que enfrentada a un litigio menor, trae a colación serie de excusas y prácticas dilatorias, y que una vez en la arena litigiosa, no trepida en desplegar ingentes cantidades de recursos, en defensas legales y en la producción de pruebas y testimonios, simplemente fuera del alcance del particular; un Consejo de Defensa del Estado que no transa prácticamente extrajudicialmente, no obstante, lo obvio de algunas pretensiones, y que ejercita hasta el último de los recursos procesales para evitar la responsabilidad del Estado, no obstante que implique avasallar con la contraparte particular, pues entiende que así defiende los intereses de Chile.

⁹ En rigor, tal vez lo que ha sucedido, más que falta de tiempo, es simplemente que al no existir un control general de la Administración, no tenía sentido preguntarse acerca de las características que debía tener ese control.

¹⁰ Declarado inadmisibles por las Cortes de Apelación por razones cada vez más sofisticadas y quizás cuestionables.

Entonces, si existe esta tremenda desigualdad real de recursos, ¿no será conveniente, prudente y necesario generar un estatuto procesal tutelar que se haga cargo de la indefensión de los ciudadanos de frente a la Administración y que reconozca garantías procesales, distintas al equilibrio clásico de pretensiones que funda nuestros procedimientos civiles?

Pareciera que en lo referente a la desigualdad real de las partes sujetos de la relación jurídica Administración-administrados, es del todo procedente su analogía con la relación laboral o con la relación de familia. El reconocimiento de esa desigualdad real, en los planos mencionados de modo ejemplar, no sólo ha generado estatutos sustantivos de protección de los trabajadores (Código del Trabajo) o de los menores (Derecho de Familia), sino especialmente, sobre todo en los últimos años, ha devenido en el reconocimiento de la necesidad imperiosa de que existan procedimientos y tribunales especiales que se hagan cargo de esa realidad de desigualdad.

Plantear que el procedimiento contencioso administrativo chileno (supletorio general del recurso de protección y de los contenciosos especiales, como los procedimientos tributarios y el reclamo de ilegalidad municipal) pudiera ser el procedimiento ordinario de mayor cuantía¹¹, regulado en el Libro II de nuestro Código de Procedimiento Civil, y las disposiciones comunes a todo procedimiento existentes en el Libro I del mismo Código, resulta francamente impresentable.

Es necesario aquí desterrar de plano esa discusión académica acerca de si el recurso de protección es o no un buen sustituto de la falta de un contencioso administrativo ordinario, pues esa no es la discusión actual, no es el problema real a resolver, sino el problema de la estructuración de la litigación administrativa sobre la base del juicio ordinario a través de las acciones de nulidad de Derecho Público y las de indemnizaciones en juicio ordinario.

Sería ideal que el recurso de protección fuera la solución efectiva a la falta de un juicio contencioso administrativo, pues si bien es criticable la utilización de la protección como recurso de ataque, se ha de reconocer que significó un gran avance en la lucha contra las potestades del soberano. Mientras las Cortes de Apelación no renegaban de conocer estos recursos, por cierto, se trató de una discusión pertinente, pero ya hace tiempo este recurso pasó en la práctica a ser declarado inadmisibles por la judicatura por una serie

¹¹ Al igual que su pariente el Juicio de Hacienda cuando se demanda al Fisco.

de líneas jurisprudenciales de dudosa legalidad.¹² Por lo que este recurso se ha tornado absolutamente insuficiente como mecanismo de control efectivo, desviándose la práctica a la interposición de la acción ordinaria de nulidad de Derecho Público y de las acciones de indemnización de perjuicios en procedimientos ordinarios de mayor cuantía (o de hacienda) ante los Jueces de Letras en lo Civil de primera instancia¹³.

El Código de Procedimiento Civil es el correlato adjetivo de los principios inspiradores del Código Civil. La relación civil tradicional matriz de la Codificación suponía la igualdad real de las partes. Se trata, por lo demás, de la base matriz del pensamiento liberal revolucionario: la igualdad como supuesto no sólo jurídico, sino político, y particularmente, económico. Así entonces, el Código de Enjuiciamiento, se hizo cargo de tal realidad y estableció un meticuloso sistema de equilibrio procesal, prácticamente absoluto, con un juez.

Desde el punto de vista orgánico basado en principios: (a) principio dispositivo, es decir, con una restricción al máximo de la labor oficial o inquisitiva del magistrado, con el fin de evitar la parcialidad; (b) principio de competencia común, es decir, que los tribunales en principio pueden conocer de todas las materias sin necesidad de especialización, pues los estatutos especiales tendían a ser desconocidos.

Desde del punto de vista procesal funcional, (a) garantiza la bilateralidad de la audiencia, no sólo a nivel de emplazamiento, sino a través de todo el procedimiento, con la incorporación de numerosas etapas de discusión y derecho a recursos latos; no importando, que desde el punto de vista práctico, ello significase efectivamente mayor retardo en la decisión, (b) hace primar absolutamente el principio de prueba legal o tasada, esto es, el principio de legalidad en materia probatoria, con fijación total de los medios de prueba, de la forma como producirlos y de su valoración, y (c) finalmente, dificulta de admisión de mecanismos auto-compositivos de solución negociada de las controversias.

¹² Como esa por cuya virtud se declaran inadmisibles miles de recursos de protección, "por existir otras vías procesales para reparar el daño", cuando la Carta es expresa en que el recurso es sin perjuicio de otros recursos.

¹³ V.g. la Corte Suprema. *Municipalidad de Peumo con Brown* (1999), considerando 4º, ha indicado que "la acción de nulidad de Derecho Público se ventila ante el Juzgado de letras correspondiente al domicilio del demandado y en un juicio de lato conocimiento".

La existencia de la desigualdad sustantiva en la relación jurídica matriz lleva a abogar por la necesidad de que existan tribunales y procedimientos contencioso administrativos especializados, que tengan a los derechos ciudadanos como centro de protección frente al obrar de la Administración, en una labor y principios, por lo menos análogos, a aquellos, que en reciente data, se han reconocido en otras disciplinas. Parece de rigor reconocer la desigualdad real de partes desde la perspectiva procesal, evitando que ésta menoscabe los derechos fundamentales de los administrados, especialmente, en lo que tiene relación v.g. con el debido proceso.

II. PRINCIPIOS PROCESALES RECTORES PARA LA CREACIÓN DE NUEVOS TRIBUNALES CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS EN CHILE

En las líneas siguientes proponemos un debate de *lege ferendae*, tendiente al establecimiento de los criterios básicos para fundamentar las bases normativas de los nuevos tribunales y procedimientos contencioso-administrativos que proponemos. En estricto rigor, puede afirmarse que esta es una continuación de un debate que ha estado siempre presente en nuestra doctrina jurídica, sin embargo, la novedad, tal vez, está en su presentación desde una óptica diferente, no tan centrada en el derecho al control jurisdiccional sobre la Administración, ni en el recurso de protección como alternativa supletoria de la falta de tribunales especiales de lo contencioso administrativo para dar las debidas garantías a los derechos de los administrados de frente a la Administración, sino se enfoca en la racionalidad y en la justicia de los procedimientos establecidos por la ley para la realización de dicho control jurisdiccional.

Se trata de buscar desde la realidad y desde los principios matrices propios del Derecho Administrativo, principios procesales que sirvan de base para el establecimiento en Chile de tribunales y procedimientos especializados en lo contencioso administrativo. La técnica a utilizar será recurrir a las teorías procesales de las bases de la jurisdicción y de los principios formativos de los procedimientos. Además, nos valdremos de algunas notas que hemos encontrado en la doctrina extranjera europea más reciente sobre este punto.

Los principios rectores que se proponen, son los siguientes: 1. Principio de independencia. 2. Principio de especialización, y no competencia común u ordinaria. 3. Principio pro administrado. 4. Principio de concentración. 5. Principios de inquisitividad y de contradictoriedad. 6. Principio de tutela judicial efectiva. 7. Principio de facilitación de recursos profesionales. 8. Otros principios complementarios, tales como: inmediatez, limitación de mecanismos de impugnación, facilitación de legitimación popular, facilitación de intervención adhesiva o excluyente de instancias colectivas de participación

ciudadana respecto del acto atacado, flexibilización de medios probatorios, reconocimiento de métodos alternativos de solución de conflictos.

1. Principio de independencia

No parece acorde con el principio de la independencia la existencia de órganos administrativos con facultades de autorevisión de sus actuaciones administrativas, que además se autodenominen Tribunal. No se discutirá en este trabajo, si resistía el principio de separación de poderes el que los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos hayan sido en Chile una primera instancia de justicia tributaria. Sin embargo, en general, nos parece que no hay nada más cercano a un no-tribunal que aquel en el cual un mismo sujeto de derecho se controla.¹⁴

Los tribunales contencioso administrativos deben ser independientes del órgano administrativo que juzgan. Esto se podría hacer, (a) creando tribunales administrativos generales con una estructura análoga al Poder Judicial, pero desmembrados de relaciones jerárquicas y de responsabilidad del órgano administrativo a ser juzgado, (b) creando una línea de especialización al interior del Poder Judicial, (c) finalmente, hay quienes han propuesto una vía "autonómica"¹⁵, o no dependiente de ninguno de los poderes clásicos.

2. Principio de especialización y no competencia común u ordinaria

Cualquiera que fuese la forma de estructurar esta nueva judicatura, es claro que su competencia no ha de ser común u ordinaria, sino especializada. Si se optara por la alternativa de crear Tribunales de lo contencioso administrativo bajo el alero del Poder Judicial, no puede ser una atribución más que se entregue a los Jueces de letras en lo Civil, sino que debiesen crearse tribunales especiales con competencia específica y conocimientos especializados, tal como ha ocurrido respecto de los nuevos Tribunales de Familia, o con los Tribunales del Trabajo.

La primera instancia no puede quedar radicada en Tribunales Ordinarios de competencia común, pues los Jueces de Letras en lo Civil tienen una vocación civil de Derecho Privado, los inspiran principios dispositivos y ven a las partes como iguales. El método para enfrentar la resolución de los problemas jurídicos traídos a su jurisdicción, evidentemente, también es diversa, así por

¹⁴ Cfr. DEGOFFE (1996) p. 135: "*le concept de juridiction est lié intimement à celui d'indépendance: lón ne saurait concevoir une juridiction dépendante*".

¹⁵ Vid. PITTO (1976) p. 52.

ejemplo, mientras el Derecho Civil se presenta en su mayor parte codificado, el Derecho Administrativo presenta altos niveles de dispersión normativa, resultando de difícil sistematización, por lo que requiere de altos niveles de preparación, sus normas, como normas de Derecho Público, tienden a ser indisponibles, mientras que las civiles presentan rasgos supletorios de la voluntad de las partes. El Derecho Civil tiene un sistema de sanciones propias que no debe ser confundida con las sanciones de derecho administrativo, v.g. no es equiparable la nulidad de Derecho Público con el sistema de nulidad de derecho civil.

En las bases del Derecho Privado está la idea de que los sujetos de derecho pueden hacer todo lo que no está expresamente prohibido, mientras que el Derecho Público tiene normas de clausura que exige a sus sujetos de derecho obrar de la manera prescrita por la ley y previa investidura regular de las autoridades. En el Derecho Privado suele haber participación consentida de todos los obligados en la producción de la regla y contenido obligacional, mientras que en el Derecho Público los obligados reconocen a determinados sujetos la posibilidad de obligarlos unilateralmente.¹⁶ No hay igualdad en la relación jurídica matriz; hay más bien subordinación.¹⁷ Las fuentes formales de expresión de reglas vinculantes suelen ser diversas, en el Derecho Público está la regulación legal y administrativa, mientras que en el Derecho Privado los actos y contratos son una fuente primera de reconocimiento de vinculación¹⁸. El recurso a la aplicación analógica de principios y normas civiles para solucionar vacíos legales en el Derecho Administrativo debe ser efectuado

¹⁶ Esta sería la única diferencia formal que Hans Kelsen (1995) reconocería a ambos tipos normativos, la que en todo caso sitúa al interior del sistema jurídico, por oposición a los que promueven su carácter dicotómico *ex ante* el derecho positivo.

¹⁷ De acuerdo a Bobbio (2004) p. 15, *"al ser el derecho un ordenamiento de relaciones sociales, la gran dicotomía público/ privado se duplica primeramente en la distinción de dos tipos de relaciones sociales: entre iguales y entre desiguales. El Estado, y cualquiera otra sociedad organizada donde hay una esfera jurídica pública, no importa si es total o parcial, está caracterizado por relaciones de subordinación entre gobernantes y gobernados, esto es entre detentadores del poder de mandar y destinatarios del deber de obedecer que son relaciones entre desiguales; la sociedad natural como fue descrita por los iusnaturalistas, o bien la sociedad de mercado en la idealización de los economistas clásicos, en cuánto son tomadas normalmente como modelos de una esfera privada contrapuesta a la esfera pública, están caracterizadas por relaciones entre iguales o de coordinación."*

¹⁸ Como lo destaca Bobbio (2004) p. 18, citando a Cicerón, *"el Derecho Público consiste en la lex, en el senatus consultus, y en el foedus, el Derecho Privado en las tabúlam en los pactum conventum y en las stipulatio. Particiones oratoriae, 37, 131. Cicerón"*.

con cautela¹⁹. El Derecho Administrativo, además, tiene principios propios absolutamente diversos de los civiles.

Muchas de las dificultades anteriormente anotadas han ido siendo superadas, hoy hay una Ley de Bases Generales de la Administración, por lo que el recurso al Código Civil resulta menos claro; se ha ido generando un excelente cuerpo de doctrina administrativa con presencia de Doctores y Revistas de primer nivel; en otros países, y cada vez con más fuerza en la Cátedra de Derecho Civil se ha dado paso a estudios particulares de Derecho Privado, y la cuestión del método está reservada a un ramo de Teoría del Derecho; también se ha morigerado la cuestión ideológica comprendiendo que de lo que se trata no es de hacer política especulativa, sino de reconocer las diferencias entre las disciplinas y, por tanto, de normas aplicables. Sin embargo, continúan faltando los tribunales especializados y se aprecia, ya que en definitiva el Derecho aplicable es aquel que las sentencias de los tribunales determinan reconocer. Efectivamente, se puede constatar que ello ha producido efectos concretos, v.g. existen sendos errores jurisprudenciales generados por Tribunales Ordinarios no especializados (Jueces de letras, Cortes de Apelación e, incluso, Corte Suprema) ocasionados por la falta de especialización y por esta vocación civilista²⁰: 1. El derecho a la carrera funcionaria y la estabilidad en el empleo que garantiza la Constitución en su artículo 38, como también la ley de bases generales de la administración del Estado, la ley de municipalidades, y el estatuto administrativo para funcionarios municipales, en cuanto a que el empleado no puede ser privado de su cargo sino por las causales que la ley contempla y conforme al procedimiento que ellas señalan, importa una especie de propiedad garantizada como bien incorporal por este artículo²¹; 2. Habiéndose dado cumplimiento a todas las normas legales, reglamentarias y bases del concurso que se llamó para proveer el cargo de docente directivo, el Alcalde no estaba autorizado legalmente para declarar desierto el concurso, incurriendo en un acto ilegal que vulnera el derecho de propiedad,

¹⁹ MODERNE (2005) p. 152.

²⁰ Se ha escogido a propósito estas sentencias, vertidas en el marco del conocimiento del recurso de protección, pues privatizan el Derecho Administrativo. En descargo de nuestros tribunales digamos que el problema que ellos enfrentan es precisamente que de no encuadrar el recurso dentro de una garantía protegida por la acción de protección (léase derecho de dominio, por ejemplo) el recurrente queda en indefensión. Por ello, la técnica de los litigantes y de los jueces si bien criticada, debe ser comprendida como un esfuerzo extremo y pretorio para no dejar en indefensión precisamente a los ciudadanos frente a violaciones flagrantes de sus derechos.

²¹ Corte de Apelaciones de Santiago. *Díaz con Contralor General de la República y otro* (1995).

en cuanto priva al reclamante de un derecho incorporal a ser designado en el cargo de Director²²; 3. La norma del artículo 7 de la Constitución en que se hace descansar la presunta imprescriptibilidad adquisitiva es similar a la del artículo 10 del Código Civil, y establecen idéntico tratamiento para los actos que contravengan prohibiciones legales. La afirmación de que no cabe aplicar en materia de Derecho Público normas de Derecho Privado, a falta de texto legal específico, resulta carente de toda sustentación en la sistematización jurídica nacional²³.

3. Principio pro administrado

Parece evidente que uno de los principios procesales que debiesen inspirar la labor procesal del nuevo tribunal especializado en lo contencioso administrativo que proponemos para el país sea efectivamente el principio de la interpretación más favorable del derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos. Efectivamente, el administrado está en una relación de total desequilibrio real frente al poderoso obrar de la Administración. Este desequilibrio no termina con la incorporación del litigio en un proceso, al contrario, se sigue expresando con toda intensidad. Una de las técnicas que el Derecho Procesal utiliza y reconoce para regular legislaciones especiales en donde existe una parte que es desigual respecto de la otra, es precisamente la de generar un contrapeso procesal que permita sostener que frente a una multiplicidad de interpretaciones normativas diferentes, la que el tribunal debe preferir es aquella que sea más favorable al derecho de los ciudadanos, en este caso, del administrado. Esto no sólo porque es de responsabilidad de la Administración siempre subordinar sus actuaciones por el camino que cause un menor daño, sino porque no se debe olvidar que el Estado está al servicio de la persona humana y no al revés. No se trata, aclaremos, de superponer el interés individual por sobre el difuso interés general, sino de conciliarlos, y de entender que lo que se busca no es avasallar sino de equilibrar las posiciones.

4. Principio de concentración

Ha dicho el Tribunal Constitucional Español que: "*desde el punto de vista sociológico y práctico puede afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva*"²⁴. Ya tendremos oportunidad de referirnos a la disposición de la Constitución Española que consagra

²² Corte Suprema. *Mansilla contra Contralor Regional de Aysén* (1998).

²³ Corte Apelaciones Santiago. *Peña con Fisco* (1999).

²⁴ *Sentencia del Tribunal Constitucional español n° 26/1983*.

el principio de la tutela judicial efectiva. En este momento, sólo queremos expresar que la idea de que lo contencioso administrativo deba ser ventilado en un procedimiento ordinario de mayor cuantía, realmente se expresa en una carga que hace inviable la litigación ciudadana. Se trata de un proceso cuya fase de discusión consta de cuatro escritos principales: demanda, contestación, réplica y dúplica; con un término probatorio ordinario de 20 días y con apelación general de las interlocutorias, así como con posibilidad suspensiva de la sentencia definitiva de primera instancia²⁵. Con ilimitado acceso a la Excma. Corte Suprema por la vía de la casación. La nulidad procesal resulta bastante protegida, con posibilidades de su utilización mediante diversos mecanismos de impugnación, tales como excepciones dilatorias, incidentes de nulidad procesal (en el caso de la incompetencia absoluta sin plazo), y recursos de casación en la forma. En este procedimiento, resulta obligatoria la presencia de abogados y de auxiliares de la Administración de Justicia, cuyos honorarios deben ser asumidos por las partes. Se trata entonces de un régimen que ahoga y coarta y que tiende a imponer por sofocación la solución de la Administración. En conclusión, la ventilación de la pretensión contencioso administrativa en juicios de lato conocimiento, por oposición a juicios más concentrados, de una o dos audiencias, desincentiva seriamente la posibilidad de recurrir al control jurisdiccional y se erige en una herramienta injusta para el administrado, y a favor de la Administración que cuenta con toda un aparataje orgánico para la defensa de sus casos.

5. Principios de inquisitividad y de contradictoriedad

Se ha dicho a lo largo de este estudio que el procedimiento civil funciona sobre la base del principio dispositivo. En efecto, el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales señala que *“los tribunales no pueden ejercer su ministerio, sino a petición de parte, salvo los casos legales”*. Se ha de considerar que en el concepto de las ideas de la ilustración todo lo que tuviera relación con inquisición, es decir, con la actuación de oficio por parte de los tribunales era sinónimo de parcialidad, de intervención judicial, recordándose así los abusos incurridos por el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición. Por tanto, el juez debe ser un ser pasivo, la iniciación y desarrollo de la litis depende de las partes e incluso la determinación precisa del objeto litigioso, bajo sanción de ultra petita si el tribunal da más de lo pedido o incluso de infra petita si no se pronuncia sobre todo lo que las partes le han planteado.

²⁵ CEJA (2002-2003) p. 17, según la Corporación Administrativa del Poder Judicial, la duración promedio de un juicio tramitado de acuerdo a las normas del procedimiento civil ordinario, el año 2002, era de 509 días.

El juez, aunque observe que una parte no lo está actuando adecuadamente, o que está quedando desprotegida, no puede intervenir.

¿Cómo explicar, entonces, que leyes especiales admitan una intervención del juez en el marco del desarrollo de la litis, de la admisión de prueba, o de la determinación de la necesidad de medidas cautelares de oficio? Simplemente, porque esas legislaciones especiales entienden que el juez debe asumir una labor tutelar de la parte más débil. *“Que el juez administrativo dispone de un poder inquisitivo debe constituir una garantía para el justiciable, como una manera enérgica de poder de reestablecer el equilibrio en las relaciones no igualitarias existente entre la administración y el administrado”*²⁶. Se trata de reconocer la inmensa prudencia de que un juez letrado cuente con la facultad de proteger las garantías procesales de un humilde campesino iletrado que lo único que pide es la defensa de su derecho de aguas frente a una resolución administrativa manifiestamente ilegal y arbitraria.

En cuanto a la extensión, debe hacerse presente que toda la doctrina está conteste en que el procedimiento debe tener rasgos inquisitoriales, manteniendo por cierto el derecho al contradictorio. La extensión del ámbito o extensión de lo inquisitorial: *“El Sr. Denaix de Sain Mac el Labetoulle estima que el carácter inquisitivo debe importar para el juez el poder de fijar la duración de la instrucción, de usar a su criterio, diferentes elementos para lograr su convicción, de determinar la carga de la prueba de los hechos del juicio”*.²⁷

Debemos sí reconocer, y hacer presente, que en países en los que se ordena precisamente la aplicación supletoria expresa de las leyes de enjuiciamiento civiles en el silencio de los procedimientos administrativos a lo contencioso administrativo, este principio tiende a ceder por el viejo principio de la dispositividad de las partes²⁸.

²⁶ DEGOFFE (1996) p. 258, traducción nuestra de *“Que le juge administratif dispose d’un pouvoir inquisitorial devrait constituer une garantie pour le justiciable, celle de voir son juge agir manière énergique por rétablir l’équilibre dans del relations prétendues inéglitaires entre l’admnracion et l’admnnistre.*

²⁷ *Ibidem.*, traducción nuestra de *“MM Denaix de Saint Mac et Labetoulle estiment que le caractère inquisitorial emporte pour le juoge re pouvoir de faxer la dureé de l’instruction, d’user, à son gré, de différents moyens pour établir sa conviction, d’intervenir meme pour nuancer la détermination de la charge de la preuve.”*

²⁸ V.g. la doctrina española enfrentada a disposiciones de esa naturaleza establece el principio dispositivo como general, y el inquisitivo limitado a casos excepcionales, así lo indica, GIMENO (1992) p. 43.

6. Principio de tutela judicial efectiva

Este principio se manifiesta, (a) orgánicamente, en la necesidad de reconocer una amplia competencia²⁹ al control jurisdiccional sobre los actos dañosos de la Administración³⁰, y (b) en la desformalización procedimental³¹. A modo de ejemplo a seguir, señalemos que la tutela judicial efectiva, se encuentra consagrada en el artículo 24 de la Constitución Española³², presentándose a modo de garantía procesal general, lo cual ha generado jurisprudencia específica del Tribunal Constitucional relativa a sus efectos en la regulación del procedimiento contencioso administrativo, v.g. ha sentenciado que “constituyen un atentado al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva aquellos obstáculos que pueden estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalizando, y que no se compaginen con el derecho a la tutela a la justicia o que no aparezcan justificados proporcionales conforme a las finalidades para que se establecen”; y que “las formalidades procesales han de entenderse siempre para servir a la justicia, garantizando el acierto de la decisión jurisdiccional: jamás como obstáculos encaminados a dificultar el pronunciamiento de sentencia acerca de la cuestión de fondo,

²⁹ En este aspecto de amplia competencia, nos parece perfectamente sostenible que la redacción del artículo 38 de la Carta, es absolutamente compatible y permitirá sostener que en materia de amplitud de competencia del control jurisdiccional sobre la Administración, nuestra Constitución admite la recepción del principio de tutela judicial efectiva.

³⁰ Así, destaca MEYER (1993) p. 282, que “la jurisdicción administrativa alemana está diseñada en términos muy amplios y se articula a través de los Tribunales administrativos generales, los tribunales sociales y los financieros. A todo ciudadano le asiste el derecho constitucional a acceder a la jurisdicción (art. IV. GG, derecho a la tutela judicial efectiva) cuando estime que los poderes públicos le han lesionado en sus derechos”. Esta idea, ha sido, de acuerdo a BACIGALUPO (1997) p. 102, reconocida por los Tribunales Alemanes. “De este modo en Alemania el Tribunal Constitucional federal ha entendido que el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 19.4 de la ley fundamental de Bonn, se deriva un derecho subjetivo de los ciudadanos a un control jurídico y fáctico plenario de las actuaciones administrativas que les afecten sus derechos.”

³¹ RIVERO (1993) p. 222, señala al respecto que “la relativización de los requisitos formales especialmente la aplicación ponderada de los requisitos formales que provoque la inadmisión del recurso y el principio pro actione son ya criterios de interpretación del tribunal constitucional que han de incidir de forma decisiva en la configuración del proceso contencioso administrativo.”

³² Artículo 24. 1 de la Constitución de España: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. El principio, también se encuentra consagrado en otras cartas, vid. v.g., artículo 19.4 de la Carta de Bonn.

y así obstaculizar la actuación de lo que constituye la razón misma de ser de la Jurisdicción".³³

Otra de las manifestaciones del principio de la tutela jurisdiccional efectiva es el principio antiformalista en la admisibilidad de los recursos, que intenta poner fin a una jurisprudencia exageradamente formalista que conducía a inicuas situaciones al haber inventado requisitos de admisibilidad absurdos, carentes de todo sentido.

Este principio constitucional ha sido recogido en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, la cual señala que: "*Los Juzgados y de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsane por el procedimiento establecido en las Leyes*".

Doctrinalmente se ha dicho que el principio obliga a los Juzgados y Tribunales de los distintos órganos judiciales y, por tanto, también, a los del orden contencioso administrativo a: (a) Interpretar las normas del Ordenamiento procesal en el sentido más favorable a la admisibilidad de la pretensión y, por tanto, a dictar sentencia sobre la cuestión de fondo, (b) No declarar la nulidad de actuaciones por defectos subsanables, sin dar oportunidad a la parte de subsanación, y (c) Limitar las nulidades en lo posible, no extendiéndola a actos sucesivos que fueren independientes ni a aquellos que hubieren permanecido inalterables, aunque no se hubiese cometido la infracción. Finalmente también hay doctrina que señala que el principio se expresa en la no generación de doctrinas judiciales de inadmisibilidad de los recursos de casación.³⁴

7. Principio de facilitación de recursos profesionales

Para quienes no han enfrentado un litigio con la Administración la necesidad de que exista una defensa orgánica de las personas pudiera parecer

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional español n° 90/1983.

³⁴ Tal doctrina no cuenta con respaldo del Tribunal Constitucional español, el cual ha señalado que en el momento de la admisión de los recursos contra las resoluciones judiciales no cabe una interpretación del principio *pro actione* tan amplia como cuando se trata de interpretar las normas reguladoras de los supuestos de admisibilidad para la iniciación del proceso, porque, en definitiva, el ciudadano ya tuvo una respuesta judicial a su pretensión.

excesiva, pero no lo es. No se trata de eliminar el recurso a los abogados –idea seguida a los inicios de la reforma de los juicios de familia– sino reconociendo que el no acceso a los mismos resulta un arma lesiva en contra del más débil, generar el derecho a abogados con cargo al erario nacional que permitan enfrentar con paridad de medios la frondosa estructura burocrática de la Administración. Idea que ha sido recogida en diversos países, por diferentes vías: mediante la representación gratuita de los ciudadanos por procuradores generales, por fiscalías públicas, por el Ombudsman³⁵.

Esta figura resulta de interés no sólo por la gratuidad del oficio, sino porque se los dota de facultades investigativas, cual fiscal administrativo con poder de requerir información a la Administración bajo sanción legal. Efectivamente, resulta evidente que el diálogo con las agencias gubernamentales y el acopio y análisis de información resulta árido e imposible para el ciudadano común y corriente.

8. Otros principios complementarios

Hemos expuesto los grandes trazos de lo que nos parece debiese ser el nuevo sistema de justicia contencioso administrativo chileno. No por eso dejamos de anotar otros principios complementarios relevantes en cuanto colaterales de los expuestos, tales como:

A) *PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN*. Siempre es preferible un juez presente que uno ausente. El juicio ordinario es un procedimiento escrito en el cual rara vez se produce un contacto directo del juez con las partes.

B) *PRINCIPIO DE LIMITACIÓN DE MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN*. Manifestación del principio de desformalización. Resulta evidente que la posibilidad de introducir recursos implica una mayor dilación en la solución definitiva del caso.

C) *PRINCIPIO DE FACILITACIÓN DE LEGITIMACIÓN POPULAR*. Una de las barreras procesales típicas de la litigación civil es la legitimación procesal, el acreditar interés. A fin de evitar esa barrera se ha recurrido, por ejemplo, a las acciones populares que no exigen acreditar perjuicio con el acto atacado.

D) *PRINCIPIO DE LA FACILITACIÓN DE LA INTERVENCIÓN ADHESIVA O EXCLUYENTE DE INSTANCIAS COLECTIVAS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA RESPECTO DEL ACTO ATACADO*. El artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, que exige a los terceros en juicio acreditar interés no facilita la intervención de otros ciudadanos que

³⁵ Esta es la mejor opción de acuerdo al autor AL- WAHAB (1979) p. 13.

podiesen tener intereses coadyuvantes y especialmente excluyentes con los pretenses. La nulidad de derecho público de un acto de la Administración puede tener un sustrato de aplicación material directo o por la vía de precedente administrativo bastante extenso. Debe establecerse la posibilidad de que otros ciudadanos se incorporen al debate.

E) PRINCIPIO DE FLEXIBILIZACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS. El juicio ordinario establece un sistema de prueba legal o tasada. Los medios probatorios son los que taxativamente señala la ley, la forma de producirlos en juicio también está reglada, y finalmente, también hay normas sobre el valor o apreciación comparativa de medios divergentes. Si hemos adoptado el sistema de sana crítica para analizar la responsabilidad penal de los ciudadanos, ¿por qué tanto rigor con la responsabilidad fiscal?

F) RECONOCIMIENTO DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. Debe facilitarse la posibilidad de la concurrencia de equivalentes jurisdiccionales, reconociendo a autoridades de la Administración facultades para la solución de conflictos. Para proteger el interés fiscal pudieran limitarse esas facultades a determinados efectos o sanciones o montos a pagar. La idea generalizada y tal vez errada de que el Estado transa en Chile mediante el acuerdo de la mayoría de los miembros del Consejo de Defensa del Estado supone una concentración de poder absurda.

III. CONCLUSIONES

En el sistema chileno de control jurisdiccional sobre lo contencioso administrativo cambió su paradigma a partir del artículo 38 de la Constitución de 1980, y particularmente, desde su reforma del año 1989, dejó de ser una cuestión problemática la de determinar si los tribunales ordinarios están facultados o no para ejercer control sobre la Administración.

Históricamente el recurso de protección fue utilizado como el mecanismo procesal preferente para el conocimiento de cuestiones contencioso administrativas. Sin embargo, la nulidad de derecho público, la prescripción y otras sanciones han sido objeto de doctrinas jurisprudenciales de inadmisibilidad que impiden, para bien o para mal, que este recurso sea un mecanismo general de solución de este tipo de juicios. La consecuencia directa de esta realidad es que la falta de procedimientos contenciosos especiales sea aplicable el juicio ordinario de mayor cuantía de conocimiento de los Jueces de Letras Civiles de mayor cuantía, en primera instancia, y por salas de Cortes de Apelación, en segunda instancia. Ambos tribunales sin especialización en lo contencioso administrativo.

El Juicio Ordinario de Mayor Cuantía ventilado ante Jueces de Letras en lo Civil, como procedimiento contencioso administrativo supletorio general –por defecto del cada vez más lleno de barreras de admisibilidad recurso de protección y de los escasos procedimientos contenciosos especiales– resulta un modelo deficitario de justicia administrativa.

El juicio ordinario es un instrumento procesal pensado para la estructuración de la litigación civil, que supone igualdad de las partes, y por lo mismo de los litigantes. Los problemas que se presentan en la aplicación extensiva del Código de Procedimiento Civil a juicios de derecho administrativo, son análogos a los que plantea la aplicación extensiva del Código Civil a esas mismas relaciones. No encontramos igualdad en la relación entre el administrado y la Administración, sino un enorme desequilibrio que nos hace abogar por una modificación integral del proceso contencioso administrativo chileno que de al juez facultades de protección de la parte más débil y reestablezca el equilibrio perdido.

La lucha por la igualdad legal entre el administrado y la Administración debe hacerse cargo de este desequilibrio real a nivel procesal generando nuevos principios con tribunales especializados, e independientes de la Administración, dotados de facultades inquisitivas, con reconocimiento de asistencia legal profesionalizada a favor del administrado, como mínimo, entre otras.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Obras Generales

AL-WAHAB, Ibrahim (1979): *The Swedish institution of Ombudsman: an instrument of human rights* (Stokholm, Liber Förlag) 190 p.

BACIGALUPO, Mariano (1997): *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución* (Madrid, Marcial Pons) 338 p.

BOBBIO, Norberto (2004): *Estado, Gobierno y sociedad: por una teoría general de la política* (México, Fondo de Cultura Económica) 243 p.

BOCKSANG HOLA, Gabriel (2006): *El procedimiento administrativo chileno: estudio analítico y sistemático de coherencia* (Santiago, Editorial Lexis Nexis) 234 p.

CALDERA, Hugo (1979): *Manual de Derecho Administrativo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 661 p.

DEGOFFE, Michel (1996): *La juridiction administrative spécialisée* (Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence) 559 p.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1979): *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)* (2ª edición, Editorial Civitas) 97 p.

GIMENO, Vicente y otros (1992): *Curso de Derecho Procesal Administrativo* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch) 407 p.

JARA CRISTI, Manuel (1943): *Derecho Administrativo: anotaciones de clases* (Santiago, Chile Artes y Letras) 854 p.

KELSEN, Hans (1995): *Teoría pura del Derecho* (8ª edición, México D.F., Editorial Porrúa) 364 p.

MODERNE, Frank (2005): *Principios Generales de Derecho Público* (Traducc. Alejandro Vergara Blanco, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 301 p.

NÚÑEZ, J. Cristóbal (1966): *Recursos jurisdiccionales y administrativos especiales* (Valparaíso, Alcazar y Sacaluga Editores) 2 vol.

Artículos

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2007): "Funciones y tipología del procedimiento administrativo", *Acto y procedimiento administrativo. Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso) pp. 1-17.

CEJA (CENTRO DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS) (2002-2003): *Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002-2003: Chile*, 25 pp. Disponible en < <http://www.cejamericas.org/reporte01ed/rep01-chile.pdf>>, fecha consulta: 18 junio 2010.

FERRADA, Juan Carlos, BORDALÍ, Andrés y CAZOR, Kamel (2003): "El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: Una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo", *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile) (vol. XIV): pp. 67-81.

- KELMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2006): "La administración pública ante los tribunales de justicia chilenos", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 33 n° 1): pp. 17-36.
- MEYER, Hans (1993): "El procedimiento administrativo en la República Federal Alemana", BARRES, Javier (coord.), *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado* (Editorial Civitas S.A.): pp. 281-316.
- MONTERO, Osvaldo (2002): *Recurso de protección como una forma de control de la Administración. Análisis jurisprudencial* (Concepción, Tesis Universidad de Concepción).
- PIERRY ARRAU, Pedro (1991-1992): "Conferencia inaugural. Lo contencioso-administrativo y el recurso de protección", *Revista Chilena de Derecho* (vol. XIV): pp. 155-172.
- PITTO DALMAZZO, Hernán (1976): "Organización de lo contencioso administrativo", AA.VV., *Lo Contencioso Administrativo: ponencias presentadas a las jornadas sobre lo Contencioso Administrativo celebradas en la escuela de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso) 68 pp.
- RIVERO YSERN, José Luis (1993): "Vía administrativa y jurisdicción contencioso administrativa", BARRES, Javier (coord.), *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado* (Editorial Civitas S.A.) pp. 201-226.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1991): "El recurso de protección y el amparo de los derechos de las personas frente a las arbitrariedades de la administración del Estado", *Revista de Derecho Universidad Central* (vol. 5 n° 1): pp.185-200.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2005): "El recurso de protección como sustituto de una jurisdicción contencioso-administrativa especializada. Elementos para el análisis", *Gaceta Jurídica* (n° 297): pp. 7-17.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Nacionales

Código Civil.

Código de Procedimiento Civil.

Código del Trabajo.

Código Orgánico de Tribunales.

Constitución Política de 1980.

Ley n° 18.825, modifica la Constitución Política de la República de Chile. *Diario Oficial*, 17 agosto 1989.

Ley n° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 5 diciembre 1986. Y sus posteriores modificaciones.

Internacionales

Alemania. Ley Fundamental de Bonn para la República Federal Alemana, 1949.

España. Ley 6/1985, Orgánica del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 1 julio 1985. Y sus posteriores modificaciones.

JURISPRUDENCIA CITADA

Nacional

Díaz con Contralor General de la República y otro (1995): Corte de Apelaciones de Santiago, recurso de protección, 28 agosto de 1995, rol n° 1406-95, *Gaceta Jurídica* n° 182, pp. 68-73.

Mansilla contra Contralor Regional de Aysén (1998): Corte Suprema, apelación recurso de protección, 28 julio 1998, rol n° 2300-98, *Gaceta Jurídica* n° 217, pp. 50-57.

Municipalidad de Peumo con Brown (1999): Corte Suprema, casación en el fondo, 5 octubre 1999, rol n° 3288-98, *Microjuris RDJ519*. También disponible en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 93, sección V, pp. 172 y ss.

Peña con Fisco (1999): Corte Apelaciones Santiago, casación en la forma y apelación, 18 enero 1999, rol n° 5681-96, *Gaceta Jurídica* n° 223, pp. 97-106.

Internacional

Sentencia del Tribunal Constitucional español n° 26/1983, 13 abril 1983, recurso de amparo. Disponible en <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1983-0026>, fecha consulta: 18 junio 2010.

Sentencia del Tribunal Constitucional español n° 90/1983, 7 noviembre 1983, recurso de amparo. Disponible en <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1983-0090>, fecha consulta: 18 junio 2010.