



Universidad de Valparaíso
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho



Hacia un Tribunal Contencioso Administrativo con facultades inquisitivas

Tesina de Derecho

Tesista:

Javiera Muñoz Rivas

Profesor guía:

Carlos Dorn Garrido

Diciembre, 2021

Tabla de contenidos

	Página
I. Introducción	3
II. Acercamiento histórico al contencioso administrativo en Chile	4
III. ¿Por qué es importante la cuestión administrativa desde el punto de vista procesal?	8
IV. Los principios del contencioso administrativo	11
1. Breve mención de determinados principios del proceso civil	12
2. La nulidad de derecho público	17
3. Principios de determinados contenciosos administrativos especiales	19
V. El contencioso administrativo comparado y los modelos regulatorios	24
VI. Hacia un modelo contencioso administrativo para Chile	33
1. ¿Qué modelo regulatorio sigue Chile?	33
2. Un Tribunal Contencioso Administrativo con facultades inquisitivas	36
VII. Conclusiones	39
VIII. Bibliografía	40

I. Introducción

Chile carece de una óptima Justicia Administrativa, podemos cuestionarnos si quiera si existe o no dicha Justicia, es por ello que a continuación haremos una revisión histórica de cómo se ha ido configurando a lo largo de la breve historia del Estado de Chile, esta idea de un contencioso administrativo.

Revisando también como en un esfuerzo de la jurisprudencia y la doctrina, se ha configurado un sistema deficiente de Justicia Administrativa que busca responder al problema de cómo regularla. Para ello, revisaré la creación de la nulidad de derecho público como contencioso administrativo general; y analizaré una serie de contenciosos especiales que han ido surgiendo a medida que la Administración y el derecho se han ido especializando, de forma de entender cuáles son los principios que informan el sistema de Justicia Administrativa nacional.

Luego, examinaré como Alemania, Francia e Inglaterra han solucionado el problema de la regulación de un sistema de Derecho Administrativo como contrapeso al poder con el que cuenta la Administración estatal; repasando los sistemas inquisitivo y adversarial que informan la regulación jurídica de la Justicia Administrativa.

Tomando la experiencia de estos países, pretendo revisar cuales instituciones son las más adecuadas para la realidad nacional, de forma de postular la necesidad de un Tribunal Contencioso con facultades inquisitivas para resolver las controversias que se produzcan entre particulares y la Administración estatal.

II. La formación de un contencioso administrativo a lo largo de la historia de Chile

A lo largo de la historia de Chile no es fácil observar con claridad una institución que regule la relación litigiosa que se produce cuando un particular reclama contra la actividad del Estado. Tal como nos señala la Real Academia Española, las constituciones son las llamadas a regular el régimen de los derechos y libertades de los ciudadanos y delimitar a los poderes e instituciones de la organización política del Estado. Por ello realizaremos un análisis de la gran mayoría de los textos constitucionales que han estado vigentes durante la existencia de Chile.

En un primer momento, durante el período comprendido entre los años 1810 a 1827 observamos una gran convulsión política que determina la existencia de varios textos constitucionales, los que se suceden uno tras otro como un proceso de ensayo y error de los grupos dominantes. Si bien dentro de estos textos constitucionales hay algunos que destacan por la introducción de instituciones nuevas o algunas innovaciones¹; ninguno de ellos hace referencia expresa o implícita a un régimen de contencioso administrativo, por lo que no son objeto de nuestro análisis.

En primer lugar, la Constitución de 1828², señala en su artículo 96, 3.a, que será atribución de la Corte Suprema resolver los conflictos “que resulten de contratos celebrados por el Gobierno o por los agentes de éste en su nombre”. Encontramos aquí una primera mención a la reglamentación de un conflicto que pudiera existir entre el Estado y un particular. No obstante, según Bravo Lira, uno de los aspectos más importantes de esta constitución es que “prescinde por completo de los recursos judiciales del derecho indiano para reclamar la protección de las personas. Tan sólo contempla un escuálido recurso contra la prisión arbitraria similar al *habeas corpus*³ inglés”⁴.

Cinco años más tarde y con el fin de consolidar el régimen portaliano, nace la Constitución de 1833. Dicho texto constitucional contiene un catálogo de derechos restringidos, los que no “están protegidos por un recurso judicial que permita hacerlos valer. Incluso

¹ El reglamento provisorio de 1812 introduce, por ejemplo, como señala Bravo Lira, garantías legales para derechos individuales, mientras que la Constitución de 1818, no sólo reconoce la existencia de derechos individuales, sino que también señala deberes de los ciudadanos. Para profundizar ver Bravo Lira en Historia de las Instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica, y El primer constitucionalismo en Chile (1811-1861).

² Esta Constitución destaca, entre otras cosas, por ser la primera que considera a Chile como una república.

³ El análisis de la institución del *habeas corpus* es sumamente importante pues como señala Humberto Nogueira, “es el producto de una larga evolución histórica en la lucha por el respeto y garantía de la libertad personal y la seguridad individual” y, por tanto, su regulación determina la creación de un procedimiento que permite a los particulares alegar contra decisiones del Estado.

Eduardo Aldunate establece etapas en que se observa el *habeas corpus* en los distintos textos constitucionales de Chile, señalando que la primera de ellas, comprendida entre 1812 y 1833, se caracteriza por la ausencia de esta institución; para Miriam Henríquez si es posible encontrar antecedentes del *habeas corpus* en las Constituciones Provisionales.

Para más desarrollo recomiendo revisar: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El Habeas Corpus o Recurso de Amparo en Chile”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N°102, octubre-diciembre 1998. ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “Panorama actual del amparo y *habeas corpus* en Chile”, en *revista de Estudios Constitucionales*, año 5, N°1, 2007. HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena. “¿Hacia una ampliación del Hábeas Corpus por la Corte Suprema?”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 20, N°2, 2013.

⁴ BRAVO LIRA, Bernardino. “El primer constitucionalismo en Chile (1811-1861)”, en *revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XV, Valparaíso, 1992-1993, p. 320.

desaparece, de hecho, el escuálido *habeas corpus* contra la prisión arbitraria”⁵, “porque no se dicta la ley que debe señalar al tribunal ante quien puede interponerse”⁶. Esta situación se mantuvo al menos hasta el año 1875, cuando se dicta la Ley de Organización y Atribuciones de Tribunales, que reguló el tribunal competente para conocer de dicho recurso, es decir, como señala De Ramón⁷, fueron cuarenta y dos años, en que no se regularizó la situación.

Esta constitución consideró también la creación de un Consejo de Estado “con competencia resolutive en determinadas materias administrativas.”⁸. Dicho Consejo fue una institución inspirada en el Derecho administrativo francés, como una institución independiente y con amplios poderes para juzgar.

En Chile, esta institución nace como “un órgano asesor del Presidente de la República, con una composición original que depende de la voluntad del Jefe de Gobierno”⁹. Luego de la reforma de 1874, el Consejo de Estado pasa a tener una “composición más diversa, que buscaba dotarlo de una mayor autonomía”¹⁰. Este órgano “conoce y resuelve sobre los reclamos por infracciones a los derechos consagrados en la Constitución”¹¹. Además, “decidía sobre las cuestiones controvertidas que tenían su origen en contratos o negociaciones celebrados por el Gobierno”¹², entre otras atribuciones. Sin embargo, tras la reforma del año 1874, se eliminó esta última facultad¹³.

Para Eyzaguirre en la creación de la Constitución de 1833 se estableció una suerte de equilibrio de poderes que hacen “recordar el sistema dominante en los tiempos del régimen español, en que aparecían entremezcladas las atribuciones de Gobernadores y Audiencias, evitando de esta manera los excesos de uno y otro lado”¹⁴. Este texto de rango constitucional tuvo vigencia por 91 años, hasta 1924, sin embargo, aun cuando es la Constitución que rigió por más tiempo en la historia de Chile, es posible distinguir tres grandes etapas durante su vigor, las que están claramente determinadas por las reformas que se le hicieron.

Por su parte, la Constitución de 1925 “consagra la separación e independencia de los poderes públicos, excluyendo la revisión del Poder Judicial sobre los actos de la Administración”¹⁵. Luego en virtud del artículo 87 de esta carta fundamental, se crean los

⁵ BRAVO LIRA, Bernardino, Op. Cit., p. 328.

⁶ BRAVO LIRA, Bernardino. Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica. Santiago: editorial Andrés Bello, 2ª ed., 1993, p. 194.

⁷ DE RAMÓN, Armando. Historia de Chile: desde la invasión incaica hasta nuestros días (1500 – 2000). Santiago: Catalonia, 8ª ed., 2015, cfr. p. 71.

⁸ ESPINOZA RIERA, Sergio. “Tribunales y procedimientos especiales en lo Contencioso administrativo”, en *Ars Boni et aequi*, universidad Bernardo O’Higgins, año 7 N°1, 2010, p. 85.

⁹ SAAVEDRA RAMÍREZ, Karin. “El Consejo de Estado y la reforma constitucional constituyente de 1874: 1874-1906”. Santiago: tesis para optar al grado de Magíster en Derecho mención en Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 5.

¹⁰ *Ibid.*, pág. 6.

¹¹ *Ibid.*, pág. 18.

¹² *Ibid.*, pág. 21.

¹³ *Ibid.*, pág. 27.

¹⁴ EYZAGUIRRE, Jaime. Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile. Santiago: editorial Universitaria, 17ª ed., 2000, p. 104.

¹⁵ VERGARA BLANCO, Alejandro. Esquema del Contencioso Administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del Recurso de Protección, en Litigación Pública, colección Estudios de Derecho Público,

Tribunales de lo Contencioso Administrativo, los que tendrán la misión de “resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas”. Sin embargo, dicha norma programática jamás fue aplicada, pues no se dictó la ley sobre la organización y atribución de estos Tribunales.

Cabe mencionar que la “doctrina y la jurisprudencia de la época mayoritariamente entendieron que, en virtud del principio de separación de poderes, tales tribunales [ordinarios] no tenían la competencia para conocer de la materia contenciosa-administrativa”¹⁶. Lo que se materializó en que durante el período entre 1925 y 1973, “los tribunales de justicia se declararon incompetentes para conocer de las acciones de impugnación deducidas en contra de los actos de la Administración, debido a que, precisamente, no habían sido creados los tribunales contencioso-administrativos”¹⁷.

Por otro lado, con la entrada en vigencia de Constitución de 1925 se aprecia un debilitamiento de la institución del *habeas corpus* debido a la acción de la judicatura, pues aquéllos redujeron “la eficacia del *habeas corpus* como acción de tutela”¹⁸ al apearse más a la regulación legal en desmedro de la función constitucional de la institución.

Para Bravo Lira en 1976 “se instituyó un nuevo recurso judicial de protección para reclamar contra los atropellos de algunas garantías constitucionales. Con ello se devolvió a la Judicatura, la competencia para proteger a los ciudadanos, que el constitucionalismo había reducido a un escuálido *habeas corpus*”¹⁹. Mientras que, luego con la Constitución de 1980, Aldunate plantea que se evidencia una evolución jurisprudencial de la institución del *habeas corpus*, “en el plano estrictamente procesal, por su ampliación derivada de su regulación legal”²⁰.

Por otro lado, Espinoza nos plantea que debemos fijarnos en el artículo 38 de la Constitución de 1980, pues “la cuestión acerca de si los tribunales ordinarios tenían o no competencia para controlar los actos de la Administración en Chile, era efectivamente controvertible; (...) [sin embargo, tras la reforma] es irrefutable que el asunto está superado: la administración está sujeta a un amplio control jurisdiccional”²¹.

Lo anterior, pues el artículo 38, referido a las Bases generales de la Administración del Estado, en su inciso segundo, contemplaba que “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contencioso-administrativos que determine la ley”. Mientras que el actual artículo 38, tras la modificación del año 1989, señala que “podrá reclamarse ante los tribunales que determine la ley”.

Para Costa, los tribunales especiales administrativos –como lo serían los tribunales contencioso administrativos contemplados en la Constitución de 1925 y la Constitución de 1980

Primer Seminario de Litigación Pública, Universidad de los Andes. Santiago: editorial Abeledo Perrot- Thomson Reuters, 2011, p. 40.

¹⁶ VERGARA BLANCO, Op. Cit., p. 40.

¹⁷ VERGARA BLANCO, Op. Cit., p. 43.

¹⁸ ALDUNATE LIZANA. Op. Cit., p. 22.

¹⁹ BRAVO LIRA, Bernardino. Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica, pág. 342.

²⁰ ALDUNATE LIZANA, Op. Cit., p. 24.

²¹ ESPINOZA RIERA, Op. Cit., p. 85.

antes de la reforma de 1989—, “siguen bajo el concepto revolucionario de que el conocimiento de las controversias entre administración y administrado debe ser llevado adelante por un tribunal especial, pero se distinguen claramente de las soluciones francesas en cuanto son tribunales que están dentro del Poder Judicial”²².

De cualquier forma, la eliminación de la referencia de los tribunales contencioso-administrativo de la Constitución vigente, no eliminó lo esencial del articulado, esto es, que las personas que sean lesionadas en sus derechos por organismos de la Administración del Estado podrán recurrir a tribunales. Sin embargo, si bien se reconoce que debe existir un procedimiento para reclamar de las acciones del Estado, de nada sirve si no existe dicho procedimiento.

Ello determinó que la doctrina amparada en el principio de inexcusabilidad y en la norma constitucional contenida en el artículo 38, creara la institución de la nulidad de derecho público y utilizara “una vía que no había sido concedida expresamente para ello como el Recurso de Protección”²³.

Sumado a ello, la legislación chilena ha intentado solucionar estos problemas en atención a que la Administración del Estado está operando en ámbitos cada vez más específicos, creando tribunales administrativos especiales —justificándose en que ellos estarían abordando temas de alta complejidad técnica—, los cuales se encuentran fuera del Poder Judicial, pero sujetos a la superintendencia de la Corte Suprema²⁴, lo que ha creado una verdadera descentralización de la función de la jurisdicción.

²² COSTA CORDELLA, Ezio. “Los Tribunales Administrativos especiales en Chile”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXVII, N°1, Julio 2014, p. 154.

²³ *Ibid.*, p. 155.

²⁴ *Ibid.*, p. 159.

III. ¿Por qué es importante la cuestión del contencioso administrativo desde el punto de vista procesal?

Si partimos de la premisa que “la idea de justicia contencioso administrativa alude necesariamente a procedimientos jurisdiccionales”²⁵ que se desarrollan en virtud de un conflicto entre un particular y el Estado, resulta del todo oficioso revisar cómo se desenvuelve este tipo de justicia y cuáles son los principios y características que podemos extraer de la normativa.

El Derecho procesal ha sido entendido como un derecho adjetivo, es decir, es una rama que “necesita de la presencia de otro derecho para ponerlo en movimiento”²⁶. En un sentido amplio, este derecho adjetivo “es la adecuada aplicación del Poder del Estado a cada uno de sus órganos con el objeto de que cada uno de ellos produzca la función que le es propia”²⁷. Mientras que, en un sentido restringido, lo entendemos como “*la forma o manera como esta rama del poder público desenvuelve su delicada e importante misión*”²⁸.

Hay quienes lo denominan como un derecho formal pues “regula la forma o manera como los intereses jurídicos son tutelados por el Estado”²⁹, lo que se materializa en virtud del ejercicio del derecho de acción, dirigido a un órgano jurisdiccional de forma de obtener de éste “la protección de los derechos e intereses legítimos”³⁰. Es así como entendemos que el Derecho procesal “se preocupa de la manera como debemos ejercer y defender las garantías individuales en caso de que ellas sean violadas”³¹, siendo sumamente importante para todos y todas las ciudadanas, pues, es en virtud del Derecho Procesal en que pueden salvaguardar sus intereses y derechos.

En su sentido amplio, el Derecho Procesal establece cuáles son los principios que van a ser utilizados en esta tutela de derechos “mediante la creación de una teoría unitaria del proceso”³². De forma tal, que es imperativo que las distintas ramas del Derecho tengan, a través del Derecho Procesal, una identificación de los principios que lo rigen.

En el momento en que la sociedad dejó de permitir la justicia de propia mano por parte de las personas, reguló la existencia de un “instrumento idóneo para obtener la satisfacción de su interés legítimo por acto de la autoridad”³³. Dicho instrumento es lo que entendemos por proceso, y el fin de éste es el de “dirimir el conflicto de intereses sometidos a los órganos de la

²⁵ ALDUNATE LIZANA, Eduardo. Justicia Administrativa. Santiago: Lexis Nexis, 2005, p. 2.

²⁶ CASARINO VITERBO, Mario. Manual de Derecho Procesal. Santiago: Jurídica de Chile, 6° Ed., 2007, t. I, p. 12.

²⁷ Ibid., p. 10.

²⁸ Ibid., p. 10.

²⁹ CASARINO VITERBO. Op. Cit., p. 12.

³⁰ ROMERO SEGUEL, Alejandro. Curso de Derecho Procesal Civil. Santiago: Legal Publishing Chile, 2° ed., 2014, t. I., p. 8.

³¹ CASARINO VITERBO. Op. Cit., p. 14.

³² MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal: I. Fundamentos. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 3° ed., 2004, p. 166-167.

³³ COUTURE, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 3° ed. 1958, 16ª impresión 1990, p. 145.

jurisdicción”³⁴, de forma que se configura como una garantía individual que ampara y defiende al ser humano.

El proceso termina siendo “el medio insuperable de la justicia misma”³⁵, es tan indispensable que si llegáramos a “[p]rivar de las garantías de defensa en juicio, equivale, virtualmente, a privar del derecho”³⁶.

La historia y la evolución que ha existido del derecho en el mundo occidental “conduce lógicamente hacia su especialización y diversificación, a medida que se complican y transforman los fenómenos sociales de todo orden que debe regular”³⁷. Esto explica el nacimiento del Derecho Administrativo y su aplicación en el desarrollo cotidiano de una nación, sin embargo, observamos que, a lo largo de la evolución histórica chilena respecto al Derecho Administrativo, no se ha observado una regulación sustancial de éste; más bien pareciera que se está respondiendo a pequeñas contingencias sin mirar el fenómeno completo, recurriendo a pequeños parches que contienen la herida por un tiempo, pero que eventualmente dejarán de servir.

Aun cuando el Estado avanza —a paso lento— hacia un aumento de garantías en favor de la ciudadanía, este fenómeno debe ir de la mano de un entramado legislativo que dé sustento a estas garantías, pues sino estaríamos apostando a una “anulación del individuo y a la destrucción del derecho”³⁸, en tanto, le entregamos más potestades al Estado, sin mecanismos reales de tutela para que la ciudadanía pueda defenderse del accionar estatal.

En la práctica, los administrados no cuentan con suficientes garantías para resguardar sus derechos e intereses legítimos frente a la actividad del Estado, pues el Derecho Procesal no se ha hecho cargo de ellas, en virtud del conflicto que existe —o puede existir— entre el Estado y la ciudadanía. Tal como se cuestiona Espinoza en virtud del análisis de los recursos procesales, “¿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?”³⁹. Porque convengamos que la actual forma en que se regula la Justicia Administrativa en Chile pareciera ser una “concepción eminentemente privada [en donde] el derecho sirve al individuo, y tiende a satisfacer sus aspiraciones”⁴⁰; que considera a la Administración y al

³⁴ Ibid., p. 146.

³⁵ COUTURE, Eduardo. Estudios de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 3º ed. t I, 1979, p. 194.

³⁶ Ibid., p. 194.

³⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general del proceso: aplicable a toda clase de procesos. Buenos Aires: Ed. Universitaria, 1984, t. I. pág. 9.

³⁸ BERCAITZ, Miguel Ángel. “Proceso y Procedimiento contencioso-administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, N°44, España, 1964. pág. 143.

³⁹ ESPINOZA RIERA. Op. Cit., pág. 92.

⁴⁰ COUTURE. Fundamentos del derecho procesal civil. Op. Cit., p. 146.

ciudadano como dos partes iguales en un pleito; y donde pareciera ser que el fin del proceso es sólo “el de dirimir el conflicto de interés sometido a los órganos de jurisdicción”⁴¹.

Más, para contar con una información detallada de cómo opera la Justicia Administrativa en Chile, es preciso que analicemos cómo son estos contenciosos, qué principios los fundan, de forma tal de tener claridad del cómo se resuelven los conflictos que se presentan entre administrados y Administración, y cómo otros países, con distintos modelos, han solucionado esta cuestión.

⁴¹ Ibid., p. 145.

IV. Los principios procesales del contencioso administrativo chileno

Tal como ya anuncié, nuestra justicia administrativa “no cuenta con una jurisdicción especializada (...). Asunto que está siendo suplido, principalmente, a través del ejercicio de la Acción de Protección (...), [lo que] plantea un importante problema de jurisdicción, particularmente en cuanto a la articulación entre el Recurso de Protección y los demás medios judiciales ordinarios de control de la Administración del Estado”⁴².

Tal como nos plantea Couture, lo lógico respecto a la tutela de derechos consagrada en la Constitución sería lo siguiente:

“a) la Constitución presupone la existencia de un proceso como garantía de la persona humana; b) la ley, en el desenvolvimiento normativo jerárquico de preceptos, debe instituir ese proceso; c) pero la ley no puede instituir formas que hagan ilusoria la concepción del proceso consagrado en la Constitución; d) si la ley instituyera una forma de proceso consagrada en la razonable oportunidad para hacer valer su derecho, sería inconstitucional; e) en esas condiciones, deben entrar en juego los medios de impugnación que el orden jurídico local instituya para hacer efectivo el contralor de la constitucionalidad de las leyes”⁴³.

Chile prácticamente ha comenzado con la indefensión. Esto pues en el caso de las decisiones de la Administración que afecten a una persona, respecto de la cual ésta quiera accionar para restablecer su derecho no cuenta con un sistema de Justicia Administrativa adecuada. Esto pues, si bien la Constitución contempla que cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado –en su concepción amplia–, podrá reclamar ante los tribunales que señale la ley, sin embargo ¿cuáles son estos tribunales?

En primer término, no existe claridad cuáles son estos tribunales ante los que se puede recurrir, y ha debido ser una interpretación la que ha determinado que serán los tribunales ordinarios los competentes para resolver estas contiendas. Más aun, ha debido ser la jurisprudencia junto con la doctrina la que ha regulado un contencioso administrativo general, pues no existía ley que lo regulada. Sumándole que, a medida que la actuación estatal se ha ido complejizando, se han ido creando distintos procedimientos especiales y tribunales especializados que han determinado la existencia de una gran masa de procedimientos que son muy distintos entre sí.

Si bien, podemos reconocer el esfuerzo que ha llevado el Poder Judicial de salvaguardar la situación, éste no el poder estatal que debe solucionar este problema, lo que se ha traducido en que se han ido parchando estos déficits de la regulación de la Justicia Administrativa en Chile,

⁴² CAZOR ALISTE, Kamel. Justicia Administrativa. Santiago: Lexis Nexis, 2005, pp. 58-59.

⁴³ COUTURE. Fundamentos del derecho procesal civil. Op. Cit., pp. 149-150.

pero sin establecer al proceso como una garantía de la persona humana y su dignidad con todas sus reglas.

Este sistema heterogéneo que se caracteriza por una falta de claridad o estabilidad de las instituciones sumado a una dispersión normativa es una situación que ha marcado a la República de Chile desde sus inicios. Ello ha implicado que el estudio que podamos hacer respecto a los principios que informan la justicia administrativa debe realizarse de forma inductiva al hacer una revisión de los distintos contenciosos administrativos que existen.

Sin embargo, este proceso inductivo no es posible realizarlo respecto a la totalidad de los contenciosos administrativos especiales, pues, existen más de 200, por lo que he seleccionado un número acotado de ellos. Adelanto desde ya, que del estudio del contencioso administrativo de general aplicación y de los especiales, los principios procesales que se informan mayoritariamente aluden al principio dispositivo.

Por lo demás, antes de analizar los distintos contenciosos administrativos, es menester realizar una pequeña mención de los principios que rigen el proceso civil. Esto pues, tras una interpretación del artículo 76 inciso 1° y el artículo 38, ambos de la Constitución Política, se ha determinado que los asuntos contenciosos administrativos, ante la falta de un tribunal especial, serán “competentes para su conocimiento los tribunales civiles ordinarios”⁴⁴.

Para Bermúdez, el artículo 38, inciso 2° de la CPR está garantizando la universalidad de la tutela jurisdiccional, lo que significa que “se trata de tutela sólo respecto de actos de la Administración del Estado (...) [y] sólo serán recurribles aquellos actos aptos de causar una lesión⁴⁵ sobre los derechos del ciudadano”⁴⁶.

1. Breve mención de determinados principios del proceso civil

El proceso civil cuenta con una serie de principios que lo fundan y dan forma. Para lo que nos compete analizaré sólo aquellos principios que podemos vislumbrar en los distintos procedimientos contenciosos administrativos de nuestra legislación.

En primer lugar, el principio de **igualdad de partes** ante la ley procesal y en el proceso “es una proyección en el ámbito infraconstitucional del principio general de igualdad ante la ley (...) y que forma parte de la cláusula del justo y racional procedimiento”⁴⁷, lo que para Devis Echandía⁴⁸ implica que no existan privilegios de una u otra parte.

⁴⁴ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Derecho Administrativo general. Santiago: Legal Publishing Chile, 2011, 2° ed., p. 421.

⁴⁵ Para Bermúdez, la doctrina establece que los derechos que pueden ser lesionados son denominados derechos públicos subjetivos, los que no solo contemplan a los derechos fundamentales, sino que también se tutelan aquellos derechos que estén señalados en la ley, independiente de la jerarquía de la norma.

⁴⁶ BERMÚDEZ SOTO. Op. Cit., p. 424.

⁴⁷ HUNTER AMPUERTO, Iván. “La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el proyecto del Código Procesal Civil”, en *Revista Ius et Praxis*, año 17, N°2, 2011, p.55.

⁴⁸ DEVIS ECHANDÍA. Op. Cit., cfr., p. 9.

La igualdad ha seguido una importante evolución a través de la historia occidental pues es “un proceso histórico de emancipación (...), producto de la acción humana”⁴⁹, por tanto, “están ubicadas en ese proceso histórico de lucha por la igualdad de los seres humanos”⁵⁰. Esto explica que lo que se entendía por igualdad en la Grecia clásica⁵¹ no es lo mismo que entendemos hoy.

El principio de igualdad cobra relevancia en el siglo XVIII con las revoluciones burguesas que buscaban “terminar con el sistema de inmunidades y privilegios propios del mundo feudal”⁵², forjándose “una concepción formal de la igualdad (como igualdad ante la ley), que concibió a los individuos como sujetos cuyas diferencias no son recogidas por el Estado”⁵³. Por tanto, en un primer momento, el principio de igualdad está orientado como una garantía “de igualdad de trato a todos los destinatarios de la norma jurídica y la ausencia de todo privilegio en materia de jurisdicción e impuestos”⁵⁴.

Luego, con la implementación del Estado Social de Derecho “se produce la sustitución de la noción igualdad formal por una igualdad sustancial, que alcanza también al ámbito procesal”⁵⁵, pues “[y]a no se trata de que la ley sea general, sino que su aplicación por los poderes públicos encargados de esa tarea se haga sin excepciones, sin consideraciones personales”⁵⁶.

De forma tal que, habrá igualdad sustancial cuando “los litigantes estén en homogénea posición frente a una norma o institución”⁵⁷, y en el caso de existir una desigualdad, “el Estado debe desempeñar un rol activo en las tareas procesales que le corresponden a la parte débil para alcanzar la nivelación *inter partes* y lograr la paridad material”⁵⁸. De allí que se plantee que “el órgano que ejerce jurisdicción debe tratar de la misma manera a lo igual y tratar de diversa manera a lo desigual”⁵⁹, pues lo que se busca es alcanzar una “igualdad de oportunidades procesales”⁶⁰.

Para Hunter Ampuero el principio de igualdad de armas “se trata de un equilibrio en sus derechos defensa sin conceder a ninguna de ellas un trato favorable, salvo casos excepcionales, donde el equilibrio no pueda, sino que mantenerse con un trato procesal desigualitario”⁶¹. Pues, no es que las partes sean iguales, sino que se busca que dichas partes en el proceso “gocen de

⁴⁹ SECO MARTÍNEZ, José María. “De la igualdad formal a la igualdad material”, en *Revista Derechos y Libertades*, N°36, Época II, enero 2017, p. 60.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 60.

⁵¹ Para profundizar sobre la evolución histórica de dicho principio ver SECO MARTÍNEZ. *Op. Cit.*

⁵² CARMONA CUENCA, Encarnación. “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N°34, abril-junio, 1994, p. 266.

⁵³ HUNTER AMPUERTO. *Op. Cit.*, p.59.

⁵⁴ CARMONA CUENCA. *Op. Cit.*, p. 266.

⁵⁵ HUNTER AMPUERTO. *Op. Cit.*, p.59.

⁵⁶ CARMONA CUENCA. *Op. Cit.*, pp. 266-267.

⁵⁷ HUNTER AMPUERTO. *Op. Cit.*, p.59.

⁵⁸ *Ibid.*, p.59.

⁵⁹ DIAZ GARCÍA, Iván. “Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias”, en *Revista Ius et Praxis*, año 18, N°2, 2012, p. 41.

⁶⁰ DELGADO CASTRO, Jordi. “El principio de igualdad en la obra de Couture: relectura y vigencia ante nuevos desafíos planteados por la llegada del procedimiento monitorio a Chile”, en *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Eduardo J. Couture*. Montevideo: La Ley Uruguay, 2017, t. II, p. 900.

⁶¹ HUNTER AMPUERTO. *Op. Cit.*, p.56.

oportunidades sustancialmente iguales o equivalentes para sostener sus posturas”⁶². Así, las partes puedan influir en el resultado final del proceso, entendiendo que éste “debe articularse como una balanza equilibrada de posibilidades de acción y defensa, para uno u otro litigante”⁶³.

Ahora, para Hunter, las situaciones en las que se puede evidenciar una desigualdad son: desigualdad sustantiva, económica y técnica. Esta última serían aquellos casos en “una de las partes presenta una ventaja derivada del domicilio del hecho o de la cercanía con la fuente de prueba”⁶⁴.

¿No pareciera que una persona que se enfrenta a la Administración se encuentra ante una desigualdad técnica? ¿caso la actividad jurisdiccional debería tener facultades para exigir de la Administración determinada información?

Por lo demás, esto debemos vincularlo con el deber de la carga de la prueba, pues en el proceso civil ocurre que quien plantee una pretensión debe probarla, siendo carga de cada parte probar sus distintas aseveraciones. ¿Este deber de prueba que tiene cada parte nos deja en igualdad material ante la Administración?

La respuesta pareciera ser negativa, pues, aquel individuo que se encuentre ante el órgano jurisdiccional deberá presentar todas las pruebas que acrediten su postura, aun cuando dicha prueba esté en manos de la Administración del Estado y que no sea tan fácil obtenerla.

La doctrina, en búsqueda de una igualdad material, es decir, igualdad de oportunidades, ha establecido soluciones al problema en cuanto a la carga de la prueba sobre todo de la parte más débil. Dentro de dichas soluciones encontramos, en primer lugar, la carga dinámica de la prueba, la que “permite al juez que conoce del proceso, en el caso en concreto, alterar la carga y ponerla sobre el sujeto que tiene más facilidad de acceso a la prueba o mayor información sobre la misma. (...) es una constatación de la concepción publicista del proceso”⁶⁵.

También se ha optado por las presunciones, de forma tal que sea la parte fuerte –en este caso el Estado– quien deba probar su “inocencia”; o “rebajar (...) el grado de certeza que la prueba haya de suministrar al juez”⁶⁶. También se ha recurrido a una combinación de estas últimas soluciones en orden a que se invertirá la carga de la prueba, siempre y cuando el demandante pueda probar indicios de que hayan acontecido los hechos que constituyen la presunción.

Me cuestiono esto, pues la Administración del Estado cuenta, no sólo con bastante información de cada ciudadano y del actuar y funcionamiento del aparataje estatal; sino que, además, los actos de la Administración gozan de presunción de legalidad, por tanto, es el

⁶² BENÍTEZ RAMÍREZ, Eugenio. “Principios procesales relativos a las partes”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 N°3, 2007, p. 592.

⁶³ HUNTER AMPUERTO. Op. Cit., p.56.

⁶⁴ Ibid., pp.59-60.

⁶⁵ BORDALI SALAMANCA, Andrés. “La Carga de la prueba en el proceso civil”, en *Estudios de Derecho*, N°170, jul-dic 2020, p. 207.

⁶⁶ Ibid., p. 207.

ciudadano, el que debe probar que dicho acto es contrario a la normativa, lo que es determinante para generar justamente un desequilibrio.

Lo que se busca evitar es que los órganos del Estado impongan “el contenido de la relación material a la otra”⁶⁷ parte, pues, pareciera ser que el sistema de Justicia Administrativa chilena se encuentra aún en el paradigma de la igualdad formal, sin haber avanzado del todo hacia una igualdad material.

Luego, el **principio dispositivo** es comprendido como “un principio básico e informador del proceso civil estrechamente ligado a la naturaleza privada de los derechos subjetivos”⁶⁸, aun cuando no cuenta con un reconocimiento expreso en la Constitución Política de Chile.

Para Hunter⁶⁹, este principio debemos entenderlo en virtud del derecho de propiedad, en cuanto es la voluntad de los privados la que determina la disposición negocial de sus situaciones jurídicas subjetivas, lo que se materializa, en que los ciudadanos pueden recurrir o renunciar a la tutela judicial o ponerle término en cualquier instante, disponiendo, en definitiva, de sus derechos en un proceso jurisdiccional.

Lo anterior, pues, el principio dispositivo “obedece principalmente a la ideología liberal que imperaba en la época de la codificación (...) que se manifiesta en una desconfianza en los poderes del Estado, y en donde se considera que el proceso civil sirve principalmente para la discusión de intereses privados”⁷⁰.

Luego, será la doctrina alemana la que, al realizar una delimitación de este principio, distinguió entre el principio dispositivo material y el principio dispositivo procesal⁷¹, siendo este último, conocido actualmente como el principio de aportación de partes, y que se identifica con el “desarrollo formal del proceso (...) [esto es], la introducción de los hechos y la prueba”⁷². Mientras que el principio dispositivo material pone atención en la titularidad que poseen los ciudadanos sobre los derechos subjetivos y cómo disponen de ellos, y que es lo que actualmente es identificado como el principio dispositivo propiamente tal.

Se entiende que “el ejercitar un derecho en vía jurisdiccional es un modo de disponer del mismo y, por consiguiente, el condicionar la tutela jurisdiccional a la petición del interesado es una consecuencia lógica de la autonomía negocial reconocida al particular sobre su propia esfera jurídica”⁷³. Por tanto, se entiende que el proceso “sólo puede iniciarse ante petición parte”⁷⁴.

De ahí que se plantee que este principio implica que “[e]l proceso no puede ser iniciado mientras no se haya formulado por la parte interesada la respectiva demanda o petición (...); se

⁶⁷ HUNTER AMPUERTO. Op. Cit., p.60.

⁶⁸ Ibid., p. 152.

⁶⁹ Ibid., cfr. p. 154.

⁷⁰ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. “El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno”, en *Revista de Derecho privado*, N°31, junio 2017, p. 425.

⁷¹ Ibid., pp. 424 y HUNTER AMPUERTO. Op. Cit., p. 152.

⁷² HUNTER AMPUERTO. Op. Cit., p. 152.

⁷³ MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan y BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional I: parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 257.

⁷⁴ Ibid., pág. 257.

prohíbe al juez resolver sobre cuestiones no planteadas en la demanda (...); se permite a las partes ponerle fin al proceso por desistimiento y transacción o conciliación (...) [y], las partes pueden, por lo general, renunciar a los derechos procesales”⁷⁵.

En definitiva, el principio dispositivo “supone que queda en manos del particular la decisión de acudir al proceso, de iniciarlo y de continuarlo en sus distintos grados de jurisdicción (*Nemo iudex sine actore / Ne procedat iudex ex officio*), así como de concretar el objeto del juicio (*ne eat iudex ultra petita partium*) y, finalmente, disponer sobre el mismo”⁷⁶.

Por otro lado, el principio dispositivo “sirve para determinar el objeto del proceso civil, porque tratándose de derechos subjetivos privados, el demandante tiene completa libertad para fijar lo que pide”⁷⁷, pues son “las partes quienes a través del planteo de las pretensiones y defensas construyen el infranqueable cerco dentro del cual debe moverse el juez para resolver el pleito”⁷⁸.

Luego, vale la pena hablar del **debido proceso**. Los inicios de esta garantía se remontan a principios del siglo XIII, a la Carta Magna del Rey Juan en 1215, la cual será reconocida por el Derecho anglosajón en distintos cuerpos normativos, para luego ser incorporado en la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto de San José de Costa Rica. En Chile, esta garantía se encuentra consagrada en el artículo 19 N°3, inciso 4° de la Constitución Política, bajo el denominado “racional y justo procedimiento”.

Couture nos plantea que el debido proceso es una garantía que consiste en “no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley y de una ley dotada de todas las garantías del proceso parlamentario”⁷⁹, por tanto, lo que se busca es que “en el ejercicio de su función jurisdiccional, el Estado no puede privar de los bienes fundamentales del gobernado sin la realización de un debido proceso”⁸⁰.

Esta garantía permite que el demandado tenga la “oportunidad de proponer el rechazo de la demanda. Y así a éste se le confiere la garantía de su afirmación –que tiende a lograr su absolución–; y la garantía de prueba que sirva para persuadir de la verdad de las afirmaciones”⁸¹. Esto es lo que se entiende como el debido proceso legal y que “equivale a debida defensa en juicio”⁸².

Con el análisis de estos tres principios: igualdad, dispositivo y el debido proceso, ya podemos vislumbrar cómo la configuración de estos en un sistema de justicia determina la

⁷⁵ DEVIS ECHANDÍA, Op. Cit., p. 31.

⁷⁶ NIEVA-FENOLL, Jordi. “El mal nombre del principio inquisitivo”, en *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Eduardo J. Couture*. Montevideo: La Ley Uruguay, 2017, t. II, p. 616.

⁷⁷ MONTERO AROCA. Et al. Op. Cit., p. 262.

⁷⁸ GARCIA FUENTES, Mateo. “Apuntes sobre el principio dispositivo y de congruencia como límites a la declaración de inconstitucionalidad de oficio”, en *Forum*, N°8, 2019, p. 68.

⁷⁹ COUTURE. Estudios de Derecho Procesal Civil. Op. Cit., p. 51.

⁸⁰ BERTOLINO, Pedro. “El “Debido proceso” como principio jurídico”, en *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Eduardo J. Couture*. Montevideo: La Ley Uruguay, 2017, t. II, p. 647.

⁸¹ GREIF, Jaime. “Principios constitucionales del proceso”, en *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*. Montevideo: La Ley Uruguay, 2017, t. II, p. 151.

⁸² COUTURE. Estudios de Derecho Procesal Civil. Op. Cit., p. 58.

relación que resolverá un tribunal y la naturaleza de dicha relación. En el proceso civil encontramos una relación contradictoria entre dos partes que se encuentran en igualdad de condiciones, mientras que en el caso de un individuo que decide accionar en contra del Estado, no estamos en esta situación de igualdad, por tanto, las instituciones civiles no pueden aplicarse en su estado puro al contencioso administrativo.

No debemos olvidar que el principio de legalidad nace para lograr equilibrar de cierta forma el exceso de poder con el que contaba el Estado frente al individuo, pues se reconoce que existe un desbalance entre ellos y se requiere de un contrapeso que garantice los derechos y libertades de la ciudadanía.

Y a falta de normativa clara respecto de la Justicia Administrativa, analizar los contenciosos administrativos general y especiales en virtud de los principios dispositivo, de igualdad y el debido proceso, nos muestra cómo estos han influenciado directamente en la configuración de la Justicia Administrativa chilena, de forma tal que, se utilizan instituciones propias del Derecho Civil en una disciplina distinta, como lo es el Derecho Público.

2. La Nulidad de Derecho Público y sus principios

La Nulidad de Derecho Público es considerada como un contencioso administrativo general y ha sido definida por la Corte Suprema como “toda acción contenciosa administrativa dedicada a obtener por parte de un tribunal de la República la anulación de un acto administrativo”⁸³ o como “la acción que se ejerce para obtener la sanción de ineficacia jurídica que afecta a aquellos actos de los órganos del Estado en los que faltan algunas de las exigencias que el ordenamiento requiere para su existencia y validez”⁸⁴.

Esta institución nace a partir del análisis del artículo 7 de la Constitución Política, el cual dispone:

“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

⁸³ C. 7°, Sentencia CS rol N°14.745-2018; C. 6°, Sentencia CS rol N°13.217-2018; C. 6° Sentencia CS N°47.862-2020; C. 5°, Sentencia CS N°2017.

⁸⁴Ibid.

De esta norma se desprenden una serie de principios referidos a la actuación de los órganos del Estado, siendo el más importante el principio de Legalidad⁸⁵, además de señalar la posibilidad de obtener “una resolución judicial anulatoria de un acto contrario a derecho y, al mismo tiempo, obtener la respectiva indemnización de perjuicios, si hubo daño que aparezca ser digno de ser compensado”⁸⁶.

Este contencioso administrativo general nace de un esfuerzo de la doctrina y la jurisprudencia al no existir un mecanismo expreso de regulación de los conflictos que puedan suceder entre Estado y ciudadanía. Tal como mencionamos, su regulación nace del análisis de artículo 7 de la Constitución Política, y al no contar con una regulación expresa, debemos recurrir al Código de Procedimiento Civil: a las reglas del juicio ordinario de mayor cuantía y a los principios allí establecidos.

Sumado a ello, los actos de la Administración gozan de una presunción de legalidad, por tanto, siguiendo las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, la persona que quiera cuestionar un acto de la Administración, necesariamente deberá probar su posición. Esto no es inocuo, pues de a poco se van poniendo trabas a la ciudadanía, pues ésta no cuenta con todas las herramientas para accionar frente al Estado, más aún si debe contar con los recursos materiales y humanos para litigar contra la Administración.

Centrándonos en los principios que informan la Nulidad de Derecho Público, en primer lugar, debemos hacer referencia al artículo 54 de la Ley N°19.880, el cual establece un derecho de opción para el administrado –siempre y cuando no exista un procedimiento específico que reglamente la impugnación–, que materializa el principio de impugnación de la actuación de la Administración. Dicho principio permite al particular escoger qué vía –jurisdiccional o administrativa–, utilizar para accionar contra una actuación de la Administración, según estime conveniente. De forma tal que, la reclamación es potestativa para los ciudadanos y no representa una exigencia previa para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa. Ello significa que, una vez accionada la vía administrativa, se produce un impedimento para el ejercicio de las acciones judiciales hasta que no se haya agotado esta vía. De igual forma, que el particular prefiera la vía judicial, impide que la Administración pueda conocer de este reclamo.

Esta opción que tiene el administrado de escoger qué vía utilizar para obtener la ineficacia jurídica de un acto de la Administración, hace patente el principio dispositivo, en cuanto, los

⁸⁵ Estamos ante el principio de legalidad, en virtud del cual, “la actuación de la Administración debe realizarse con una previa habilitación o apoderamiento para actuar, no cabe actuación sin previa habilitación y mucho menos cabe un auto apoderamiento de potestades”. BERMÚDEZ SOTO, Jorge. El principio de legalidad y la nulidad de Derecho Público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común, en Revista de Derecho Público, vol. 70. pág. 274. La Corte Suprema ha establecido que los artículos 6 y 7 de la Constitución configuran el principio de legalidad que rige la actuación de la Administración, y que “lleva necesariamente aparejado la posibilidad de recurrir ante los tribunales de justicia para obtener la anulación de los actos contrarios a derecho” C°. Sexto, Corte Suprema, sentencia rol N° 13.217-2018.

⁸⁶ PONCE DE LEÓN SALUCCHI, Sandra. Jurisdicción contenciosa administrativa: El control de la administración por los tribunales ordinarios y especiales y procedimientos aplicables. Santiago: Academia Judicial de Chile, 2020, pág. 85.

ciudadanos disponemos de nuestros derechos procesales, en orden a recurrir o renunciar a la tutela judicial –e incluso renunciar a la vía administrativa para recurrir directamente a la vía judicial–. Sumado a ello, el Tribunal que resuelva la contienda, tiene la obligación de resolver estrictamente lo que se encuentre contenido en el reclamo, de forma tal, que se encuentra presente otra de las dimensiones del principio dispositivo.

Sin embargo, existe una matización del principio dispositivo en este procedimiento general, pues al estar ante un juicio sobre cuestiones no disponibles para las personas, los intervinientes no pueden ponerle fin al procedimiento una vez iniciado, en virtud de una transacción o conciliación.

Luego, es factible evidenciar el principio de igualdad de partes, en su concepción formal, pues, se considera, que las partes están en una posición de igualdad para defenderse y hacer valer sus derechos subjetivos ante un tribunal imparcial, sin embargo, esta igualdad no es material, pues, como ya mencionamos anteriormente, los actos de la Administración gozan de una presunción de legalidad –presunción que se encuentra contenida en el artículo 8 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (LBPA)– en virtud de la cual “los actos administrativos son legales mientras no se diga lo contrario por el juez o por la propia Administración del Estado en un procedimiento que tenga como resultado la invalidación del acto”⁸⁷. Lo anterior determina que quien debe probar que el acto es ilegal es el administrado, y para ello deberá aportar la suficiente prueba que permita dicha declarar el acto nulo, aun cuando dicha prueba está en manos de la Administración.

Por último, el proceso que se inicie ante los tribunales asegura el cumplimiento de las garantías del debido proceso, en virtud de lo consagrado en la constitución.

3. Principios de determinados contenciosos administrativos especiales.

Tal como señalamos anteriormente, en este apartado analizaremos los principios que podemos extraer de la normativa de distintos contenciosos especiales⁸⁸; ellos son: el reclamo de ilegalidad municipal⁸⁹, reclamo contra las multas de la Autoridad Sanitaria⁹⁰, reclamo contra las resoluciones de la Superintendencia de Educación⁹¹, reclamo contra las decisiones de la

⁸⁷ BERMÚDEZ SOTO. Derecho Administrativo General. Op. Cit., p. 124.

⁸⁸ Sin embargo, hacemos la prevención de que no realizaremos un estudio detallado de todos los principios que informan los distintos contenciosos administrativos especiales objeto de estudio, sino que sólo aquellos que resultan interesantes para la presente investigación.

⁸⁹ Regulado en el artículo 151 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, publicado el 26 de julio de 2006.

⁹⁰ Contemplado en los artículos 171 y ss. Del Decreto con Fuerza de Ley N°725 del Ministerio de Salud Pública, conocido como el Código Sanitario, publicado el 31 de enero de 1968.

⁹¹ Artículos 84 y 85 de la Ley N°20.259 sobre el Sistema Nacional de Aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización, publicada el 27 de agosto de 2011.

Superintendencia del Medio Ambiente⁹², reclamo contra las resoluciones del Tribunal para la Libre Competencia⁹³ y el reclamo contra las resoluciones de la Comisión para el Mercado Financiero⁹⁴.

He seleccionado estos contenciosos administrativos especiales, pues la mayoría de ellos reproducen una misma estructura que surge a partir del Reclamo de Ilegalidad Municipal, esto es, la existencia de dos etapas: una administrativa y otra judicial. Sin embargo, hay algunos contenciosos administrativos que se salen de dicha estructura, como lo son los procedimientos contemplados en el caso de las resoluciones de la Autoridad Sanitaria, de la Superintendencia del Medio Ambiente y del Tribunal para la Libre Competencia, los que por lo demás, cuentan con instituciones totalmente distintas al reclamo de ilegalidad municipal.

No revisaré la vía o fase administrativa de los reclamos –a pesar de lo mucho que se pueda decir respecto de la imparcialidad de la Administración como juez–, pues se escapa del objeto de este estudio. Pero sí realizaré un análisis de cada contencioso especial en virtud de los principios que se manifiestan en su normativa, vinculándolos entre sí y con los principios que ya conocemos del proceso civil. De forma de obtener las herramientas necesarias para determinar por qué un grupo de contenciosos administrativos siguen una misma estructura, mientras que otros no.

Los procedimientos administrativos están informados por el **principio de imparcialidad**, el cual, para Bermúdez, impone el deber a la Administración de “actuar con objetividad tanto en la sustanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte”⁹⁵. Mientras que, para el proceso civil, la imparcialidad⁹⁶ supone un derecho que forma parte de la garantía de un debido proceso⁹⁷. Sin embargo, una vez agotada la etapa administrativa, los particulares tienen la opción de reclamar de esas resoluciones ante los tribunales de justicia

⁹² Contenido en la Ley N°20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, publicada el 26 de enero de 2010.

⁹³ Consagrado en el Decreto con Fuerza de Ley N°1 del año 2005, del Ministerio de Economía que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, de 1973.

⁹⁴ Regulado en la Ley N°21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero.

⁹⁵ BERMÚDEZ SOTO. Derecho Administrativo general. Op. Cit., p. 151.

⁹⁶ La imparcialidad tiene sustento constitucional e internacional, y es valorado desde una perspectiva subjetiva y una objetiva. La primera de ellas “dice relación con el posicionamiento personal de los jueces en los términos de las partes de una causa judicial”, mientras que la dimensión objetiva “toma en consideración la relevancia de aquellas condiciones exteriores que pueden comprometer o perjudicar la administración imparcial de la justicia”. Para profundizar ver BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial”, en *Revista de Derecho*, N° XXXIII, 2do semestre de 2009, pp.263-302.

⁹⁷ Para configurar un concepto de un Debido proceso, debemos mirar el artículo 19 N°3, inciso 5° de la Constitución Política que plantea la existencia un “racional y justo procedimiento” el que debemos enriquecerlo con las normas internacionales que se encuentran en los Tratados Internacionales que se encuentran vigentes, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, que consideran el derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial. Para profundizar más ver MORENO POLIT, Leonardo: “Construcción de un concepto de debido proceso en el Derecho Administrativo chileno”, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Facultad de Derecho, Escuela de Derecho Universidad de Chile, 2018.

competentes, ya sean tribunales que son parte del poder judicial como los juzgados de letras⁹⁸ y las cortes de apelaciones⁹⁹, o en tribunales especializados e independientes, pero que están sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, como el Tribunal Ambiental¹⁰⁰ y el Tribunal para la Libre Competencia; e incluso ante la Corte Suprema misma¹⁰¹. De esta forma, la imparcialidad si informa esta fase jurisdiccional al existir un tercero imparcial que resuelve la contienda, lo que supone un respeto a la garantía del debido proceso contemplado en nuestra Constitución Política y en los Tratados Internacionales ratificados por Chile.

Lo anterior, está sumamente ligado con el principio dispositivo, en virtud del cual hay que distinguir: en el caso que un particular reclame ante el tribunal competente, es una manifestación de la autonomía de la voluntad con la que cuentan los particulares para disponer de sus derechos subjetivos; lo mismo se aplica para las acciones que presenten los particulares ante la autoridad administrativa frente a un acto administrativo, pues son los particulares los que están haciendo uso de sus derechos procesales para recurrir o renunciar a la tutela judicial.

Sin embargo, en el caso de los procedimientos sancionatorios que son iniciados por la autoridad competente, no existe una manifestación del principio dispositivo, en el sentido que existe una impulsión oficiosa del procedimiento –o por denuncia de terceros–, procedimiento que por lo demás, es completamente indisponible para los particulares, en cuando no pueden renunciar o desistirse del procedimiento, justamente porque no poseen una disposición de sus derechos subjetivos¹⁰². Un matiz a esto último, lo presenta el Tribunal para la Libre Competencia el que podrá hacer un llamado a conciliación, y esta resolución del conflicto será aceptada, siempre y cuando, no atente contra la libre competencia; de forma tal que el proceso que se lleva a cabo ante este Tribunal contempla un elemento del principio dispositivo más que los demás contenciosos administrativos.

Otra manifestación del principio dispositivo se encuentra en que los jueces competentes no podrán resolver más allá de lo que expresamente señalado en el reclamo presentado ante la autoridad competente –o en la vía administrativa, si se inició ahí–.

En cuanto al principio de igualdad de partes podemos establecer que existe en su manifestación formal, no así material. Esto pues, aun cuando estemos ante un tercero imparcial, no se asegura con ello que los particulares cuenten con las mismas oportunidades que el órgano de la Administración, justamente, tal como ya señalé, porque el Administrado que quiere reclamar por un acto de la administración que goza de presunción de legalidad, debe entregar documentación y prueba suficiente para que dicho acto sea declarado ineficaz; considerando que

⁹⁸ Son el reclamo contra las multas de la Autoridad Sanitaria, reclamo contra las resoluciones de la Superintendencia de Educación.

⁹⁹ Son el reclamo de ilegalidad municipal y el reclamo contra las resoluciones de la Comisión para el Mercado Financiero.

¹⁰⁰ Resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente.

¹⁰¹ Como es el caso de la sentencia definitiva que imponga o absuelva, alguna de las medidas contempladas en el artículo 26 del DFL N°1, del año 2005, del Ministerio de Economía.

¹⁰² Sin embargo, no todos los contenciosos administrativos especiales siguen este planteamiento, pues en el caso del Tribunal para la Libre Competencia, contempla que las partes puedan llegar a una conciliación.

existe una desigualdad técnica, porque la parte que está más cercana a dicha prueba –que es justamente quien la produce– es la Administración del Estado.

En cuando al debido proceso, los distintos procedimientos consideran la oportunidad que tienen los Administrados de defenderse, un ejemplo de ello es el artículo 164 del Código Sanitario, que contempla los casos en que los sumarios iniciados de oficio, se citará al posible infractor.

Sin embargo, todos estos contenciosos administrativos no tienen la misma estructura ni siguen el mismo sistema, y ello está determinado principalmente por la función que esté desarrollando la Administración. Me explico, el artículo 178 del Código Sanitario contempla la posibilidad que cuando exista un *riesgo inminente para la salud*, el fiscalizador podrá ordenar la clausura, prohibición de funcionamiento de casas, locales o establecimientos, paralización de faenas, decomiso, destrucción y desnaturalización de productos. Estas medidas se producen antes de una resolución de la Autoridad Sanitaria, de forma que no se sigue en esto, ni el principio dispositivo ni el debido proceso, en tanto, la Administración cuenta con mayores facultades en orden a proteger la salud de la ciudadanía. Esto es una manifestación de aspectos del sistema inquisitivo que revisaremos más adelante y que de todas formas, podemos conjugarlo con el debido proceso.

Otro aspecto singular lo contempla la regulación de la Superintendencia del Medio Ambiente, la que establece una presunción legal de responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas, de forma tal, que este contencioso administrativo estaría aplicando una corrección a la igualdad formal, pues en el caso de daño ambiental, existe una desigualdad técnica en cuanto a la cercanía de la prueba, y será el infractor quien deberá probar que no se ha producido dicho daño, siempre y cuando se cumpla con esta infracción a la norma. De esta forma, encontramos una igualdad material.

Por su parte, el Tribunal para la Libre Competencia goza de facultades de oficialidad, en cuanto, en virtud del artículo 17 G de la Ley N° 19.911, el Tribunal podrá decretar, en cualquier estado de la causa y aun después de su vista, cuando resulte indispensable para aclarar aquellos hechos que aún parezcan oscuros y dudosos, la práctica de las diligencias probatorias que estime convenientes. Sumado a lo anterior, el artículo 17 J de la misma ley, faculta al Tribunal a decretar, en cualquier estado del juicio o antes de su iniciación, y por el plazo que estime conveniente, todas las medidas cautelares que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el interés común. Incluso, dichas medidas cautelares se podrán materializar antes de la notificación al actor particular. Esto es una manifestación del sistema inquisitivo, que como ya señalé, revisaremos más adelante.

De igual forma, la Comisión para el Mercado Financiero, cuenta con la atribución de adoptar las medidas preventivas o correctivas que se estimen necesarias para el debido resguardo de accionistas, inversionistas, depositantes y asegurados, así como del interés público y la estabilidad financiera. E incluso el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero podrá suspender provisionalmente, en casos graves y urgentes, las actividades de una persona o entidad

fiscalizadora, entregando a la Administración, la facultad de adoptar cualquier medida preventiva o correctiva que disponga la ley, en los casos en que no se cumpla con las normas necesarias para el adecuado desarrollo de tales actividades o cuando así lo requiera el interés público, la estabilidad financiera o la protección de los inversionistas.

Ello es patente de una manifestación de un sistema inquisitivo de justicia –sistema que analizaremos más adelante– al entregarle al juez amplias facultades.

Por lo demás, son los propios contenciosos administrativos los que señalan la forma en que se tramitará el reclamo de la resolución que será reclamada, haciendo alusión directa a los procedimientos civiles contemplados en el Código de Procedimiento Civil, como es el caso de las sanciones sanitarias, las que señalan expresamente en su artículo 171 que “el reclamo se tramitará en forma breve y sumaria”.

V. El contencioso administrativo comparado y los modelos regulatorios

Ya teniendo más claro el panorama heterogéneo nacional, conviene descubrir y analizar cómo se ha configurado la Justicia Administrativa en otros países y qué modelos son los que podemos encontrar.

Ello pues, no es baladí la forma en que un estado enfrenta el cómo administrar la justicia; en el caso de la Justicia Administrativa, encontraremos la solución a los conflictos entre ciudadanos y el estado, de forma tal que estamos presenciando un problema de poder: no estamos ante un conflicto entre dos particulares que se encuentran en igualdad de posiciones, más bien, estamos ante un conflicto donde una de las partes tiene el monopolio del uso de la fuerza y tiene forma de acceder a un gran volumen de información a la que la ciudadanía, no tenemos acceso o incluso conocimiento de su existencia.

Este dilema de poder se manifiesta en un roce constante entre los derechos y libertades de los ciudadanos frente a las potestades públicas; ello explica que le demos una gran importancia a cómo se configura la Justicia Administrativa a través del Derecho procesal, pues, es esta rama la que va a determinar cómo cada estado regula una forma de generar un contrapeso —o no— a las prerrogativas del aparataje estatal. Pues, como nos señala Couture “el derecho procura el acceso efectivo a los valores jurídicos”¹⁰³.

La sola enunciación de un conjunto de deberes o incluso principios a los que debe atenerse la Administración, o incluso más allá, la mera enunciación de los derechos y libertades con las que cuenta una persona, no son suficientes para que se comprenda como satisfecha dicha enunciación, es indispensable que exista una garantía, es decir, un mecanismo claro de cómo se asegurará el cumplimiento de ese derecho, libertad, deber o principio.

En todo ámbito de cosas, existen distintas formas de darle solución a un mismo problema, unas más parecidas entre sí, y otras que parecieran ser totalmente distintas; estas soluciones estarán determinadas por el contexto histórico y las influencias de determinadas personas o naciones, en el momento crítico que exige un replanteamiento o la creación de un sistema que dé respuesta a estos problemas. Es por ello, que a continuación revisaré los aspectos más importantes del derecho procesal administrativo de determinados países, sin dar un miramiento profundo a las consideraciones históricas que influyeron en ellos.

Durante la evolución del mundo occidental, han existido dos sistemas legales: el *Common Law* angloamericano y el Derecho Civil romano. Estos dos sistemas han nutrido la organización estatal del mundo occidental, tanto es así que los países americanos tenemos una fuerte influencia de estos sistemas según las naciones que nos conquistaron. Tal como nos señala Couture “[a]unque a primera vista no se perciba, todo derecho pertenece a un sistema jurídico de los diversos existentes en el ámbito universal”¹⁰⁴.

¹⁰³ COUTURE. Fundamentos del derecho procesal civil. Op. Cit., p.480.

¹⁰⁴ Ibid., p.13.

Sin embargo, aun cuando podemos identificar cada derecho como parte de uno de estos sistemas, no podemos dejar de lado que “las diversas fuentes de las cuales fluye el derecho, adquieren en esos sistemas muy diverso significado y jerarquía”¹⁰⁵ de forma tal que el derecho funciona como un elemento aglutinador de la realidad social que tiene cada estado.

No debemos olvidar tampoco, que el Derecho Administrativo tiene muy pocos siglos de vida, es una disciplina bastante nueva en comparación a la jurisdicción civil o penal, por lo que, resulta del todo razonable que esta nueva disciplina tomara elementos de las ramas del derecho que ya contaban con el desarrollo de diversas instituciones. De ahí que, de vez en cuando, recurramos a instituciones del Derecho Civil o del Derecho Penal.

Dentro del ámbito del Derecho Administrativo, el *Common Law* dio paso al sistema adversarial, mientras que el Derecho Civil Romano dio paso al sistema inquisitivo.

En cuanto al **sistema inquisitorio** o inquisitivo, el nombre del llamado *processus per inquisitionem* deriva del término “*inquisitio* o investigación, un mecanismo, en suma, utilizado para llevar a cabo la recopilación por escrito de los datos relativos a la investigación en curso”¹⁰⁶. La primera autoridad legal que utilizó este proceso fue la iglesia, lo que data de “a finales de los años 1100 encontrando su raíz en el Derecho Canónico entonces vigente”¹⁰⁷.

Para Maier¹⁰⁸ la Inquisición responde a una concepción absoluta del poder central, poder que se encuentra concentrado en un inquisidor, de forma tal que en este monarca o príncipe se confunde el poder de perseguir con el de juzgar.

En el análisis del proceso civil inquisitorio¹⁰⁹, Calamandrei¹¹⁰ nos advierte que en cuanto a la relación que existe entre la iniciativa de partes y la del juez, el sistema inquisitivo cuenta con una estructura similar o prácticamente idéntica al proceso penal. Para Calamandrei, hay una serie de procesos que “tiene por objeto relaciones concernientes al estado y a la capacidad de las personas (...) [que] se pueden comprender bajo la denominación de proceso civil inquisitorio”¹¹¹. Este sistema no sería más que “una consecuencia de la naturaleza especial de la relación sustancial sometida al juez”¹¹². En el sistema de enjuiciamiento penal, el sistema inquisitivo consideró la realización de una investigación secreta y escrita, donde existe una valoración probatoria en cuanto a la prueba que se obtiene; y en donde, el acusado es un objeto de persecución. Sumado a ello, el fallo era prácticamente impugnabile.

¹⁰⁵ Ibid., pp. 13-14.

¹⁰⁶ JIMENO BULNES, Mar. “El proceso penal en los sistemas del Common Law y Civil Law. Los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI”, en *Justicia*, N°2, año 2013, p. 225.

¹⁰⁷ Ibid., p. 226.

¹⁰⁸ MAIER. Op Cit., pp. 446-449.

¹⁰⁹ El autor con dicho análisis busca demostrar que entre el Derecho civil y el Derecho penal “existe, a manera de puente de paso, una zona de formas procesales intermedias, a través de las cuales la gradual continuidad entre los dos tipos extremos de proceso se mantiene, confirmándose su esencial unidad de destino”.

¹¹⁰ CALAMANDREI, Piero. Estudios sobre el proceso civil. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945, p. 228.

¹¹¹ Ibid., pp. 234-235.

¹¹² Ibid., p. 235.

Sin embargo, este sistema propio de la edad media se vio severamente modificado en virtud de las revoluciones burguesas del siglo XIX, a través de distintas reformas, que terminaron por configurar una especie de sistema mixto que combina cuestiones del sistema acusatorio y del sistema inquisitivo.

Actualmente, para Maier hay dos instituciones que sobreviven desde la Inquisición: “la *persecución penal pública de los delitos* (...); y la *averiguación de la verdad histórica*, como meta directa del procedimiento penal, sobre cuya base se debe fundar la decisión final”¹¹³.

Para Fontecilla, en este sistema “el juzgador es un técnico, un funcionario nombrado por la autoridad”¹¹⁴, que realiza una investigación técnica, por lo que cuenta con “iniciativa propia y poderes discrecionales para investigar”¹¹⁵.

Mar Jimeno postula que “el apelativo «inquisitivo» (...) ha de ponerse en relación con el activo papel que ejerce el juez europeo en general; participación judicial que debe entenderse en relación, no sólo con la investigación judicial llevada a cabo por el juez instructor (...) sino también –e incluso más importante–, como una clara referencia al activismo judicial presente en el desarrollo del posterior juicio oral”¹¹⁶. Esto pues, el sistema inquisitivo no puede ser entendido actualmente sin una conjugación con el debido proceso¹¹⁷.

Finalmente, para Nieva-Fenoll¹¹⁸ el sistema inquisitivo no era más que una invención medieval para la persecución penal, sin embargo, para aplicarlo en la actualidad es necesario hacer una separación de lo que fue el sistema inquisitivo del principio inquisitivo. Pues al separarlos¹¹⁹, obtendremos el principio de oficialidad y el principio inquisitivo. El primero de ellos “incluiría la decisión oficial de inicio del proceso, su continuación en ulteriores instancia; y la concreción y disposición sobre el objeto del juicio”¹²⁰; mientras que el principio inquisitivo estaría determinado sólo por la prueba de oficio¹²¹.

Luego, el **sistema adversarial** pone relevancia en las “diferencias existentes entre los procesos penales angloamericanos de aquellos en vigor en Europa continental”¹²². Para Mar Jimeno el *processus per accusationem* “parece estar íntimamente ligado a la aplicación del Derecho

¹¹³ MAIER. Op Cit., pp. 449-450.

¹¹⁴ FONTECILLA RIQUELME, Rafael. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1978, 2º Ed., p.41.

¹¹⁵ Ibid., p.42.

¹¹⁶ JIMENO BULNES. Op. Cit., p. 238.

¹¹⁷ La autora señala que esto ha llevado a parte de la doctrina a plantear que el proceso penal inquisitivo sería un término contradictorio, razón por la cual debería cambiarse el nombre a un sistema investigativo para referirse al modelo procesal penal del continente europeo.

¹¹⁸ NIEVA-FENOLL. Op Cit., cfr. pp. 612-613.

¹¹⁹ Para este análisis, el autor realiza una analogía con la evolución que tuvo el principio dispositivo gracias a la influencia de la Escuela Alemana que separó el principio dispositivo del principio de aportación de parte.

¹²⁰ NIEVA-FENOLL. Op Cit., p. 621.

¹²¹ Plantea además el autor que, de esta forma, se estaría encontrando un principio antagónico al principio de aportación de parte.

¹²² JIMENO BULNES. Op. Cit., p. 244.

común (*Common Law*) inglés, así como a la institución del Jurado”¹²³. Este sistema data del siglo XII, en Inglaterra, cuando Enrique III prohibió los juicios por combate y ordalías.

Según Fontecilla¹²⁴ estamos ante un proceso público y oral, el cual entre sus características encontramos la presencia de un juez que representa al pueblo –o es parte de él– y no al estado, es soberano y no funda sus sentencias. Sumado a ello, dichas sentencias no son apelables, sólo pueden ser objeto de casación en busca del cumplimiento de las normas correspondientes.

Este sistema se funda en una suerte de duelo entre el acusador y el acusado, ante un juez que observa y donde, debe existir una contradicción, una acusación, para que exista proceso alguno, pues éste se inicia siempre a petición de parte. Luego, este juez resolverá en virtud de las pruebas que presentaron las partes, principalmente el acusador.

Este sistema acusatorio es “concebido como una disputa entre dos particulares, en la que el tribunal no actúa de oficio para evitar que se rompa con la igualdad de las partes que debe prevalecer durante el proceso”¹²⁵, y donde existe una presunción de inocencia –por tanto, estamos ante un imputado–, la que para ser derribada debe comprobarse su responsabilidad más allá de toda duda razonable.

Para Maier¹²⁶, una de las características más importantes de este sistema de persecución penal se halla en que existe una división de poderes ejercidos en el proceso, de forma que podemos distinguir entre un imputado, un acusador –que persigue penalmente y ejerce el poder requirente– y un tribunal que decide.

En suma, las principales características del sistema inquisitivo radican en un procedimiento escrito y secreto, que puede ser iniciado tanto por iniciativa de parte o de oficio, llevado ante un juez técnico especializado que cuenta con discrecionalidad para investigar y que valora la prueba en busca de la verdad histórica; mientras que las principales características del sistema adversarial suponen un juicio público y oral, que solo puede ser iniciado a petición de parte ante un juez que no es técnico y que representa al pueblo porque es justamente parte de él, y por tanto, no fundamenta sus sentencias, y en donde las partes se encuentran en una situación de contradicción que supone una igualdad de armas: un duelo entre acusado y acusador.

Corresponde ahora analizar el cómo han regulado y solucionado el problema de la Justicia Administrativa otros estados, por ello, revisaré el sistema de Justicia Administrativa que existe en Alemania, Francia e Inglaterra. Desde ya, podemos vislumbrar que algunos tienen aspectos del sistema inquisitivo y otros del adversarial, que se encuentran configurados además por la posición que ocupan estos órganos que ejercen la jurisdicción administrativa dentro o no de los poderes del Estado. Así, algunos consideran la existencia de tribunales independientes e

¹²³ Ibid., p. 217.

¹²⁴ FONTECILLA RIQUELME. Op Cit., p. 36.

¹²⁵ RODRIGUEZ VÁZQUEZ, Miguel Ángel. La casación y el derecho a recurrir en el sistema acusatorio. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 7.

¹²⁶ MAIER. Op Cit., p. 444.

imparciales, pero que se encuentran insertos dentro de la Administración del Estado; otros han creado tribunales que forman parte del Poder Judicial y; otros han establecido la existencia de tribunales especiales situados fuera del Poder Judicial.

Tanto Alemania como Francia presentan un sistema de justicia inspirado en los principios inquisitivos, sin embargo, tal como señala Wahl¹²⁷ cada país sigue un camino particular, pues cada evolución es una singularidad, y cada sistema está determinado por la experiencia histórica que cada país ha tenido, por lo que conviene dar cuenta de estas singularidades que presentan dichos sistemas de Justicia Administrativa.

Por lo demás, estos contextos históricos también han determinado que no podamos encontrar jurisdicciones que sean completamente inquisitivas o completamente adversariales, pues, ya no sólo es un factor para la identidad de cada sistema jurídico, sino que también influyen las relaciones internacionales que tienen estos Estados; además de la protección de los derechos humanos y fundamentales como pilares irrestrictos de la Justicia.

Béjar¹²⁸ plantea que la génesis del contencioso administrativo francés contempla 3 etapas históricas: una Administración Juez, una Justicia retenida y una Justicia delegada; de tal forma que “la historia de la justicia administrativa francesa y europea en general, puede resumirse en una progresiva evolución judicialista. Desde una actividad estrictamente administrativa, se pasa a una de tipo cuasi judicial y termina (...) como una actividad en lo esencial jurisdiccional”¹²⁹.

Para García de Enterría¹³⁰ tanto el Consejo de Estado como los Consejos de Prefectura, desde su nacimiento actuaron con sumo cuidado, de forma de no interferir en el funcionamiento de la Administración, y así “depurarla a través del control abstracto de su legalidad”¹³¹; cuestión que determinó que, en 1872, tras la Revolución Francesa, se les delegara la potestad, para resolver en nombre de pueblo francés.

Actualmente¹³² Francia cuenta con un sistema de justicia delegada con algunos cambios¹³³ orgánicos del original, pero no funcionales: lo esencial es que este sistema contempla un juez especializado independiente del juez de derecho común; además el Consejo del Estado continúa siendo formalmente un órgano administrativo que no forma parte del Poder Judicial, pero en el

¹²⁷ WAHL, Rainer. Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán. Buenos Aires: Marcial Pons, 2013, p 69.

¹²⁸ BÉJAR RIVERA, Luis José. “Los procedimientos contenciosos administrativos francés y mexicano: un análisis comparativo”, en *Revista Gallega de Administración Pública*, N°40, julio diciembre 2010, p. 329.

¹²⁹ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “La Administración Pública ante los tribunales de justicia chilenos”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N°1, p. 24.

¹³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FÉRNANDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo II. Pamplona: Ed. Aranzadi SA, 14° ed., 2015., p. 568.

¹³¹ *Ibid.*, p. 568.

¹³² Para revisar la evolución histórica de la Justicia Administrativa francesa: BÉJAR RIVERA, Luis José. “Los procedimientos contenciosos administrativos francés y mexicano: un análisis comparativo”, en *Revista Gallega de Administración Pública*, N°40, julio diciembre 2010; ESPINOZA RIERA, Op. Cit; GARCÍA DE ENTERRÍA y FÉRNANDEZ. Op. Cit.

¹³³ En 1953 se sustituyeron los Consejos de Prefectura por los Tribunales Administrativos y en 1987 se configuró un sistema de Tribunales regionales de apelación.

cual sus miembros siguen “un estatuto de plena independencia y autonomía, por lo que de hecho va a funcionar como si fuera un auténtico tribunal”¹³⁴.

La justicia administrativa está agrupada en tribunales, los que forman una jerarquía de tres niveles: “encabezada por el Conseil d’Etat en París, debajo del cual se encuentran las siete Cours Administratives d’Appel regionales y los Tribunaux Administratifs (...) Además de estos tribunales administrativos de jurisdicción general, hay una serie de otras jurisdicciones administrativas que ejercen funciones judiciales en esferas particulares (...), [las que] están bajo supervisión (...), del Conseil d’Etat como unidad administrativa suprema”¹³⁵.

Schwartz¹³⁶ nos señala que existe una etapa de investigación, en la que un miembro del tribunal (relator o reportero) es el encargado de revisar los hechos y el derecho más allá de las pruebas que hayan presentado las partes. Durante este examen el relator determinará las medidas preparatorias que estime necesarias para esclarecer el asunto, notificar a los interesados y escucharlos.

La libertad con la que cuenta este miembro del tribunal le permite acceder a la prueba que estime conveniente y realizar una investigación *ex parte*, al punto en que, si encuentra una omisión, puede comunicarse con órgano de la Administración demandado solicitándole que le explique dicha omisión. Es curioso, sin embargo, que dicha comunicación no requiera ser formalizada, y puede producirse incluso por una llamada telefónica.

Existe una confianza en el Consejo de Estado, pues sus jueces son considerados como expertos en el Derecho Administrativo, los que además siguen el principio de una buena administración, por lo que, no se ha llegado a cuestionar el sistema en post de un sistema anglosajón y los tribunales especializados.

Brown y Bell¹³⁷ señalan que el debido proceso no sólo está consagrado en los Principios Generales del Derecho francés, sino que también en la Convención Europea de Derechos Humanos. De forman que, si no se observan los requisitos procesales establecidos en los estatutos o reglamentos, especialmente cuando una parte no haya sido informada con la anterioridad que establece la normativa, por lo que no haya podido exponer su punto de vista, se anulará la decisión.

Alemania también cuenta con un sistema inquisitivo cuya Justicia Administrativa se encuentra determinada por la Segunda Guerra Mundial y el imperativo de darle mayor importancia a la dignidad de la persona.

El primer cuerpo normativo después de esta guerra, conocido como la Ley Fundamental de 1949 “optó definitivamente en favor de un sistema subjetivo: los tribunales, organizados en

¹³⁴ ESPINOZA RIERA, Op. Cit., p. 87.

¹³⁵ BROWN, Neville and BELL, John. French Administrative Law, New York: Oxford University Press Inc., 2003, 5º edition, p. 44. (traducción propia)

¹³⁶ SCHWARTZ, Bernard. French Administrative Law and the Common-Law world. New York: New York University, 1954, cfr. pp. 133-134.

¹³⁷ BROWN and BELL. Op. Cit., cfr. p. 232.

tres instancias, tienen la misión de proteger a los individuos”¹³⁸, para que estos puedan actuar de forma completa y efectiva, “refiere a la protección de la dignidad humana y de la libertad individual frente a los poderes públicos y que, por consiguiente, en su vertiente formal, se basa en un sistema de garantías y principios que sirven para realizar este fin”¹³⁹.

Pues, en 1949 “se produjo una refundación del Derecho público en el terreno de sus principios mismos y con la ayuda de las viejas tradiciones”¹⁴⁰. Ello se expresó en la idea en que “«el individuo no existe para el Estado, sino el Estado para el individuo»”¹⁴¹, configurándose un Estado Social de Derecho que considera a los derechos fundamentales como “las normas materiales de más alto rango del ordenamiento jurídico, dejaron su impronta no sólo en el Estado, sino también en la sociedad”¹⁴².

El que la dignidad de la persona sea un valor supremo se encuentra reflejado en la Ley Fundamental tanto en su parte dogmática como orgánica. En esta última se prevé “una distribución de poderes (pesos y contrapesos) a nivel funcional y territorial”¹⁴³; además señala la forma de garantía al establecer que: “los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos como derecho directamente aplicable (...) [y que] toda persona cuyos derechos (no sólo los derechos fundamentales) sean vulnerado por el poder público, el derecho a recurrir a la vía judicial”¹⁴⁴.

El sistema de Justicia Administrativa alemán descansa en la claridad que el Estado Social de Derecho “necesita también de instrumentos de implementación que permitan a los particulares realizar sus derechos sociales, económicos y culturales concretizados por la ley”¹⁴⁵. Es por ello que el ámbito procesal ha adquirido una gran importancia pues “además de contemplar situaciones de defensa contra intervenciones por parte del Estado (garantía del *status negativus*), tiene que abrirse a pretensiones dirigidas a prestaciones y otras actividades de la Administración Pública (garantía del *status positivus*)”¹⁴⁶.

Para David Capitant¹⁴⁷ tanto en la jurisdicción francesa como la alemana, el juez administrativo posee facultades inquisitivas, si bien para los alemanes este principio está expresamente señalado en su Ley Fundamental, para los franceses ha sido la jurisprudencia la que ha asentado este principio.

¹³⁸ SOMMERMANN, Karl-Peter. “El papel de la ley alemana de la Justicia administrativa para la realización del Estado de Derecho”, en *Ley de la Justicia Administrativa Alemana*. Buenos Aires: AbeledoPerrot SA, 2009, p.5.

¹³⁹ Ibid., p.6.

¹⁴⁰ WAHL. Op. Cit., p. 26.

¹⁴¹ Ibid., p.39.

¹⁴² Ibid., p.56.

¹⁴³ SOMMERMANN. Op. Cit., p.2.

¹⁴⁴ Ibid., p. 2.

¹⁴⁵ Ibid., p. 11.

¹⁴⁶ Ibid., pp. 11-12.

¹⁴⁷ CAPITANT, David. “Punto de vista francés sobre la Ley alemana de la Justicia Administrativa (VwGO)”, en *Ley de la Justicia Administrativa Alemana*. Buenos Aires: AbeledoPerrot SA, 2009, cfr. p. 111.

Siguiendo con los tribunales que conforman la justicia administrativa alemana, estos son independientes y, en principio, están compuestos por tres instancias. Ante los tribunales de primera instancia, “cada ciudadano puede asumir su propia defensa, no existe una intervención obligatoria de letrado”¹⁴⁸. Sin embargo, ante los demás tribunales contenciosos administrativos si es necesaria la presencia de abogados para actuar. Además, es curiosa no sólo la formación, sino que también la creación de estos tribunales, pues tanto los tribunales de primera instancia como los inmediatamente superiores, son creados por los Estados Federados; funcionan en salas, y los jueces no son uniformes, pues 3 son profesionales y 2 son ad honorem.

Luego, el sistema adversarial inglés tiene como punto de partida –o más bien de inflexión– del actual régimen de Justicia Administrativa el *Bill of Right* de 1689. Este documento elaborado por el parlamento busca “recuperar y fortalecer ciertas facultades parlamentarias ya desaparecidas (...); se trata, por primera vez, de un verdadero contrato, establecido entre los soberanos y el pueblo”¹⁴⁹.

Este documento legislativo “regula también las relaciones entre particulares, pero es fundamentalmente una legislación administrativa (...) [de forma] que Inglaterra tiene en el siglo XIX un sistema de Derecho Administrativo complejo aunque desorganizado”¹⁵⁰.

Actualmente, y en consideración al imperio de la ley, “el gobierno tiene límites legales bien definidos en el ejercicio de su autoridad (...). Se deberá procurar que el sentido de la justicia inspire tanto el trabajo del ejecutivo como el del Parlamento y el de los tribunales”¹⁵¹. Sumado a ello, “son los tribunales de justicia ordinarios los que juzgan la legalidad de los actos del gobierno”¹⁵².

Como nos señala Wade¹⁵³, en el sistema de justicia administrativa anglosajón es la Ley la que determina el poder administrativo y establece sus limitaciones. Dichas limitaciones se encuentran contenidas tanto en la ley como en los principios generales que aplican los tribunales, siempre y cuando, la ley haya modificado a estos últimos. El sistema completo está apoyado por la Ley, por lo que, el Parlamento podría derogar los principios del Derecho Administrativo. Sin embargo, el sistema de justicia anglosajón considera una clara delimitación de los poderes del estado, de forma tal que, en la práctica, no existen una doctrina del poder indefinido.

Este modelo de justicia considera, además de los tribunales ordinarios, “una gran cantidad de tribunales estatutarios especiales con jurisdicción para decidir en asunto legales”¹⁵⁴. A estos tribunales “a veces, se les denomina “tribunales administrativos”, pero ello no quiere

¹⁴⁸ MÜLLER-GRUNE, Sven. “Fundamentos del Derecho Administrativo en Alemania”, traducido por Dra. María Ángeles Martín Vida, en *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*. Berlín: Konrad Adenauer Stiftung e V. 2009, p. 49.

¹⁴⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, Gabriela. “La evolución histórica de los Derechos Humanos”, en *división académica de educación y artes*, enero-junio, 2012, p 38.

¹⁵⁰ CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo: historia y futuro*. Sevilla: Global Law Press Madrid INAP, 2014, p. 49.

¹⁵¹ WADE, H. W. R. *Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967, p. 71.

¹⁵² *Ibid.*, p. 72.

¹⁵³ *Ibid.*, cfr. p. 77.

¹⁵⁴ *Ibid.* p. 377.

decir que sus decisiones tengan que ser administrativas”¹⁵⁵, más bien se les denomina como tales pues, las razones por las que se optó por esa jurisdicción son administrativas, “de hecho, un tribunal administrativo es una parte del esquema de administración de algún servicio estatutario o sistema de intervención del que un ministro responde en su totalidad ante el Parlamento”¹⁵⁶.

Con motivo de la reformulación y ordenamiento que se hizo en 1957 de las jurisdicciones especiales, el Comité sobre Tribunales y Encuestas Administrativas estableció:

“En cuanto a la claridad de actuación de los tribunales nos parecen necesarios la publicidad del procedimiento y el conocimiento de los motivos esenciales de las decisiones, el juego limpio requiere la adopción de un procedimiento claro que capacite a las partes para que conozcan sus derechos, presenten su caso completo y conozcan el caso que tiene que afrontar, y la imparcialidad requiere que los tribunales se vean libres de las influencias, reales o aparentes, de los departamentos interesados en el problema en cuestión”¹⁵⁷.

Agrega además el Comité respecto al procedimiento que deberá adoptar cada tribunal:

“Las vistas deberán ser públicas, excepto en aquellos casos que se refieren a (I) seguridad jurídica, (II) circunstancias personales de carácter íntimo o económico, o (III) reputación profesional, en los que existirá una investigación preliminar (...). Las decisiones deberán ser motivadas, y comunicadas a las partes por escrito. Los tribunales de última instancia deberán publicar y dar a conocer las decisiones importantes (...). Deberá existir apelación sobre los hechos, el derecho y la oportunidad, excepto cuando el tribunal inferior sea excepcionalmente importante”¹⁵⁸.

Resulta evidente que ninguno de estos Estados cuenta con un sistema inquisitivo o adversarial puro. En el caso de los estados que cuentan con una Justicia Administrativa inquisitiva, queda de manifiesto que los jueces tienen facultades discrecionales en cuanto a la iniciativa probatoria. Estos jueces son especializados, sin embargo, llama la atención el caso de Alemania que presenta un matiz en tanto, hay salas que están compuestas por cinco jueces, dos de los cuales son ad honorem.

Inglaterra y el sistema adversarial no se escapan de los matices, pues también luego de una reforma a la Justicia Administrativa se determinó que los Jueces si debían fundamentar su sentencia y amplió las causales para poder apelar dichos fallos.

Resulta evidente que no podemos entender ninguno de estos sistemas sin conjuntarlos con la garantía del debido proceso que, al fin y al cabo, ha sido una evolución dentro del Derecho en general y que ha impulsado las actualizaciones en esos sistemas, dando un paso hacia la protección y garantía de los derechos y libertades de las personas.

¹⁵⁵ Ibid., p. 379.

¹⁵⁶ Ibid., p. 379.

¹⁵⁷ Comité sobre Tribunales y Encuestas Administrativas, citado por WADE. Op. Cit., p. 393.

¹⁵⁸ Ibid., p. 395.

VI. Hacia un contencioso administrativo
1. ¿Qué modelo regulatorio sigue Chile?

Ya habiendo analizado cuáles son los dos grandes modelos regulatorios de la Justicia Administrativa en el mundo occidental y la forma en que distintos estados han respondido al problema de la regulación de los contenciosos administrativos frente a la necesidad de contrarrestar la gran cantidad de poder con la que cuenta la Administración frente a la protección y promoción de los derechos y libertades de la ciudadanía; nos podemos cuestionar qué modelo sigue nuestro país —o al menos a cuál se acerca—, y cómo la Justicia Administrativa chilena se hace cargo de estos contrapesos al poder estatal.

Responder estas interrogantes no es algo superfluo, pues como ya he mencionado anteriormente, la forma en que sea configurada la Justicia Administrativa de un país nos permite evaluar el estado en que ésta se encuentra, en tanto realmente proteja y respete los derechos y libertades de las personas, lo que en definitiva nos habla de la calidad de la democracia y del imperio del derecho.

No debemos olvidar que el proceso se constituye como una garantía de protección a la persona y su dignidad, y que lo defiende del abuso que alguna autoridad pueda ejercer, en este caso, la que es atingente es la autoridad de la Administración. Autoridad que cuenta con un amplio poder frente a la ciudadanía, y que requiere de contrapesos para dejar en una situación de igualdad a estas partes en un proceso contencioso administrativo.

Llegar a la una Justicia Administrativa propia de un Estado Social de Derecho, es fruto de una constante evolución histórica que está determinada por el continuo desarrollo científico y tecnológico que, a su vez, han determinado la existencia de una sociedad diversa y compleja.

Brewer-Carías nos señala que en cuanto a la evolución del Derecho en Latinoamérica, las leyes de procedimiento administrativo partieron regulando la organización interna de la Administración, para luego, “regular con mayor amplitud y precisión tanto su actividad sustantiva como los aspectos centrales de su relación con los administrados”¹⁵⁹, lo que implica regular “el conjunto de poderes, prerrogativas y obligaciones de la Administración, por una parte; y por la otra, los derechos y obligaciones de los particulares en sus relaciones con aquella”¹⁶⁰.

Chile, por su parte, no pareciera haber alcanzado en su totalidad este Estado Social de Derecho en su máxima expresión, pues, no ha sido capaz de garantizar correctamente los derechos y libertades de la población, es decir, no ha sido capaz de establecer verdaderos límites al poder estatal.

Lo anterior, porque si bien, la jurisprudencia en conjunto con la doctrina han desarrollado un contencioso administrativo de carácter general y supletorio, y existen cada vez más procesos especiales; la falta de una regulación general que permita definir expresa y

¹⁵⁹ BREWER-CARÍAS, Allan. Principios generales del Procedimiento administrativo: hacia un estándar continental, en *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*. DF México: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009, p. 163.

¹⁶⁰ BREWER-CARÍAS. Op. Cit., p. 164.

claramente los principios a los que se someterá la Justicia Administrativa y que incluya instituciones que sean reguladas según las singularidades propias de una relación desigual entre Administración y ciudadanía, no permite que se garanticen realmente los derechos de los administrados.

El panorama de la Justicia Administrativa es tan diverso que no podemos asegurar que Chile siga al sistema inquisitivo o al adversarial¹⁶¹, más aún, pareciera que lo que tenemos es una mala mezcla de distintas instituciones de ambos sistemas y que entregan una seria diversificación de la forma en que se regulan los distintos contenciosos administrativos.

Ello porque, si miramos como se inicia la Justicia Administrativa, debemos distinguir entre la nulidad de derecho público y los contenciosos especiales. En el caso de la primera, al no tener regulación expresa y por ello recurrir a las normas del Código de Procedimiento Civil, obtendremos que, sólo podrá iniciarse por el impulso de las partes; luego, los contenciosos administrativos especiales, en general, parecieran seguir este mismo modelo civil, donde es necesario que sean los involucrados quienes impulsen el procedimiento.

Sin embargo, existen contenciosos administrativos especiales que contemplan la posibilidad de que los procesos sean iniciados de oficio por la misma Administración en virtud de una denuncia o de una fiscalización. Hablamos de los procedimientos sancionatorios justificados en intereses públicos generales como es la salud pública que es puesta en riesgo por un particular.

Luego, si miramos la investigación en los contenciosos administrativos, encontramos una gama de posibilidades. En primer lugar, observamos que nuevamente el Código de Procedimiento Civil obliga al contencioso administrativo general a que sean las partes las encargadas de probar las aseveraciones que realicen, de forma tal, que el particular que quiera accionar contra el Estado deberá probar que el acto que realizó la Administración no se ajustó a Derecho. En segundo lugar, podemos encontrar jurisdicción especial que permite al Tribunal para la Libre Competencia, decretar en cualquier momento del juicio actividad probatoria en determinados casos, contando estos jueces con claras facultades inquisitivas. Y, por último, el contencioso que es conocido por los Tribunales Ambientales permite que en el caso de estar ante un daño, se produce una presunción del daño, de forma tal que la prueba se vuelve dinámica, y será la persona sobre quien recae esta presunción probar que no existe daño, o que dicho daño no ha sido producido por él.

Respecto a los jueces, descarto de plano la presencia de jueces adversariales que representan o son parte del pueblo. Podemos discutir si son o no técnicos y especializados, pues aquellos que deben conocer de asuntos civiles, no se especializan en Justicia Administrativa, pero al menos, en general, son en su gran mayoría letrados¹⁶²; y en el caso de los Tribunales

¹⁶¹ E incluso a quienes piensan, como recoge Bordalí que existe “una *suma divisio* entre los que sostienen que nuestro modelo se inspiró en el sistema inglés y los que afirman que en el modelo francés” en BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. La Administración Pública ante los tribunales de justicia chilenos. Op. Cit., p. 18.

¹⁶² A excepción de los Tribunales Ambientales que están compuestos por abogados/os y técnicas/os.

especializados, como los Tribunales Ambientales y el Tribunal para la Libre Competencia, cuentan con jueces especializados.

Por otro lado, no puedo dejar de mencionar la relación que existe entre Administración y ciudadanía dentro de la Justicia Administrativa, pues, en general, es una relación abiertamente de contradicción, donde el juez debe observar cómo las partes ofrecen la prueba, y se atacan entre ellos: la contradicción propia del proceso civil. Situación que resulta realmente preocupante pues no debemos olvidar que en el Derecho Administrativo en tanto es Derecho Público, “los sujetos no se relacionan en condiciones de igualdad como en el Derecho Privado, sino atribuyendo una situación de privilegio a uno de esos sujetos, el Estado, en la medida en que sus fines son los que interesan a la colectividad”¹⁶³.

Esta ausencia de legislación sumada a la diversa, dispersa y compleja normativa existente, no puede sino dejar en indefensión a la ciudadanía, quien, difícilmente va a poder acceder a la una jurisdicción contenciosa si existen tantas formas de desarrollarse. Se genera entonces una barrera de entrada para que los administrados puedan acceder a asistencia letrada para enfrentarse a la Administración, y todavía más, dichos letrados deben estar muy bien calificados, pues, existiendo tanta jurisdicción especial distinta, deben tener bastante conocimiento para representar de buena forma los intereses de las personas.

Sumado a lo anterior, nuestra Justicia Administrativa no se hace cargo de la igualdad material que debe existir entre la Administración y las personas, simplemente se queda con la noción de una igualdad formal ante la ley, sin darle la importancia a la inmensa asimetría que existe entre estos sujetos. Que el particular afectado por un acto de la Administración estatal deba probar que dicho acto se encuentra fuera de los márgenes del Derecho, sin que el juez pueda obligar a la parte más poderosa a entregar más información, es limitar de una forma brutal el derecho a defensa que poseemos todas las personas, es facilitar la indefensión y fomentar las malas prácticas.

Necesitamos que nuestra legislación dé el paso a asegurar, resguardar y garantizar los derechos y libertades de las personas, y concretizar un Estado Social de Derecho que implique una igualdad material entre las partes, creando las instituciones necesarias para limitar el poder estatal, de forma tal, que el Estado cumpla con los objetivos democráticos de una comunidad, pero sin lesionar los derechos de sus integrantes.

El derecho ha nacido como una forma de solucionar los conflictos sin violencia y de forma regulada, y para ello, debemos hacer nuestra la idea de tratar igual a los iguales, y desigual a los desiguales. Además, no hay mejor momento que éste para hacer los cambios que requiere la Justicia Administrativa.

¹⁶³ SILVA CIMMA, Eduardo. Derecho administrativo chileno y comparado: introducción y fuentes. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 4º ed. 1996, p. 30.

2. Hacia un Tribunal Contencioso Administrativo con facultades inquisitivas

Tal como dice Argandoña “es preciso que el legislador no postergue por más tiempo, en el camino de la modernización de las estructuras y procedimientos judiciales, el establecimiento de un proceso que, de modo general, sea aplicable a las causas contencioso-administrativas a que da origen la actividad de la Administración del Estado”¹⁶⁴.

Actualmente nos encontramos en un proceso constituyente que puede y debe solucionar este problema, en el que se asegure que “la motivación central de estos cuerpos normativos reguladores tanto del procedimiento como de los actos administrativos, ha sido, por una parte, el establecimiento de un régimen de la acción de la Administración para la producción de sus actos administrativos y por la otra, la previsión de un régimen de garantías de los administradores frente a la Administración”¹⁶⁵.

Propongo que estos cambios se materialicen a través de la creación de un Tribunal Contencioso Administrativo que cuente con facultades inquisitivas.

Debemos partir despejando la idea de utilizar las instituciones propias del derecho civil en la Justicia Administrativa, bien podríamos tomar determinadas instituciones del proceso civil y modificarlas según la realidad de los contenciosos administrativos, pero no podemos utilizarlas en su estado civil puro. Ello implica que quien resuelva los asuntos sometidos al conocimiento de este nuevo tribunal no puede ser uno civil, sino uno distinto y especializado.

Para Lastarria¹⁶⁶, este órgano debía ser parte de la Administración y debía ser el Consejo de Estado. No voy a ahondar la discusión si este nuevo tribunal debe formar parte o no del Poder Judicial, pues creo que ello no es lo radicalmente importante. Sin embargo, a diferencia de Lastarria, creo que mientras no se pueda asegurar realmente que no estaremos ante una “autotutela procesalizada”¹⁶⁷, este Tribunal no debe formar parte de la Administración, pues, este órgano debe actuar como un tercero imparcial, sin contar con influencias de ningún poder estatal.

Además, también debemos dejar de lado la idea de aplicar un sistema inquisitivo en las formas en que era aplicado por la Iglesia en la Edad Media, sino que debemos hacernos cargo del avance que ha experimentado el derecho en la protección y garantía de los derechos y libertades de las personas, de tal forma que consideremos una Justicia Administrativa con claros rasgos inquisitivos, pero siempre configurado en virtud del debido proceso.

Las facultades inquisitivas que debe tener este nuevo tribunal son:

En primer término, en cuanto al inicio del proceso, creo que la regla general debe estar determinada por la iniciativa de las partes, tanto el particular que cree que el acto de la

¹⁶⁴ ARGANDOÑA, Manuel. “Sobre el proceso contencioso administrativo de general aplicación”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 63, 2016, p. 193.

¹⁶⁵ BREWER-CARÍAS. Op. Cit., p. 167.

¹⁶⁶ LASTARRIA, citado por BORDALÍ SALAMANCA. La Administración Pública ante los tribunales de justicia chilenos. Op. Cit., p. 25.

¹⁶⁷ OVALLE FAVELA, José. “Algunas consideraciones sobre la justicia administrativa en el derecho comparado y en el ordenamiento mexicano”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, N°1110, mayo-agosto de 1978, p. 237.

Administración no es conforme a derecho, como la Administración que toma conocimiento de una posible violación a las normas o puesta en peligro de algún interés esencial; pueden iniciar un proceso contencioso administrativo ante un tribunal imparcial.

Luego, la actividad probatoria no debe estar sólo en manos de quien denuncia ante el Tribunal, y en esto podemos tomar aspectos de la jurisdicción especial con aspectos inquisitivos que ya existe: en el caso en que nos encontremos ante un daño que pueda afectar a la población de forma significativa como lo son en el ámbito ambiental o sanitario, debe existir una carga dinámica de la prueba, donde aquel que pareciera haber cometido dicho daño, pruebe que no lo cometió; mientras que, en los demás casos, el juez pueda decretar, en cualquier estado de la causa y aun después de su vista, cuando resulte indispensable para aclarar aquellos hechos que aun parezcan oscuros y dudosos, las diligencias probatorias que estime convenientes, como sucede en el Tribunal para la Libre Competencia.

Sin embargo, tal como nos señala Hunter “la iniciativa probatoria del juez si bien se orienta a alcanzar esa verdad como resultado del proceso, no debe lesionar los derechos procesales constitucionalmente consagrados como la imparcialidad o la defensa”¹⁶⁸. De forma que dicha facultad debe tener también un límite para asegurar así los derechos de todos los involucrados. Dicho límite, al igual que lo tienen Alemania, Francia, Inglaterra, y en cierto grado, Chile, está determinado por el Debido Proceso.

La Administración y los particulares no se encuentran en una igualdad de condiciones, y es del todo evidente “que las exigencias constitucionales de igualdad y de debido proceso condicionan la estructura del proceso y de sus etapas”¹⁶⁹, por lo que la iniciativa probatoria del juez puede contribuir a la obtención de la verdad, es por ello que la identificamos como “una herramienta eficiente para disminuir las posibilidades de error en la decisión judicial, al aumentar el grado de probabilidad de que la decisión se corresponda con lo que efectivamente sucedió”¹⁷⁰. Y de esta forma “la distribución de las facultades y deberes procesales entre el que ejerce una pretensión y quien se opone, deben organizarse de tal forma de asegurar (...) el perfecto y razonable equilibrio”¹⁷¹.

A fin de cuentas, estas facultades inquisitivas se transforman en “una garantía para el justiciable, como una manera enérgica de poder reestablecer el equilibrio en las relaciones no igualitarias existentes entre la administración y el administrado”¹⁷².

Finalmente creo que el juez del Tribunal Contencioso Administrativo debe ser un juez especializado, pues si comprendemos que la actividad estatal se desarrolla en todo ámbito de cosas pues regula la vida en común del Estado, debe poseer los conocimientos necesarios para, guiarse según los principios y las instituciones propias del Derecho Administrativo, además de tener los conocimientos de qué es lo que podría obtener en el caso de decretar medidas

¹⁶⁸ HUNTER AMPUERO, Iván. “El principio dispositivo y los poderes del juez”, en *Revista de Derecho*, vol. 35, N°2, Valparaíso, 2010, p. 183.

¹⁶⁹ HUNTER AMPUERO. La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el proyecto del Código Procesal Civil Op. Cit., p.55.

¹⁷⁰ Ibid., p. 62.

¹⁷¹ Ibid., p.55.

¹⁷² Degoffe (1996) en ESPINOZA RIERA. Op. Cit., p. 95.

probatorias y para ello requiere de un conocimiento especializado del aparato estatal, como lo tiene el juez francés.

VII. Conclusiones

Llegado a este punto de desarrollo y atendido a todo lo dicho anteriormente, es que puedo concluir lo siguiente:

1. Chile carece de una Justicia Administrativa regulada expresamente y conjuntamente, lo que se traduce en que existe un contencioso administrativo general producto del esfuerzo de la doctrina y la jurisprudencia; y una masa de procedimientos especiales diversos y heterogéneos.
2. Esta Justicia Administrativa debe contar con una regulación propia y fundada en la naturaleza del Derecho Público, específicamente en el Derecho Administrativo. Es un imperativo que lo contencioso administrativo cuente con un proceso como garantía para la persona humana y su dignidad.
3. Urge que el proceso constituyente se haga cargo –ya que el legislativo no lo ha hecho– de la necesidad de regular esta situación, pues lo que actualmente tenemos, genera en la práctica una indefensión, en tanto, las personas no se encuentran en una situación de igualdad que les permita enfrentarse al Estado y su Administración, como, además, esta masa de contenciosos especiales heterogénea dificulta el acceso a la Justicia.
4. Chile no se ha hecho cargo de la evolución histórica que ha significado la especialización del derecho y la introducción de instituciones y prácticas que ponen acento en la persona y su dignidad como es el caso de la garantía a un debido proceso, pues, ésta debe estar incorporada en todas las ramas del derecho.
5. Una forma concreta de solucionar este problema es la creación de un estatuto de Justicia Administrativa que contemple las normas procesales que den forma a la Justicia Administrativa, las que deben estar enfocadas según aspectos del sistema inquisitivo como: un juez especializado, un tribunal independiente, un proceso que se inicie por oficio o por iniciativa de parte según sea la necesidad, una actividad probatoria dinámica según sea la necesidad.

VIII. Bibliografía

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. “El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno”, en *Revista de Derecho privado*, N°31, junio 2017.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “Panorama actual del amparo y habeas corpus en Chile”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 5, N°1, 2007.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo. *Justicia Administrativa*. Santiago: Lexis Nexis, 2005.

ARGANDOÑA, Manuel. “Sobre el proceso contencioso administrativo de general aplicación”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 63, 2016.

BÉJAR RIVERA, Luis José. “Los procedimientos contenciosos administrativos francés y mexicano”: un análisis comparativo, en *Revista Gallega de Administración Pública*, N°40, julio diciembre 2010.

BENÍTEZ RAMÍREZ, Eugenio. “Principios procesales relativos a las partes”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol 34 N°3, 2007.

BERCAITZ, Miguel Ángel. “Proceso y Procedimiento contencioso-administrativo” en *Revista de Administración Pública*, N°44, España, 1964.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Derecho Administrativo general*. Santiago: Legal Publishing Chile, 2011, 2° ed.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge. “El principio de legalidad y la nulidad de Derecho Público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 70.

BERTOLINO, Pedro. “El “Debido proceso” como principio jurídico”, en *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Eduardo J. Couture*. Montevideo: La Ley Uruguay, 2017, t. II.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial”, en *Revista de Derecho*, N° XXXIII, 2do semestre de 2009.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “La Administración Pública ante los tribunales de justicia chilenos”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N°1.

BORDALI SALAMANCA, Andrés. “La Carga de la prueba en el proceso civil”, en *Estudios de Derecho*, N°170, jul-dic 2020.

BRAVO LIRA, Bernardino. *El primer constitucionalismo en Chile (1811-1861)*, en revista de Estudios Histórico-Jurídicos, XV, Valparaíso, 1992-1993.

BRAVO LIRA, Bernardino. Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica. Santiago: editorial Andrés Bello, 2ª ed., 1993.

BREWER-CARÍAS, Allan. “Principios generales del Procedimiento administrativo: hacia un estándar continental”, en *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*. DF México: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009.

BROWN, Neville and BELL, John. French Administrative Law, New York: Oxford University Press Inc., 2003, 5º edition.

CALAMANDREI, Piero. Estudios sobre el proceso civil. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945.

CAPITANT, David. “Punto de vista francés sobre la Ley alemana de la Justicia Administrativa (VwGO)”, en *Ley de la Justicia Administrativa Alemana*. Buenos Aires: AbeledoPerrot SA, 2009.

CARMONA CUENCA, Encarnación. “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), N°34, abril-junio, 1994.

CASARINO VITERBO, Mario. Manual de Derecho Procesal. Santiago. Ed. Jurídica de Chile, 6º Ed., 2007, t. I.

CASSESE, Sabino. Derecho administrativo: historia y futuro. Sevilla: Global Law Press Madrid INAP, 2014.

CAZOR ALISTE, Kamel. Justicia Administrativa. Santiago: Lexis Nexis, 2005.

COSTA CORDELLA, Ezio. “Los Tribunales Administrativos especiales en Chile”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXVII, N°1, Julio 2014.

COUTURE, Eduardo. Estudios de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 3º ed. t I, 1979.

COUTURE, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 3º ed. 1958, 16ª impresión 1990.

DELGADO CASTRO, Jordi. “El principio de igualdad en la obra de Couture: relectura y vigencia ante nuevos desafíos planteados por la llegada del procedimiento monitorio a Chile”, en *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Eduardo J. Couture*. Montevideo: La Ley Uruguay, 2017, t. II.

DE RAMÓN, Armando. Historia de Chile: desde la invasión incaica hasta nuestros días (1500 – 2000). Santiago: Catalonia, 8ª ed., 2015.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general del proceso: aplicable a toda clase de procesos. Buenos Aires: Ed. Universitaria, 1984, t. I.

- DIAZ GARCÍA, Iván. “Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias”, en *Revista Ius et Praxis*, año 18, N°2, 2012.
- ESPINOZA RIERA, Sergio. “Tribunales y procedimientos especiales en lo Contencioso administrativo”, en *Ars Boni et aequi*, universidad Bernardo O’Higgins, año 7 N°1, 2010.
- EYZAGUIRRE, Jaime. Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile. Santiago: editorial Universitaria, 17ª ed., 2000.
- FONTECILLA RIQUELME, Rafael. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1978, 2º Ed.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FÉRNANDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo II. Pamplona: Ed. Aranzadi SA, 14º ed., 2015.
- GARCIA FUENTES, Mateo. “Apuntes sobre el principio dispositivo y de congruencia como límites a la declaración de inconstitucionalidad de oficio”, en *Forum*, N°8, 2019.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Gabriela. “La evolución histórica de los Derechos Humanos”, en *división académica de educación y artes*, enero-junio, 2012.
- GREIF, Jaime. “Principios constitucionales del proceso”, en *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*. Montevideo: La Ley Uruguay, 2017, t. II.
- HUNTER AMPUERO, Iván. “El principio dispositivo y los poderes del juez”, en *Revista de Derecho*, vol. 35, N°2, Valparaíso, 2010.
- HUNTER AMPUERTO, Iván. “La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el proyecto del Código Procesal Civil”, en *Revista Ius et Praxis*, año 17, N°2, 2011.
- JIMENO BULNES, Mar. “El proceso penal en los sistemas del Common Law y Civil Law. Los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI”, en *Justicia*, N°2, año 2013.
- MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal: I. Fundamentos. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 3º ed., 2004.
- MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan y BARONA VILAR, Silvia. Derecho Jurisdiccional I: parte general. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.
- MORENO POLIT, Leonardo. “Construcción de un concepto de debido proceso en el Derecho Administrativo chileno”, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Facultad de Derecho, Escuela de Derecho Universidad de Chile, 2018.
- MÜLLER-GRUNE, Sven. “Fundamentos del Derecho Administrativo en Alemania”, traducido por Dra. María Ángeles Martín Vida, en *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*. Berlín: Konrad Adenauer Stiftung e V. 2009.
- NIEVA-FENOLL, Jordi. “El mal nombre del principio inquisitivo”, en *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Eduardo J. Couture*. Montevideo: La ley Uruguay, 2017, t. II.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El Habeas Corpus o Recurso de Amparo en Chile”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N°102, octubre-diciembre 1998.

OVALLE FAVELA, José. “Algunas consideraciones sobre la justicia administrativa en el derecho comparado y en el ordenamiento mexicano”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, N°1110, mayo-agosto de 1978.

PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra. *Jurisdicción contenciosa administrativa: El control de la administración por los tribunales ordinarios y especiales y procedimientos aplicables*. Santiago: Academia Judicial de Chile, 2020.

RODRIGUEZ VÁZQUEZ, Miguel Ángel. *La casación y el derecho a recurrir en el sistema acusatorio*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

ROMERO SEGUEL, Alejandro. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Santiago: Legal Publishing Chile, 2° ed., 2014, t. I.

SAAVEDRA RAMÍREZ, Karin. “El Consejo de Estado y la reforma constitucional constituyente de 1874: 1874-1906”. Santiago: tesis para optar al grado de Magíster en Derecho mención en Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

SCHWARTZ, Bernard. *French Administrative Law and the Common-Law world*. New York: New York University, 1954.

SECO MARTÍNEZ, José María. “De la igualdad formal a la igualdad material”, en *Derechos y Libertades*, N°36, Época II, enero 2017.

SILVA CIMMA, Eduardo. *Derecho administrativo chileno y comparado: introducción y fuentes*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 4° ed. 1996.

SOMMERMANN, Karl-Peter. “El papel de la ley alemana de la Justicia administrativa para la realización del Estado de Derecho”, en *Ley de la Justicia Administrativa Alemana*. Buenos Aires: AbeledoPerrot SA, 2009.

VERGARA BLANCO, Alejandro. “Esquema del Contencioso Administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del Recurso de Protección”, en *Litigación Pública, colección Estudios de Derecho Público*, Primer Seminario de Litigación Pública, Universidad de los Andes. Santiago: editorial Abeledo Perrot- Thomson Reuters, 2011.

WAHL, Rainer. *Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2013.