

UNA REFORMA A LA CONSTITUCION Y LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

PROF.: MANUEL DANIEL A.

Por muchos conceptos -político-jurídico, histórico- han sido notables las reformas introducidas en 1989 a la Constitución de 1980, considerando su contenido y el proceso que precedió a su vigencia y que culminó en la aprobación plebiscitaria.

Es muy explicable, por eso, que se hayan escrito muchos comentarios sobre la materia. Como se sabe, han sido 54 las reformas y puede decirse que todas ellas han sido objeto de, al menos, una breve acotación. Todas, salvo acaso una, que es a la cual queremos dedicarle ahora, aunque sea en cortas líneas, nuestra atención porque, pese a su levedad formal –y por ello quizá inadvertida– reviste, creemos, singular relieve dentro del ordenamiento jurídico institucional. Es la que recayó en el art. 38 de la Carta, conectada con la que se introdujo al art. 79.

El art. 38 recién mencionado contiene dos incisos: en el primero se dispone que una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública y garantizará la carrera funcionaria, ley que está en vigencia con el N°18.575; y en el inciso segundo, el texto original decía literalmente: "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las Municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contencioso administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño".

Mediante la reforma fue suprimida del inciso segundo transcrito la frase "contencioso administrativo", por lo que el reclamo a que se refiere se deberá interponer, conforma al nuevo texto, "ante los tribunales que determine la ley". Ciertamente, en estrecha relación con esta reforma está la que, en el art. 79, que atribuye la superintendencia directiva, correccional, y económica de todos los tribunales de la nación a la Corte Suprema, suprimió la frase final del inciso que decía: "Los Tribunales contencioso administrativos quedarán sujetos a esta superintendencia conforme a la Ley".

Ahora bien, los propósitos del constituyente a este respecto no han sido especialmente expresados y surgen algunas interrogantes que conviene dilucidar.

- A) ¿Se quiso otorgar desde luego la competencia del reclamo "contencioso administrativo" al juez común o se defirió esa competencia a una determinación futura de la ley?
- B) ¿La reforma significa que ya no habrá "tribunales administrativos", como contrariamente lo mandaba la Constitución de 1925 y en cierto modo lo reiteraba el primitivo texto del art. 38 de la Carta de 1980, o el legislador es libre para crearlos?
- C) En relación con lo anterior, ¿la supresión de los tribunales contencioso administrativos en la mención del art. 79 ratifica que ya no podrán existir, o que, si se crean, por ser tribunales, de suyo y sin que sea necesario decirlo, quedarán bajo la superintendencia de la Corte Suprema?
- D) ¿Pueden bastar los procedimientos comunes para una acción o recurso de carácter contencioso administrativo?

Nos referimos a estas interrogantes.

- A) Como es sabido, el art. 38 ya citado, por su materia, tiene como antecedente el art. 87 de la Constitución de 1925, cuya historia es sobradamente conocida, así como los conflictos y consecuencias —algunas jurídicamente impropias de un Estado de Derecho— que originó. Es el hecho que ese precepto "programó" tribunales administrativos para el conocimiento de los reclamos que se interpusieron contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas y administrativas, y que encargó a la ley organización de tales tribunales, ley que no fue jamás dictada. De allí derivó una jurisprudencia que sostenía la incompetencia de los tribunales ordinarios para declarar directamente la ilegalidad de los actos de la Administración —que serían así jurisdiccionalmente incontrolables, —dejando sin juez a los administrados para la protección de sus derechos. Solamente, y también por la vía jurisprudencial, se admitió el pronunciamiento de los tribunales sobre la legalidad de un acto administrativo, aunque indirectamente, para dejar de aplicarlo en un caso concreto de su competencia propia, cuando el acto pugnara con la ley, en virtud del principio de la jerarquía de las normas (siendo relevante el caso "Juez de Melipilla con Presidente de la República" —Fallos del Mes N° 102, mayo, 1967— en que un decreto de insistencia se declaró inaplicable en una querrela posesoria). Debe reconocerse sin embargo, que la evolución de la Jurisprudencia se enderezó hacia el reconocimiento de la competencia judicial para conocer directamente de la acción contencioso administrativa, entretanto no fueran creados los tribunales "programados" (siendo culminante en este sentido el caso "Undurraga Fonk y Undurraga Riesco con Cora — R.D.P. N°21, 22).

Ahora bien, en el que llegó a ser art. 38 de la Constitución de 1980 obedeció al propósito manifiesto del constituyente en el sentido que el conocimiento de lo contencioso administrativo debe corresponder a los tribunales ordinarios de justicia, con las modalidades propias de su naturaleza.

Así consta tanto en el informe con que se acompañó el proyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución al Presidente de la República, como en las Actas respectivas (ses.100, 103, 295). Se discutió sobre la base de que la competencia general que consti-

tucionalmente se reconocía a los tribunales sobre las causas civiles y criminales comprendía obviamente las contencioso administrativas, desde que lo "civil" era lo opuesto a lo "eclesiástico". Se optó, sin embargo, por mencionar expresamente a las causas contencioso administrativas en la competencia del Poder Judicial, al tiempo que se introdujo en el precepto correspondiente al actual art. 38 del derecho a reclamar "ante los tribunales que determine la Ley" por los actos lesivos de la Administración, incluyéndose, también en forma expresas, a los tribunales contencioso administrativos en la superintendencia de la Corte Suprema. *Todo ello fue así propuesto por la Comisión de Estudio y por el Consejo de Estado en sus respectivos informes.*

Pero el texto promulgado el 11 de Septiembre de 1980, que eliminó el antiguo art. 87, no contiene la mención expresa de las causas contencioso administrativas en el art. 73, sobre el Poder Judicial, y, además en el texto del art. 38, para los efectos de la acción en estas causas, se remite "a los tribunales contencioso administrativos que determine la ley".

Así las cosas, ¿cabía sostener que con ello se quiso volver a la tesis de que no habría control jurisdiccional —por falta de juez— sobre la juridicidad de los actos administrativos, mientras los tribunales a que se remitía el art. 38 no fueren creados? Tuvimos oportunidad de manifestar la tesis contraria ("El derecho a la función... G.J. 65, págs. 8 ss.), porque creemos que la remisión a esos —tribunales no pudo ser entendida sino en el sentido de que el legislador habría de determinar cuándo y cómo se organizarían los tribunales especiales, en todo caso bajo la superintendencia de la Corte Suprema, según lo ordenaba el art. 79 de la Constitución; y que cuando se reconoce un derecho en la Constitución o en la ley, como se dijera en los debates de la Comisión (Actas, ses. 100 y 103), y no existe un órgano que lo ampare, deben asumir esta función los tribunales ordinarios de justicia, y éstos deben ser, en último término, los "herederos del remanente" —por así decirlo— para conocer de los conflictos de carácter jurídico". Al instituir la acción de reclamo contra la Administración en el art. 38, la Constitución estaba reforzando, en ese ámbito, la eficacia de la garantía general de toda persona para ser tutelada judicialmente en sus derechos, cometiendo al legislador el afinamiento técnico en la oportunidad que lo determinare, y no era posible, con lógica, admitir que la preocupación especial por garantizar los derechos de los administrados hubiere querido significar que la garantía quedara en suspenso por falta de tribunal... La que sostenemos había sido, por lo demás, la inteligencia con que se había interpretado por la jurisprudencia entonces reciente ("Undurraga con Cora") el art. 87 de la Constitución de 1925, aplicable, sin duda, al nuevo texto constitucional.

De acuerdo con los antecedentes recién recordados, puede inferirse claramente que la modificación introducida por la reforma constitucional al art. 38 y como consecuencia al art. 79, eliminándose las referencias a los tribunales contencioso administrativo, significa reaceptar el criterio propuesto al respecto por los anteproyectos de la Comisión de Estudio y del Consejo de Estado, salvo en cuanto no se ha restituido la mención expresa de las causas contencioso administrativas en la competencia general de los tribunales ordinarios señalada en el art. 73, seguramente porque se la estimó, por implícita, innecesaria.

Los reclamos contencioso administrativos serán dirigidos a "los tribunales que la ley determine". ¿Habrá, nuevamente, que esperar que venga la determinación de la ley para tener un juez o Tribunal competente? La respuesta tiene que ser enfáticamente negativa, atendiendo a la trayectoria que precedió a esta reforma y que someramente hemos

expuesto. Por cierto, se ha querido remover toda duda acerca del tribunal que debe conocer de estas causas: si no hay uno especial, será aquel al cual corresponde o compete, de suyo, constitucionalmente, conocer de todas las causas civiles y criminales, contándose entre las primeras, en su sentido genuino y genérico, las que se originen en el art. 38. Además, un argumento meramente gramatical abona la conclusión: el subjuntivo "determine" no necesariamente indica futuro; más bien significa eventualidad: la que deriva de delimitar, según las reglas generales de competencia, cuál es el tribunal o juez llamado al conocimiento del asunto. No está excluida, claro está, una determinación futura del legislador; pero, entretanto, los reclamos contra los actos lesivos de la Administración no pueden carecer, ni carecen, de juez competente.

- B) Es evidente que ya no podrán crearse "Tribunales Administrativos" ajenos al Poder Judicial, como acaso pudo entenderse con el texto del artículo 87 de la Constitución de 1925, pero nada impide y, por el contrario, parecería necesario, que la ley regulara de un modo especial la competencia para el conocimiento de este orden de materias de indudable especificación, sea mediante el sistema de la integración con personal calificadamente idóneo en los tribunales colegiados, sea mediante la creación de salas o jueces especializados. En cualquier caso, no dejarán de formar parte o integrar el Poder Judicial.
- C) En relación con lo que se acaba de afirmar, no creemos que la supresión de la frase final del art. 79, que sujetaba a los tribunales contencioso administrativos, expresamente, a la superintendencia de la Corte Suprema, revele el propósito de impedir que en el futuro puedan existir estos tribunales, del modo como existen los tribunales del trabajo o de menores, siempre con el carácter de tribunales judiciales y, por lo tanto, en cuanto tales, sometidos a esa superintendencia por el mandato general del propio art. 79 de la Constitución.

Si fue suprimida la mención de los tribunales contencioso administrativos" en el art. 38 y si, en todo caso, la competencia determine el legislador sobre las causas de esta índole habrá de recaer en tribunales pertenecientes al Poder Judicial, resultaba realmente redundante agregar en el mismo art. 79 que alcanzaría también a ellos la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.

- D) Aún cuando no se estime necesaria la creación de tribunales especializados, no es posible que el legislador eluda establecer, desde luego, un procedimiento adecuado para la tramitación de las causas en las que se cuestiona la legalidad de los actos de la Administración y se comprometen los derechos de los administrados. El que regula los juicios comunes no se aviene con la naturaleza de aquellas contiendas.

Solamente por vía ilustrativa, cabe señalar que el juez, en este proceso, debería tener el carácter de investigador de oficio, pudiendo ordenar la práctica de todas las diligencias que estime pertinentes para la adecuada decisión del asunto; estaría facultado para pedir a la administración los antecedentes necesarios y ésta, a su vez, bajo responsabilidad de los funcionarios, obligada a enviarlos en los plazos legales; los plazos para deducir la acción deberían ser cortos y, en general, el procedimiento tendría que ser muy breve, garantizando debidamente los derechos de las partes.

Sería del todo conveniente que si se concretara un proyecto de ley sobre la materia, no fuera desaprovechado el anteproyecto elaborado por la Subcomisión que, precisamente

para ello, designó la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, a poco de constituirse; documento en el cual, sobre la base de la existencia de tribunales especializados, dentro del Poder Judicial, se recogen, sistemáticamente articulados, los principales tópicos implicados en la materia, de acuerdo con los principios más generalmente aceptados. Mediante su revisión y afinamiento se podría alcanzar una pronta y adecuada solución.

Es cierto que el recurso de protección (art. 20 C.P.) puede constituir una vía de reclamo contra ilegalidades o arbitrariedades de una autoridad administrativa; pero, su propia naturaleza, no puede sustituir en plenitud a la acción que el art. 38 de la Constitución ha otorgado a quienes sean lesionados en sus derechos por un acto de la Administración del Estado.