

Protección jurisdiccional de los administrados: El exceso de poder [texto de 1961]¹

José A. Rodríguez Elizondo²

[9]

Introducción

1. No son pocos los filósofos y juristas que se han detenido perplejos ante el espectáculo que les ofrece la sociedad contemporánea desde el ángulo de su organización jurídica. Por una parte, no pueden dejar de pensar en la conveniencia que representa la existencia de Parlamentos, Presidentes, Tribunales; pero por otra, no pueden cerrar los ojos ante el hecho palpable de que tal organización, al conferir a unos hombres más poder que a otros, es causa de múltiples conflictos.

La vida humana, bajo la tutela de un Estado, se ha desarrollado dentro de un incómodo marco: el hombre, en virtud de sus impulsos gregarios, se ve forzado a asociarse con otros hombres, y, del hecho de la asociación, surge ineludible la necesidad de establecer autoridades, pero las autoridades que han surgido, rara vez han comprendido lo impersonal y desinteresado de su misión, rara vez han comprendido que ella obedece a un imperativo utilitario del grupo.

Claramente expresa esto Ortega y Gasset *al. decir* en uno de sus ensayos que “rige inexorable la paradoja de que siendo la sociedad humana una suma de individuos, lo que de ella emana no depende de éstos, sino que, al revés, los tiraniza”³.

El Estado, la Autoridad y el Abuso de la Autoridad, caminan indisolublemente unidos desde su nacimiento. Testimonio de ello nos llega abundante a través de todos aquellos hombres de talento que supieron expresar doloridos tan pesados verdad.

Tentados nos hemos sentido de atribuir la causa del fenómeno a la propia naturaleza humana, y a hablar del “hombre malo por naturaleza”, en lugar de aquel buen hombre de Rousseau. La experiencia parece demostrar que el hombre tiende a abusar de sus semejantes siempre que disponga de la fuerza suficiente para imponer sus decisiones.

Pero, en verdad, el hombre no es ni bueno ni malo; solo es hombre en el pleno sentido vivencial de la palabra. Por lo tanto, no se pueden usar jurídicamente tales evaluaciones subjetivas de su conducta. Por otra parte, hay que reconocer que la sociedad no se ha conformado nunca con el estado de cosas que hemos mencionado; jamás ha considerado consustancial a la autoridad el abuso. Prueba de ello son las incesantes búsquedas de sistemas de gobiernos, y las incesantes modificaciones de las leyes, con el fin de controlar las extralimitaciones del Poder.

La sociedad, una vez convencida de la necesidad de darse autoridades, solo pensó en controlarlas, y los medios para ello variaron en conformidad a los estadios culturales de los distintos países. [10]

Como primera providencia, fueron perfeccionando la manera de elegir a los gobernantes, recorriendo la extensa gama que va desde el asesinato político hasta la elección democrática. Los abusos de las autoridades redundaron en un sano incentivo para los subordinados: el de elegirlos mejor. De tal modo, cambiaron al más fuerte por el más anciano, al más anciano por el más sabio, al que contaba con la aprobación de una minoría por aquél que tenía la mayoría a su favor.

Paralelamente fue evolucionando el sistema de control de los actos de las autoridades, en razón directa con la mayor injerencia del pueblo en su elección. Mientras el gobernante tuvo que rendir cuenta de sus actos solo a

¹ Republicamos, específicamente en nuestra sección dedicada a la Historia del Derecho administrativo para darle más visibilidad, la Introducción, el capítulo final, las conclusiones y bibliografía de la Memoria de Prueba de Jorge Rodríguez Elizondo (1961). *Protección jurisdiccional de los administrados (El Exceso de Poder)*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, como un aporte a la discusión de la inexistencia de los tribunales contenciosos administrativos en dicha época.

² Licenciado en la Universidad de Chile; abogado, diplomático e internacionalista chileno; galardonado en 2021, con el “Premio Nacional de Ciencias Sociales y Humanidades”.

Actualmente es director del Programa de Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, donde ha ejercido como docente desde 1993

³ José ORTEGA Y GASSET, *El poder Social*, Obras Completas, t. III, 4.a. ed., pág. 488

Dios, sus abusos fueron frecuentes, ya que la categoría celestial de su representado le hacía perder la perspectiva necesaria y terrenal de sus actos.

2. Por supuesto que los excesos no desaparecieron con el Estado moderno, pero sí se atenuaron. A mayor control menor abuso, pero abuso, al fin y al cabo.

Es que, en último término, este problema no es sino el trasunto de otro que se encuentra en las bases mismas del Derecho Público: en toda sociedad jurídicamente organizada se ha planteado el problema de la autoridad contra la libertad, aspecto más profundo de la pugna entre gobernantes y gobernados, La evolución del Derecho Público se podría resumir como un intento de conciliación entre las prerrogativas de los primeros y los derechos de los segundos.

En la raíz del problema se encuentran elementos constantes, tales como autoridad, prerrogativas, poderes, libertades, y que nos incitan a inquirir por ellos. Un intento de respuesta acerca del juego de estos elementos no podría permanecer encerrado entre las paredes de una disciplina jurídica determinada. En efecto, al preguntarnos el porqué de la obediencia a la Autoridad, estamos cuestionando sensiblemente la razón de la obediencia al propio Derecho, puesto que se obedece a la Autoridad porque esa es la conducta jurídicamente obligada, Dar otra respuesta; decir por ejemplo que obedecemos a la Autoridad porque ella es la detentadora de la fuerza, significaría introducir al campo normativo motivaciones extrajurídicas, y desconocer que en la norma jurídica se manifiesta una forzosidad de conducta, un deber ser intrínseco, del que carece la simple coacción.

¿Por qué se obedece al Derecho?

Kelsen, encerrándose en un círculo normativo *lógico-formal*, respondería diciendo que el Derecho se debe obedecer, porque a partir de la norma hipotética que ordena sujeción a la voluntad del primer legislador, las normas inferiores van implicándose recíprocamente en relaciones de validación.

Pero, si bien la obediencia al Derecho se puede explicar normativamente dentro del sistema de normas, se requiere otra explicación cuando se pregunta por la validez del sistema integro, incluyendo la norma hipotética primaria. Entonces aparece con cierta evidencia que el Derecho se obedece porque vale axiológicamente, porque es un bien, un objeto

cargado de valor, Existe un querer humano en la cúspide del ordenamiento. [11]

Mas, el Derecho así concebido, no es un bien cualquiera; pertenece a la clase especial de los bienes instrumentales, de aquellos que sirven para facilitar la realización de otros valores, como la justicia, el orden, la moral, la seguridad. Entre los valores de posible realización a través del Derecho solo existe uno que encuentra en éste la condición suficiente y necesaria de su existencia: la seguridad jurídica. Sin Derecho no hay seguridad jurídica, y la seguridad jurídica no se puede dar si no es a través del Derecho.

La seguridad jurídica se puede caracterizar diciendo que es la situación en que se encuentra una persona que mantiene relaciones con su medio, cuando sabe que esas relaciones se encuentran previstas por un estatuto objetivo, conocido y observado⁴. No significa esto que el individuo se sienta seguro de la realización de la justicia a través de ese estatuto, o de la realización de otros valores, sino que en un caso dado sabrá a qué atenerse, pues habrá una configuración predeterminada de cualquier conducta jurídica.

Esta seguridad jurídica tiene entonces dentro del Derecho el sumo rango axiológico, pues sin ella no sería posible normalmente, "seguramente", la realización de todos los demás valores. Dada la condición humana, solo dentro de un ordenamiento jurídico que suponga la seguridad de su acatamiento se puede dar el campo propicio. Por eso mismo, es posible que exista un supeditamiento de todos los demás valores al valor seguridad jurídica; así, se puede privar a una persona de su libertad, para asegurar la libertad de otras personas, y esa libertad coartada, contemplada en el ordenamiento, debe ceder ante la jerarquía de la seguridad jurídica.

Lo expresado nos aclara numerosas situaciones jurídicas, especialmente de Derecho Público, pues aparece clara la razón que impulsa a desdeñar las situaciones particulares cuando aparecen en pugna con el interés de la colectividad, Pero, además, emana de lo dicho la necesaria sujeción del Estado al Derecho, y esto es de extrema importancia como fundamento de toda la tesis que se expondrá en este trabajo.

En efecto, ¿qué seguridad podría existir si el Estado, realizador del Derecho por exce-

⁴ V. Jorge MILLAS. *Filosofía del Derecho*, apuntes, de clases Santiago. 1957 t. II, pág. 97.

lencia, no se hallara obligado por sus disposiciones?

La seguridad jurídica implica básicamente la vinculación del Estado al Derecho, y de ella emana aquella fase en que el Derecho aparece como una limitación de las esferas del Poder.

En resumen, se debe obediencia a la Autoridad porque así lo preceptúa el Derecho, y se debe obediencia al Derecho porque solo así se asegura la realización de toda la gama axiológica dentro de la sociedad y porque la misma Autoridad se encuentra obligada a respetar el Derecho.

Aceptado esto, se hace necesario encontrar los medios que sirvan para controlar esa sujeción de la Autoridad al Derecho.

3. El Poder, a través de sus diversos períodos se fue haciendo más controlable. En el grado evolutivo correspondiente al Estado de Derecho, vale decir, en el ideal de Estado [12] contemporáneo, se distinguen dos grandes sistemas de control, aquél en virtud del cual no se hace distinción entre autoridades y subordinados, aplicándose a ambos el Derecho en igualdad de condiciones, y aquél que reconoce la primacía del organismo público, y elabora un tipo especial de Derecho para él. Para el primer sistema rigen los controles comunes, y para el segundo, controles especiales.

Pero sucede que, dadas las condiciones del Estado contemporáneo, consideradas las finalidades que la Política le va imponiendo, no es dable pensar en el primer sistema. El Estado contemporáneo ha dejado de ser el apacible vigilante con una misión de simple tutela social; sus actividades son múltiples y sus funciones exceden inconmensurablemente las posibilidades de un particular. Por lo tanto, a distinta responsabilidad, es obvio que debe corresponder un distinto sistema jurídico. Así, se dice que el Derecho Público actual consagra en todas sus fases el régimen de la desigualdad jurídica entre autoridades y particulares; y ello es efectivo en razón de lo mencionado.

Es el Derecho Administrativo el que ha dirigido la evolución en tal sentido. Tímidamente al comienzo, y con resolución después, se ha dado a la tarea de determinar las prerrogativas de las autoridades, las garantías de los administrados, la manera de controlar los actos de las primeras, y la forma de hacer efectiva su responsabilidad.

Diversas instituciones jurídicas han ido así haciendo su aparición; contralores de juridici-

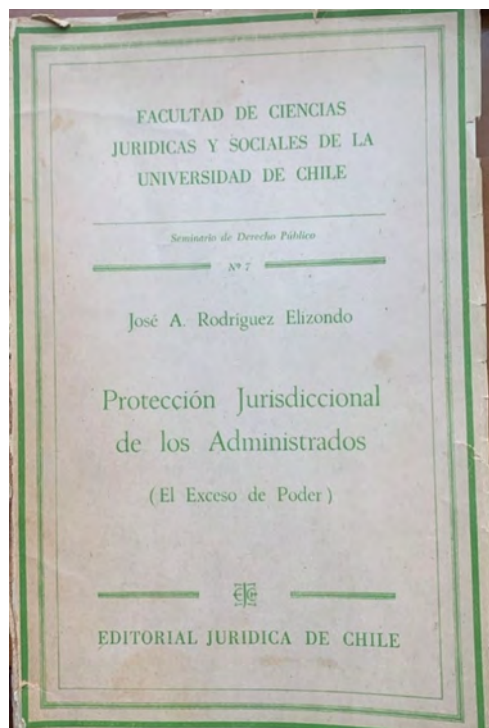
dad, tribunales especiales, recursos administrativos, responsabilidad de la Administración. Esto porque la consagración de un sistema de desigualdad jurídica no significa la institucionalización de la arbitrariedad.

El trabajo en tal sentido está terminando de empezar. Muchos actos del Estado se resisten a ser controlados, la responsabilidad estatal todavía no desenvuelve plenamente su capacidad de expansión y numerosos vicios políticos interfieren el camino del Derecho. Pero el Derecho Administrativo no está estancado, y le queda mucho camino recorrer. Recordemos que no están lejanos los tiempos en que la doctrina aceptaba aquella ley alemana que decía: "la Gestapo toma decisiones y trata sus asuntos sin control de tribunales administrativos".

4. El campo de estudio relativo a las garantías de los administrados es vastísimo, y en muchas partes inexplorado, Nuestra tesis pretende insistir e investigar en uno de sus puntos fundamentales: el de la protección jurisdiccional, y, más específicamente aún, en la protección derivada de la existencia de un contencioso anulatorio de los actos de la Administración.

El Derecho Administrativo es probablemente una de las disciplinas jurídicas en que sea más de temer la dispersión. La no decantación de muchos de sus problemas es causa, a menudo, de una expansión investigativa que atenta contra la calidad del trabajo realizado. Por ello no conviene introducirse a su temática sin una sólida base de sustentación. En nuestro caso, más que referirnos a un abstracto contencioso de anulación, hemos considerado preferible estudiar un contencioso de anulación concreto: el recurso por exceso de poder. A partir de él, separando los principios generales, [13] hemos tratado de dar una visión del problema más amplia de la nulidad de los actos administrativos.

Por lo mismo, no debe ser motivo de extrañeza el que hayamos prescindido de la numerosa bibliografía especializada sobre el recurso por exceso de poder, Si partimos reconociendo que por medio de él intentamos estudiar el recurso de anulación en general, se comprenderá que para ello no nos sea de estricta utilidad la copiosa jurisprudencia del Consejo de Estado francés, ni las meticulosas monografías referentes a ella. Al contrario, en materia de fuentes, hemos pretendido sintetizar las diversas doctrinas. Reconociendo la imprescindible necesidad del material francés, hemos utilizado también, de preferencia, fuen-



tes americanas, italianas y españolas; de su estudio comparado, el investigador acucioso tiene mucho que extraer.

El plan de este trabajo, en conformidad a las ideas expresadas será el siguiente:

Una primera parte estará destinada a establecer las bases necesarias del contencioso anulatorio, concebido genéricamente.

En la segunda parte, sirviéndonos de los motivos de anulación contenidos en el exceso de poder, examinaremos los vicios que afectan a cada elemento del acto administrativo. Una teoría de las nulidades administrativas, a nuestro juicio, debería seguir idéntico camino.

La tercera parte estará dedicada al estudio del exceso de poder desde un punto de vista dinámico; es decir, considerado como medio de la impugnación de los actos ilegales que se ejerce ante tribunales especializados.

La parte final la destinaremos a hacer una recapitulación de los conceptos expresados, considerando el caso especial de nuestro país. Veremos cómo se dan ampliamente las condiciones estimadas necesarias para la implantación de un contencioso anulatorio, y sugeriremos las medidas a tomarse para hacerlo realidad.

En definitiva, las garantías más sólidas para los administrados están representadas por una teoría que señale claramente cuándo

un acto administrativo es nulo, y por un recurso que sirva para dinamizar la teoría.

Señalar ambos aspectos es la pretensión de nuestro trabajo.

5. No podríamos concluir estas palabras introductorias sin reconocer una deuda. Este trabajo —y el mérito que pudiera encontrarse— tienen un acreedor: se debe a las enseñanzas y al estímulo constante de nuestro profesor, señor Enrique Silva Cimma. Ha sido él quien, facilitándonos fuentes de difícil acceso, aconsejándonos oportunamente o contagiándonos con su fervor por los estudios administrativos, ha despertado nuestra curiosidad por el ramo.

Vayan para él los más sinceros agradecimientos. [14] (...)

[137] [6. Explicación del problema]

En nuestro país, por no existir con caracteres generales un sistema contencioso administrativo, no es posible estudiar soluciones positivas o jurisprudenciales específicas. Casi todos los problemas que promueve el contencioso anulatorio son ajenos a nuestro ordenamiento, debido principalmente a la calidad de programática que aún mantiene la disposición del artículo 87 de nuestra Constitución. El problema de los fallos y su cumplimiento se plantea en nuestro país en relación con el Fisco, y en vía jurisdiccional ordinaria⁵.

Resumiendo, podríamos decir que, por el momento, el cumplimiento de una sentencia que condena a la Administración está más en el campo de la ética, de la cultura cívica y política, que en el Derecho. Su plena vigencia solo es dable donde exista el sentimiento colectivo del mérito axiológico que encierra la sumisión al Derecho tanto por parte de la Administración como de los administrados. Como dice Aparicio Méndez, refiriéndose al Derecho, "en esta como en todas las disciplinas, llegamos siempre a la misma conclusión. La técnica, como medio para obtener un fin, no puede superar el orden natural, y el orden natural cuando se trata del Derecho, está identificado sustancialmente con el hombre. La realidad del Derecho dependerá necesariamente más

⁵ Cabe hacer notar que existen disposiciones aisladas, especialmente en la legislación municipal, que plantean todos los problemas típicos del contencioso-administrativo. El art. 115 de la Ley de Municipalidades es un magnífico ejemplo de lo expresado, y será analizada en su oportunidad. En lo tocante al cumplimiento de los fallos contra el Fisco, y la original tesis de Pérez Zañartu, Ensayo de una teoría de ejecución al Fisco chileno, memoria de prueba Stgo1957, en la cual afirma la posibilidad de ejecutar judicialmente al Fisco.

que de la técnica jurídica, del elemento humano que la mueve⁶.

Hemos terminado la señalización del desarrollo de esta tesis, la línea gruesa del recurso por exceso de poder. Sobre las bases que se han indicado, se puede instituir una vía jurisdiccional semejante en cualquier ordenamiento que reúna las condiciones exigidas en la primera parte de esta tesis. La nomenclatura es accesoria si la esencia se mantiene.

El resto del trabajo necesario para completar este aspecto dinámico del exceso de poder requiere de una técnica específicamente procesal, Corresponde al Derecho Procesal Administrativo, o al Derecho Administrativo Procesal –como quiera llamársele– construir el sistema en que debe ir engarzado este recurso jurisdiccional. Para ello deberá reglamentar la competencia de los tribunales administrativos, el procedimiento que deberá seguirse, las formas y plazos, derechos y costas o las instancias necesarias para una adecuada administración de justicia. Muy especialmente, deberá contemplar la manera de decidir los conflictos de jurisdicción con los distintos tribunales existentes en todo el sistema jurisdiccional⁷.

En todo caso, cabe recomendar simplicidad y economía. Simplicidad en el sentido de no establecer recursos innecesarios o de complicada tramitación, y economía, en el sentido de liberar en lo posible al recurrente de trabas pecuniarias, puesto que, de no ser así, se omitiría a menudo el recurso por resultar más oneroso que el perjuicio causado por la subsistencia del acto. [138] (...)

LO CONTENCIOSO ANULATORIO EN CHILE

[141]

I. BASES DEL CONTENCIOSO ANULATORIO

1. *Introducción.* El recurso por exceso de poder, o en su fase más amplia, el recurso objetivo de anulación necesita de ciertas condiciones ambientales para existir en buena forma. Ellas han sido analizadas en la primera parte del presente trabajo, y en fórmula brevísima se reducen a dos: vigencia de un Estado de Derecho y existencia de tribunales especializados.

Nos explicamos:

⁶ V. APARICIO MÉNDEZ, ob. Cit., pág. 211. V. además Gastón Hernández, La unidad del Estado y el problema de la ejecución de las sentencias, RAP N° 13, enero-abril de 1954, pág. 245 y ss.

⁷ En Francia tal labor se encomienda a un tribunal especial integrado por miembros de la jurisdicción judicial y administrativa, y presidido por el ministro de Justicia.

En un estado totalitario no podría existir de una manera deseable un recurso objetivo de anulación, pues la índole misma de estos regímenes repugna a la implantación de controles sobre los actos de las autoridades superiores, Puede darse el caso de regímenes totalitarios que pongan a disposición de los administrados un complejo sistema de garantías jurisdiccionales, pero éstas, en el hecho, solo sirve para impugnar los actos de las autoridades administrativas inferiores. En estos regímenes, el recurso tendrá efectividad solo en la medida que no afecte los "superiores intereses del Estado," que se confunden con frecuencia con los personales intereses del gobernante.

Por otra parte, y supuesta la vigencia de un Estado de Derecho, se precisa la existencia de tribunales especializados, independientes del Poder Judicial e integrados en la Administración, pero sin estar subordinados dentro de ella a ningún órgano, Esto, por lo menos dentro de un ordenamiento que reconozca el principio de la separación de poderes.

El recurso de anulación viene a ser así el instrumento jurídico por medio del cual un particular requiere la intervención de los tribunales especializados, para hacer efectivo el Estado de Derecho.

Nuestra tesis no ha pretendido efectuar un estudio más o menos profundo de instituciones ajenas al ordenamiento nacional, sin contemplar en todo momento la posibilidad de su adaptación. Así, en la segunda parte, al analizar los vicios del exceso de poder, lo hicimos desde la perspectiva de los elementos del acto administrativo: de este modo, el análisis –esencialmente doctrinario– no presentó dificultad alguna de adaptación. Siguiendo el mismo criterio, procuramos en la tercera parte desbrozar al recurso por exceso de poder de todo su material contingente, para exponer tan solo los principios que lo informan y las posibilidades de aplicación que presenta en ordenamientos distintos del francés.

Corresponde ahora preguntarnos, ¿en qué medida se dan en Chile las condiciones necesarias para el establecimiento del recurso por exceso de poder? O si se prefiere, para desechar la nomenclatura extranjera, ¿es posible en Chile la existencia de un recurso contencioso-administrativo, por medio del cual se puedan anular los actos administrativos irregulares?

La sola naturaleza inquisitiva de las frases ya nos indica que no existe un recurso de tal

índole en nuestro ordenamiento; por lo menos con características estables y generales. Para responder las interrogantes, nada mejor que partir de un somero examen [142] de los requisitos considerados esenciales del recurso, vale decir, del Estado de Derecho y de los tribunales especializados.

2. *El Estado de derecho en Chile.* El ideal del Estado de Derecho considerado en relación con el Derecho "in toto" requiere de una fundamentación axiológica. La norma hipotética que nos prescribe obediencia al primer legislador debe estar sustentada por un querer real de los ciudadanos, y éste solo puede existir en la medida en que consideren al Estado y al Derecho como valores.

Por estas razones, el Estado de Derecho no es un concepto susceptible de apreciación jurídica exclusiva. En él se cruzan nociones sociológicas, políticas, éticas, económicas y todo aquello que configura la compleja trama de la vida humana. Puede existir un Estado despótico en el que los reglamentos, decretos y leyes vayan implicándose válidamente entre sí y con respecto a la Constitución; ¿significa esto que existe un querer de los administrados? A nuestro juicio y aceptando como probabilidad la existencia de un masoquismo colectivo, eso solo demuestra que la fuerza sostiene la Constitución y que el orden normativo se encuentra viciado en su cúspide.

Desde este punto de vista, se puede decir que la calificación que se haga de un ordenamiento, atribuyéndole o negándole la persecución del ideal del Estado de Derecho, implica ineludiblemente una dosis de apreciación. No se puede comprobar jurídicamente de una manera exacta, aquello que no es integralmente jurídico. El problema entra entonces al campo de la metafísica y sería muy pretencioso de nuestra parte el querer introducirnos allí; aunque quizás, y muy tímidamente, pudiéramos expresar que en nuestro concepto el Estado de Derecho, concebido como ideal, no se demuestra, sino que se siente. Se siente a través de ciertos síntomas externos, de la misma manera que se siente cuando un Estado es totalitario.

Puesto en el dilema de pronunciarnos acaso el ordenamiento chileno persigue el ideal del Estado de Derecho, debemos decir que sí, porque así lo sentimos. Sentimos que existe esa manifestación de un querer colectivo que valoriza la existencia del Estado —no de un gobierno determinado— y comprobamos que las autoridades se van generando en con-

formidad a las normas superiores de nuestro ordenamiento.

Ahora, desde el punto de vista, no ya del Derecho "in toto", sino del Derecho parcial, más precisamente, del Derecho Administrativo, debemos reconocer que existe un Estado de Derecho. Toda la actividad de la Administración, más o menos discrecional o reglada, se encuentra limitada y determinada por normas jurídicas.

El Presidente Alessandri Palma, al dirigir la palabra a los encargados de estudiar lo que entonces se llamaba reforma a la Constitución de 1833, y que dio origen a nuestra actual Constitución, expresó categóricamente: "Defiendo un Gobierno en que el Presidente de la República tenga todos los controles necesarios para que no llegue a la tiranía un régimen en que se establezcan las medidas necesarias para que el Ejecutivo se mueva siempre dentro de la órbita de sus atribuciones⁸. Así fue como el artículo 4º de la Constitución consagró la norma de clausura típica del derecho Público al expresar que: "Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas [143] pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derecho que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes⁹."

El principio de la legalidad de los actos de la Administración está, pues, ampliamente consagrado en nuestra legislación positiva; esto, como dice Silva Cimma, permite a hablar de un Derecho Administrativo Chileno, con su propia doctrina, cimentada en la majestad de la ley administrativa ampliamente respetada y reglamentada¹⁰.

3. *Los Tribunales Administrativos.* Reconociendo el ordenamiento chileno el principio de la separación de poderes, sería positiva y doctrinariamente imposible confiar a los tribunales judiciales la facultad de anular los actos administrativos.

⁸ Actas de la Constitución de 1925, Imprenta Universitaria, Santiago 1925, pág. 8.

⁹ La sujeción de la Administración a la ley, la delimitación de sus atribuciones y las garantías de los administrados, se desprenden constantemente del texto constitucional. A manera de ejemplo, podríamos citar los arts. 44 N°s 5-7 y 9 y 45, que contemplan la necesidad de ley para organizar, estructurar administrativamente el Estado y crear servicios públicos; el art. 10 y 44 N° 13 con respecto a las garantías individuales; el 21 y 27 N° 10, referentes a la inversión de fondos públicos, y el 72 N°s 2-7-8-9, que consagra la primacía de la ley por sobre todas las decisiones administrativas

¹⁰ SILVA CIMMA, Derecho Administrativo... cit., pág.21

En efecto, de los artículos 4 y 80 de la Constitución, y 4° del Código Orgánico de Tribunales, se desprende que corresponde a los tribunales ordinarios de justicia conocer de toda las causas civiles y criminales siempre que eso no signifique una intromisión en las atribuciones de los otros poderes públicos.

Como la facultad de anular los actos administrativos implica irredargüiblemente una injerencia en las labores propias del Poder administrativo, fluye de esos artículos como una conclusión lógica la necesidad de establecer tribunales especializados e independientes del Poder Judicial¹¹.

Cabe ahora preguntarnos ¿ha contemplado la legislación chilena la posibilidad implantar tales tribunales?

La respuesta, a nuestro juicio, debe ser incuestionablemente afirmativa. Y decimos *debe ser*, y no *es*, porque de los solos términos del artículo 87 de la Constitución —que es el precepto que se refiere a los tribunales administrativos— no emana una solución todo lo diáfana que fuera de desear. Este artículo, ubicado al final del capítulo destinado al Poder Judicial, expresa: “Habrán Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley.”¹² [144]

Parte de la doctrina, basada principalmente en la ubicación del precepto dentro del contexto constitucional, ha entendido que los

¹¹ No está de más advertir que no es lo mismo tribunal especial que tribunal independiente del Poder Judicial. Dentro de nuestro Derecho, los tribunales militares y los del trabajo, por ejemplo, son tribunales especiales en razón de la materia, pero dependen del Poder Judicial. Los tribunales independientes del Poder Judicial, como su nombre lo indica, salen de la órbita de éste, conformando un orden paralelo de jurisdicción.

¹² Sabido es que la norma mencionada es una de las varias disposiciones meramente programáticas de nuestra Carta Fundamental. Aún no se ha dictado la ley que organice estos tribunales y determine sus atribuciones en conformidad al mandato del constituyente. No nos corresponde ahondar en las consideraciones que derivan de tan lamentable omisión, pero no podemos dejar de expresar que esta verdadera desobediencia constitucional, está privando al Derecho Administrativo de una de sus más eficaces fuentes de desarrollo, cuál es la jurisprudencia de los tribunales especializados, y que está dejando en la indefensión a un gran número de administrativo que no disponen en el momento oportuno de ningún recurso anulatorio contra los actos administrativos ilegales.

tribunales administrativos, en caso de establecerse, debe figurar como dependientes del Poder Judicial y subordinados por lo tanto a la potestad directiva, correccional y económica que tiene la Corte Suprema sobre todos los tribunales de la nación.¹³

A nuestro juicio, tal criterio no es muy consistente.

La naturaleza de una institución o de un órgano no puede depender exclusivamente de la ubicación que se le haya dado dentro de un conjunto de preceptos; las cosas son lo que son por su esencia y no por lo que de ellas se diga o por el lugar en que se las coloque. No son escasos los ejemplos de normas de Derecho Público ubicadas en recopilaciones de preceptos de Derecho Privado; a menudo una norma adjetiva se desliza en un sistema de normas sustantivas, y es corriente el caso de disposiciones mal ubicadas en razón de la materia.

La Constitución no es una excepción a este respecto¹⁴.

Para aceptar o rechazar que los tribunales administrativos dependan del Poder Judicial, habría que analizar qué es lo que se pretendió con la dictación del cuestionado artículo 87.

No creemos en la posibilidad de ser contradichos si afirmamos que, a través del artículo 87, el constituyente pretendió establecer en Chile un verdadero sistema de jurisdicción contencioso-administrativo. Ahora, si aceptamos que en un sistema de jurisdicción contencioso-administrativo. Se debe contemplar primordialmente la posibilidad de anular los actos ilegales de la Administración, tenemos argumentos de cierta contundencia para defender la tesis de la jurisdicción especializada e independiente.¹⁵

En efecto y partiendo de la premisa de que en nuestro ordenamiento se acepta posi-

¹³ V. en tal sentido a José GUILLERMO GUERRA. La Constitución de 1925, pág. 465; BERNASCHINA, Manual de Derecho Constitucional, t. II, págs. 549-550; Juan COLOMBO, la competencia memoria de prueba, Santiago. 1958, pág. 355.

¹⁴ JARA CRISTI, en ob. cit., pág. 269, sostiene que la ubicación que se le ha dado dentro de la Constitución al art. 87, no implica que los tribunales administrativos sean tribunales judiciales. Textualmente afirma que “nada significa a este respecto el error en que se incurrió al ubicar el art. 87 al final del cap. VII, que se ocupa del Poder Judicial”

¹⁵ Dada la amplitud del término “reclamaciones”, empleado por el art. 87, no existe inconveniente para involucrar en él toda clase de recursos, ya sean anulatorios o compensatorios. V. en tal sentido a SILVA CIMMA, Apuntes de clases cit., t. II, pág.408.

tiva y doctrinariamente el principio de la separación de poderes, con todas las morigeraciones que se quiera, no podemos aceptar que de una manera general puedan los tribunales judiciales anular las decisiones del Poder administrador. Siendo así, es obvio que quedaría desvirtuado el propósito del constituyente de implantar una jurisdicción contencioso-administrativa. Ya que ésta, desprovista de facultades anulatorias, queda reducida a una expresión insustancial. ¿Tendría algún sentido establecer [145] tribunales administrativos que estuvieran solo facultados para declarar el derecho en los casos individuales?

El dilema, tal como lo hemos planteado, es el siguiente: o se reconoce el principio de la separación y se prohíbe a los tribunales judiciales inmiscuirse en las atribuciones propias de otros poderes, o se desconoce el principio mencionado y se acepta que los tribunales judiciales puedan obrar de tal manera. Existe en la disyuntiva una premisa básica, y es la de que la anulación que haga un Poder de los actos de otro Poder es un acto de injerencia en las atribuciones de éste¹⁶.

Por otra parte, el artículo 80 de la misma Constitución refuerza nuestra argumentación. Al disponer que "la facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley", y que "ni el Presidente de la República, ni el Congreso, pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales", está identificando tácitamente las funciones judiciales con las causas civiles y criminales. En efecto, la prohibición para el Presidente y para el Congreso es la contrapartida de la facultad que se otorga a los tribunales para conocer de ciertos asuntos; como la prohibición se refiere a las "funciones judiciales", quiere decir que esos asuntos son judiciales, y, como entre los mencionados asuntos no figuran las cuestiones contencioso-administrativas, viene a confirmarse en último término que el constituyente quiso hacer de éstas una materia reservada al conocimiento de tribunales independientes del Poder Judicial. De ahí la razón de ser del artículo 87

Por último y para no relegar el elemento formal al olvido, cabría añadir que, paradójicamente, se puede deducir de la misma ubicación del artículo 87 su independencia de un

¹⁶ Tal parece haber sido el criterio de los comisionados que discutieron nuestra actual Constitución V. Las actas de la Constitución de 1925, ya citadas, pág. 518, especialmente la opinión de don Luis Barros Borgoño, y además las págs. 519 y 520.

Poder Judicial. En efecto, la dependencia de un tribunal al Poder Judicial se manifiesta, en último término, por su sujeción a la superintendencia directiva, correccional y económico de la Corte Suprema; estando ubicado el artículo que establece esta potestad del máximo tribunal después de las disposiciones que se refieren a los tribunales judiciales, y antes del artículo 87 que establece los tribunales administrativos, podría colegirse válidamente que esa potestad no se puede ejercer con respecto a esos últimos. El argumento es tan lógico como el que sostiene que la ubicación del artículo 87 está predeterminando la naturaleza de los tribunales que establece; tan lógico e insustancial, añadiríamos, pues no es eso el criterio que se debe seguir para abordar asuntos como el que estamos estudiando. Los tribunales administrativos no deben estar bajo la superintendencia de la Corte Suprema por ser de una jurisdicción distinta de la judicial, y no por estar establecidos en un artículo que aparece más acá o más allá del artículo 86¹⁷. [146]

En resumen, para nosotros es claro —aunque no obvio— que los tribunales contemplados por la Constitución en su artículo 87 deben ser tribunales especializados e independientes del Poder Judicial¹⁸. Pero aun suponiendo que la materia nos suscitara legítimas dudas en el sentido de estimar igualmente posible que los tribunales administrativos fueran tribunales judiciales, optaríamos por aquella solución que tendiera a satisfacer más acertadamente las necesidades de los administrados y las modernas tendencias del

¹⁷ Si tenemos claro este concepto de la jurisdicción paralela, comprobaremos que la jurisprudencia viene en nuestra ayuda. En el Repertorio de Legislación y jurisprudencia chilenas, tomo referente a la Constitución Política y disposiciones complementarias, figura el siguiente fallo en la pág. 80; "La Corte Suprema solo tiene la supervigilancia de aquellos organismos en quienes la ley radica la función judicial, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervenga, o sean sobre los Tribunales de Justicia, y en consecuencia, no basta que la ley dé a un determinado cuerpo la denominación de tribunal, para que por este solo hecho pueda administrar justicia, esto es, no conocer y *fallar causas civiles y criminales*".

Este fallo parece estar de acuerdo con aquello de que lo jurisdiccional es el género, y lo judicial, la especie.

¹⁸ En esto estamos, por lo demás, con lo sustentado por prestigiosos especialistas del ramo. V., por ejemplo, JARA CRISTI, ob. Cit., págs. 276 a 269; SILVA CIMMA, Apuntes de clase cit., t. II, pág. 407 y ss.; MANUEL DANIEL, informe al seminario sobre los recursos judiciales o de otra índole, contra el ejercicio ilegal o abusivo del Poder Administrativo, celebrado en Bs. Aires, 1959, pág. 32 a 354; AYLWIN AZÓCAR, Derecho Administrativo, Apuntes de Clases, 1958, t. II, pág. 162, y Manual de Derecho Administrativo, Santiago, 1952, pág. 297 y ss.

Derecho Administrativo; vale decir, habríamos llegado a idéntica conclusión¹⁹.

Solo hay una cosa que no se puede desprender del texto constitucional, y que hay que elaborar contemplando solamente su espíritu, y es la que se refiere a la integración de estos tribunales administrativos dentro de la propia Administración, conservando una autonomía plena. La Constitución nada dice a este respecto. Por nuestro parte creemos que se debe seguir un camino análogo al señalado por la creación de la Contraloría General de la República, es decir, contemplarlos como órgano de administración, pero separados de la Administración activa. Si la Contraloría es un órgano constitucionalmente autónomo, y que desempeña funciones administrativo-fiscalizadores, los tribunales administrativos deben ser órganos legalmente autónomos en el desempeño de sus funciones administrativo-jurisdiccionales²⁰.

Otra solución conduciría a aceptar la existencia de un cuarto poder estatal²¹ [147]

4. *Posibilidades de extensión del recurso anulatorio.* En la misma Constitución se pueden encontrar las bases necesarias para la reglamentación de los recursos anulatorios. Al

¹⁹ Se proponen como soluciones, también la creación de los tribunales administrativos como tribunales especiales dependientes, o la creación en los tribunales ya existentes de "salas de lo contencioso". Puede que, si bien contribuyan a satisfacer la necesidad de los administrados, resulten a la postre insuficientes. Esto, porque serían soluciones transaccionales y, por ende, transitorias. Cabe hacer notar que el Seminario sobre recursos judiciales o de otra índole contra el ejercicio ilegal o abusivo del Poder Administrativo, celebrado en Buenos Aires, entre agosto y septiembre, se notó cierta mayoría a favor de la tesis judicialista por salas y cierto recelo frente al sistema francés (V. sesiones 9.a y 10.a especialmente).

²⁰ No está de más aclarar las relaciones que deben existir entre los futuros tribunales administrativos y la Contraloría General de la República. Parece existir el malentendido, al respecto, de que sus funciones son incompatibles. Nada más errado. La Contraloría, como órgano fiscalizador, realiza un control no jurisdiccional y preventivo cuando se enfrenta a los actos dictados por los órganos de la Administración activa. En esto engrana con todos los demás sistemas de control existentes en nuestro ordenamiento (parlamentario, administrativo y excepcionalmente jurisdiccional), sin pensarse en exclusiones recíprocas. El control jurisdiccional no vendría sino a complementar el engranaje, conciliándose en el sistema jurídico general. Frente al control preventivo de la Contraloría, debe existir el control "a posteriori" de los tribunales. V. al respecto "Los tribunales administrativos y la contraloría", artículo del profesor SILVA CIMMA, publicado en "El Mercurio" de 19 de noviembre de 1959.

²¹ O de un quinto, si se acepta la existencia de un Poder Contralor. V. en tal sentido, SILVA CIMMA, Memoria de prueba, La Contraloría General de la República, Santiago. 1945, pág. 400.

expresar el artículo 87 que los tribunales administrativos deberán "resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas", está señalando un campo vastamente comprensivo de cuanto recurso contencioso-administrativo sea dable instituir.

La palabra "reclamaciones" no admite restricción en tal sentido; aún más, es loable que el constituyente no empleara las palabras "demandas" o "acusaciones", pues habría comprometido la índole de los recursos²².

Lo que sí ha sido criticado, es el uso de la expresión "arbitrarios", por estimarla carente del mínimo de precisión jurídica. En su sentido más amplio, arbitrario viene a ser lo opuesto al Derecho, y no solo a la ley material o formal: "lo arbitrario siempre será ilegal e ilícito, es de su esencia que así sea"²³. Por supuesto que habría sido mejor que se hubiera hablado de "actos o disposiciones ilegítimas", pero, de cualquier manera, el término "arbitrario" en nada obsta a la implantación de un amplio sistema contencioso-anulatorio. La misma desviación de poder tiene fácil cabida dentro de su concepto.

Finalmente, es notable señalar que la Constitución admite, en principio, no solo la impugnación de los actos que son considerados pacíficamente como administrativos, sino también la de los actos de gobierno. Al referirse a las "autoridades políticas o administrativas", para designarlas como organismos cuyos actos pueden ser impugnados, no limita al legislador en ningún aspecto. Pero ya hemos expresado lo que por acto de gobierno debe entenderse²⁴ y ha quedado en claro que existen actos cuya impugnación no es aconsejable, por lo menos en las actuales condiciones de convivencia jurídica. Por ello, el legislador debe contemplar la exención del control anulatorio de todos aquellos actos que figuren en una lista preconfeccionada en conformidad a las directivas que hemos dado en su oportunidad²⁵.

²² V. JARA CRISTI, ob. Cit., pág. 268, y J.G. GUERRA, ob. Cit., pág. 464.

²³ V. supra 687 ss.

²⁴ V. supra 68 y ss.

²⁵ Podría suscitar dudas la expresión "autoridades administrativas", usada por el constituyente. En un sentido restringido, solo podrían considerarse como tales aquellas que están encargadas por la misma Constitución de la Administración del país; vale decir, Presidente de la República, intendentes, gobernadores, subdelegados, inspectores y alcaldes. Pero contemplando la intención del constituyente en el sentido de establecer una jurisdicción contencioso-administrativa amplia, no es posible limitar hasta tal punto el significado del vocablo; autoridades administrativas

5.- Conclusiones. - Del examen efectuado se concluye categóricamente que en Chile se dan las condiciones necesarias para la implantación de un contencioso anulatorio, y con la ventaja adicional de que las bases consideradas como imprescindibles, emanan de nuestra Carta Fundamental. [148]

Vivimos en una sociedad que valora el Estado de Derecho, bajo autoridades que lo respetan y con una legislación que no consagra, Existe en la Constitución Política un mandato imperativo para que el legislador reglamente los tribunales administrativos, y nada se opone a que su organización sea similar a la propugnada en esta tesis. Las posibilidades de recursos son amplísimas.

No hace falta nada.

Nada, excepto una ley orgánica. [149]

II. TEORÍA DE LAS NULIDADES ADMINISTRATIVAS

1. *Teoría de Bernaschina*. Como fundamento de todo contencioso anulatorio debe existir, lógicamente, una teoría de las nulidades administrativas que determine y delimite su campo de acción. En la segunda parte de esta tesis hemos intentado esbozar una solución doctrinaria al respecto, que se caracteriza, entre otras cosas, por negar la posibilidad de la inexistencia como sanción y por exigir en todo caso una declaración de tribunal competente²⁶.

En Chile, debido a la ausencia de tribunales administrativos, no se ha hecho imperiosa la necesidad de esta teoría. Las opiniones sobre la materia se limitan por lo general a repetir soluciones doctrinarias o positivas de otros ordenamientos. Como una tentativa interesante dentro de nuestra literatura jurídico-administrativa, solo se podría mencionar la teoría del profesor Bernaschina, quien, en su Manual de Derecho Constitucional y en otras publicaciones²⁷ ha intentado elaborarla basado en disposiciones constitucionales, en la jurisprudencia de la Corte Suprema y en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República.

deben ser, desde este punto de vista, todas aquellas que tengan la facultad de dictar actos administrativos terminales, o que impliquen una facultad de decisión.

²⁶ V. supra 18 y ss.

²⁷ V. BERNASCHINA, Manual cit., t. I, pág. 253 y ss., y Bol. Del Seminario de Derecho Público, año XVIII, N°s 45-48, 1949, pág. 548 y ss. A la tesis de este autor ha adherido en gran parte Jara Miranda, La nulidad en el Derecho Público, Memoria de prueba, Santiago. 1959, y en algunos aspectos Aylwin Azócar (V. Derecho Administrativo, Apuntes de clases, t. II, pág. 65 y ss.).

El profesor Bernaschina parte de un concepto lógico formal estricto; para él el Estado no es más –y no es menos– que el orden jurídico superior, válido para un territorio y para un pueblo determinados²⁸. Los actos de los agentes públicos solo son válidos mientras sean imputables al órgano cuya voluntad actualizan, y, en definitiva, al Estado. Esto porque –según el autor– los agentes públicos en el desempeño de una función pública no van a crear actos jurídicos personales, sino normas estatales, y por ello deben mantenerse estrictamente dentro de los límites que les han señalado las normas que fijan su competencia: “Si los órganos estatales exceden su competencia no pueden ligar al Estado; los actos que generen no podrían imputarse al sistema normativo superior”²⁹.

Consecuencia de esta posición es que los actos de los órganos que se han extralimitado en sus funciones sean nulos. Esos actos no pueden considerarse actos estatales, aunque liguen al agente que los ha dictado para el efecto de perseguir su responsabilidad. La nulidad, por lo tanto, se produce *sin necesidad de declaración alguna*; de pleno derecho. [150]

De esta posición basamental emana toda la teoría del profesor Bernaschina. La aplica al ordenamiento chileno fundado en los artículos 4, 23 y 75 de la Constitución Política.

El artículo 4°, al disponer que nadie puede atribuirse más autoridades o derechos de los que expresamente se les hayan conferido por las leyes, concluye diciendo: “Todo acto en contravención a este artículo es nulo”.

El artículo 23, que se refiere a las decisiones tomadas por los titulares de los distintos poderes del Estado bajo presión o amenaza, concluye estableciendo que una resolución así adoptada “es nula de derecho y no puede producir efecto alguno”.

El artículo 75, finalmente, preceptúa que las órdenes del Presidente de la República deben ser firmadas por el Ministro respectivo, y que “no serán obedecidas sin ese esencial requisito”.

Las frases acollmadas son el punto de apoyo que sirve al autor para extender al ordenamiento chileno su posición lógico formal. De ellas deduce que “no puede producir efecto alguno el acto que excede la competencia legal o que no cumple con las formalidades

²⁸ V. MANUAL cit., t. I, pág. 130.

²⁹ BERNASCHINA, Boletín cit., pág. 548.

constitucionales”³⁰. Es decir, no puede producir efecto alguno como acto administrativo, puesto que, por tratarse de un acto no imputable al ordenamiento superior, debe considerarse nulo de pleno derecho, sin necesidad de declaración de ninguna especie³¹.

Sistematizando su posición, Bernaschina distingue entre nulidad y anulabilidad; a la anulabilidad la llama también ilegalidad. Ambas categorías de ineficacia importan la existencia de una norma dictada fuera de las atribuciones legales de un órgano; se diferencian en que para los casos de nulidad no se requiere declaración de autoridad alguna, en tanto que la anulabilidad debe ser declarada³². La regla general en materia de actos administrativos sería la nulidad, aplicándose la anulabilidad solo en los casos excepcionales en que una ley así lo dispusiera; en este último caso –dice el autor– la nulidad y la anulabilidad podrían aplicarse indistintamente, ya sea simultánea o sucesivamente. Vale decir que, si no se pudiera por algún motivo hacer uso del recurso de ilegalidad o anulabilidad, eso no obstaría para que se pudiera desconocer la validez del acto administrativo; si la Constitución los ha considerado nulos, la ley no puede dar una solución diferente³³.

El autor apoya su tesis con varias sentencias de la Corte Suprema y con algunos dictámenes de la Contraloría General de la República; aunque conviene llamar la [151] atención acerca de que la Corte Suprema en ninguno de los fallos que se mencionan alienta la posibilidad de una nulidad desprovista de sanción³⁴.

Esta es, sintéticamente expuesta, la teoría del profesor Bernaschina. Como acotación final, cabe decir que es una teoría que no carece de antecedentes dentro de nuestra

doctrina –ya Jorge Hunneus, en 1891, había tocado sus partes fundamentales³⁵– pero que es indudable que ha sido Bernaschina quien la ha llevado hasta sus últimas consecuencias.

2.- *Crítica de Silva Cimma*. El profesor Silva Cimma se ha manifestado en absoluto desacuerdo con esta teoría³⁶. Señala que ella olvida el carácter orgánico formal del acto administrativo y la presunción de legitimidad que lleva anejado, que no considera el principio de la ejecutoriedad, que la distinción entre nulidad y anulabilidad es demasiado imprecisa para servir algún fin práctico, y que no menciona en ninguna parte causales de impugnación. Pero, donde su análisis profundiza es en lo referente a los tres artículos constitucionales que sirven de fundamento positivo a la teoría.

En primer lugar, sostiene que es imposible asimilar los términos empleados por los artículos 4, 23 y 75. El artículo 4° no dice en ninguna parte que la nulidad que se propugna se deba producir de pleno derecho; al establecer que un acto dictado en contravención a sus disposiciones es nulo, está empleando el término en un sentido genérico de sanción. El artículo 75, que se refiere a un caso especial de violación de formas, tampoco dice que la sanción sea la nulidad de pleno derecho; solo es el artículo 23 el que usa la expresión mencionada.

Por otra parte, el profesor Silva Cimma está de acuerdo en que debe existir una teoría de las nulidades propia del Derecho Administrativo, y en que el artículo 4° de la Constitución es la disposición legal de donde ella debe emanar. Pero, para ello, es menester conjugar este artículo con aquellas disposiciones constitucionales que efectivamente se le relacionen y no con aquellas que solo muy

³⁰ BERNASCHINA, Boletín cit., pág. 551.

³¹ BERNASCHINA, Boletín cit., pág. 557: “En el momento mismo en que se ha aprobado el acto o acuerdo contrario a la ley, se produce la nulidad; no es acto estatal. Por consiguiente, no se necesita pedir su declaración ante autoridad alguna; basta con que el particular afectado o el órgano que deba cumplirlo desconozca sus efectos”.

³² Id., pág. 554.

³³ Id., pág. 555: “No es posible aceptar que cuando la ley contempla el recurso de ilegalidad... debe condicionarse la validez del acto a la declaración que pueda hacer la autoridad competente para pronunciarse sobre dicho recurso, porque la ley no ha podido modificar los efectos que señalan los artículos 4°, 23 y 75 de la Constitución Política”.

³⁴ BERNASCHINA, Boletín cit., pág. 553, donde al referirse a la sentencia de la C.S.A. más favorable para su tesis, expresa que “conserva algunos resabios de Derecho Privado, pues condicionan la nulidad a la declaración de ilegalidad”.

³⁵ HUNNEUS, ob, cita., pág. 384, expresa lo siguiente al referirse al primitivo art. 151 de la Constitución de 1833, que corresponde al actual art. 4° de la Constitución que nos rige:

“En cuanto a los decretos que el Ejecutivo dictare, arrogándose atribuciones propias de otros poderes, invadiendo atribuciones ajenas, limitando las garantías individuales, ofendiendo algún derecho, o, en general, violando la Constitución o las leyes, no es menester que su nulidad sea declarada expresamente por alguna autoridad. No. Basta, como lo hemos dicho ya en otra parte, que los Tribunales, como lo han hecho más de una vez, prescindan de ellos cuando se reclamare su aplicación y los dejen virtualmente sin efecto alguno. En verdad, aquello que es nulo ningún efecto debe producir. Negar, pues, sus efectos a una medida, es declarar virtualmente la nulidad a que se refiere la parte final del artículo 160 (151) de nuestra Constitución, el cual no ha sugerido, por lo demás, cuestiones de aplicación práctica”.

³⁶ V. un esbozo de esta crítica en el t. II de sus Apuntes de clases, pág. 295 y ss.

artificialmente presentan vínculos de parentesco. La disposición que está en íntima concordancia con el artículo 4º es, lógicamente, el artículo 87: mientras el primero establece una genérica sanción [152] para los casos de ilegitimidad, el segundo señala cuáles son los órganos encargados de conocerla y de aplicarla. La teoría del profesor Bernaschina –dice Silva Cimma– no menciona en parte alguna al artículo 87, siendo que es lógico traerlo a colación, pues de otra manera no se explicaría su presencia en el texto constitucional.

El artículo 23, que también viene de la Constitución de 1833, se encuentra desprovisto de antecedentes que lo expliquen. De todos modos, lo más seguro es que los constituyentes de la época no tuvieron en mente la noción de nulidad de pleno derecho ni los problemas que suscita, limitándose solo a estampar una enérgica declaración de principios en favor de la legalidad en el actual administrativo. La situación que contempla este artículo es la de un acto dictado bajo presión o amenaza, vale decir, con vicio de fuerza: según Silva Cimma esta irregularidad debe ser declarada, y –he aquí la originalidad diferenciadora– debe serlo por la misma autoridad que dictó el acto forzosamente una vez que se encontró libre de apremio. Se trata, por lo tanto, de una situación de hecho en la cual ni se ha pretendido actuar jurídicamente más que de anulación, cabría hablar en este caso de revocación o invalidación³⁷.

El artículo 75, contemplado en la antigua Constitución con el N° 77, no puede servir de fundamento a una teoría; en primer lugar, porque se refiere en forma exclusiva a un vicio de forma específico, y, en segundo lugar, porque siendo la sanción a un vicio de forma, afecta a los solos actos del Presidente de la República. En la práctica se trata de un caso de difícil –por no decir imposible– ocurrencia, pues los decretos del Presidente de la República, que son los medios a través de los cuales materializa su actuación, recorren un camino destinado en su primera fase a controlar preventivamente su juridicidad. En caso de que un decreto no llevare la o las firmas requeridas, sería instantáneamente representado o devuelto, y no

³⁷ V. en este sentido a HUNEEUS, ob. Cita., pág. 380. Al examinar el art. 149 de la Constitución de 1833 expresa: “La disposición de este artículo no ha tenido, por fortuna, aplicación desde que fue dictado. Esperamos que jamás llegará el caso en que el Presidente o las Cámaras se ven en la penosa necesidad de tener que declarar que un decreto o acuerdo les fue arrancado por la fuerza, para deducir de esa declaración, –que solo la autoridad violentada podría hacer–, la nulidad o ineficacia de la medida”.

tendría sentido el dictar un decreto de insistencia para cursarlo, pues la insistencia implica la firma de todos los ministros. Este artículo 75 debe interpretarse de otro modo. Con un criterio actual, se puede considerar que sirve de base a la legislación que consagra el principio de la “obediencia reflexiva”; es decir, interpretándolo a la luz de estas disposiciones, no se trataría de una sanción de ineficacia, sino de la fase “desobedecible” de una orden. Es análogo al artículo 151 del DFL. N° 338, de 1960, que, en su inciso 2º prescribe: “Si el empleado estimare ilegal una orden, deberá representarla por escrito, y si el superior la reitera en igual forma, aquél deberá cumplirla, quedando en este caso exento de toda responsabilidad, la cual recaerá por entero en el superior que insistió en aquella orden³⁸. [153]

Concluyendo, Silva Cima sostiene que de la interpretación armónica de los artículos 4, y 23 y 75 solo se puede deducir que ellos consagran el principio de la legalidad de los actos estatales, es decir, de ellos se depende una mera declaración de principios. La Administración –o más ampliamente el Estado– debe actual bajo estricta sujeción a las normas jurídicas. Esto es particularmente notorio en el artículo 23: las órdenes que las autoridades han dictado bajo presión o amenaza dejan de estar sujetas a desobediencia desde el instante mismo en que una sublevación prospera; es entonces el gobierno revolucionario quien empieza a aplicar el artículo a su favor³⁹.

La base de una teoría de las nulidades administrativas no reside, entonces, en la interpretación armónica de los tres artículos aludidos, ni en la acertada concordancia entre

³⁸ En realidad, de no interpretarse así el artículo 75, tendríamos que concluir que su incorporación a nuestro actual texto constitucional carece de sentido. Y, estrictamente, es así puesto que se trata de una disposición pensada e implantada para un régimen de gobierno distinto del que nos rige, para un régimen más bien parlamentario en el cual el ministro no era, como dice Huneeus, un “amanuense” del Presidente, sino un verdadero jefe de la Administración (V. ob. Cit., pág. 171). Basta recordar que, para la Constitución de 1833, no era incompatible los cargos de parlamentario y ministro de estado (art. 81), para deducir que este artículo sancionaba un verdadero vicio de incompetencia. De ahí lo drástico de la sanción.

³⁹ J. GUERRA, buscando el sentido del actual art. 23 en la Constitución de 1823, donde tenía el N° 158, y del actual art. 22, que en ella tenía el N° 157, expresa; “Estos artículos tienen por objeto garantizar a la Nación el mantenimiento de la regularidad institucional, oponiendo principios fundamentales a posibles pretensiones de fuerzas armadas o de masas populares que intenten imponerse por medio de la violencia o la intimidación contra las legítimas autoridades delegatarias de la soberanía popular” (V. ob. Cit., pág. 159).

el artículo 4º y el 87. Las nulidades deben ser declaradas por los organismos creados para ello. De aceptarse la teoría de Bernaschina, se produciría una situación desquiciadora de la jerarquía y del orden administrativo, en la cual cada persona que se considerara afectada se haría justicia por sí misma⁴⁰.

3.- *Nuestra crítica.* La teoría del profesor Bernaschina, pese a su seductora apariencia es demasiado vulnerable. Hemos preferido sistematizar los argumentos en su contra para que puedan ser aprehendidos con mayor provecho. Así, nos referiremos primeramente al argumento positivo, y después trataremos de rebatir la teoría con argumentos proporcionados por el estudio de la estructura lógica de la norma jurídica, con deducciones proporcionadas por la teoría de las nulidades procesales, con un análisis de la división que establece entre nulidad y anulabilidad y con algunos alcances acerca de su practicabilidad.

a) Respecto de las bases positivas de la teoría, cábenos decir que, a nuestro juicio, la crítica del profesor Silva Cimma es lo bastante profunda como para pretender complementarla. En efecto, es de una lógica irredargüible que la interpretación armónica de los artículos 4, 23 y 75 no autoriza para concluir que las nulidades administrativas se producen de pleno derecho. De ellos solo emanan una declaración de principios –el Estado debe obrar siempre jurídicamente– que, en un plano de estricto Derecho se hace innecesaria, puesto que de la imposición de una conducta se deduce lógicamente una censura para el caso de su contravención. Si los artículos 4, 23 y 75, interpretados en relación armónica, desaparecieran de la Constitución, nadie añoraría su ausencia. Las vías de hecho se caracterizan por su desembozada independencia [154] de lo que se considera jurídico en un momento dado, y contra ellas –en el plano revolucionario, por ejemplo– resulta infantil levantar como un “detente” una norma que les niegue su eficacia alegando una nulidad de pleno derecho.

b) En segundo lugar, tenemos la pretensión de poder rebatir la teoría del profesor Bernaschina con argumentos derivados del estudio de la estructura lógica de la norma jurídica. Para ello es menester que profundicemos en ciertas conclusiones que emana de la postura lógica-formal del autor criticado.

La teoría de Bernaschina parte de un absurdo jurídico: el que el Derecho Público solo

se puede ocupar de las situaciones jurídicas regulares. Esto se observa claramente cuando luego de decir que solo puede imputarse al Estado como acto estatal el que se ha realizado de acuerdo con las normas jurídicas y dentro de la competencia de los órganos, agrega textualmente que “si se ha excedido esta competencia el acto no puede revestir el carácter de acto jurídico administrativo⁴¹”

Corolario: solo son actos administrativos los que se han dictado en perfecta conformidad con las normas jurídicas que los determinan.

Si se pudiera aceptar una posición de esta naturaleza, es claro que no podría hablarse de anulación de actos administrativos, puesto que sería imposible anular lo inexistente. Lo que nosotros consideramos actos administrativos irregulares sería meras vías de hecho comprobables por cualquier persona, y darían motivo para solicitar la protección de los tribunales judiciales de una manera análoga a la que se produce cuando se plantea una querrela o una denuncia ante los tribunales que conocen de los asuntos criminales. Esta base, que consideramos conduce a un absurdo jurídico, debe ser la que sirve al profesor Bernaschina para eliminar de su teoría toda referencia a los tribunales administrativos.

No nos parece ni siquiera discutible que el Derecho Público, y el Derecho en general, se ocupen de situaciones jurídicamente irregulares; ya al está diciendo “jurídicamente irregulares” damos un sello de juridicidad al actuar que contraviene las disposiciones de una norma jurídica.

Aún más, el Derecho es en sí la reglamentación de los actos o hechos jurídicos irregulares, puesto que toda norma jurídica se compone en un sentido lógico –materialmente puede ser un aparente juicio asertivo– de dos proposiciones: una que determina la conducta obligada para un caso determinado, y otra que determina la sanción aplicable para el caso de contravención. Esto es lo que se quiere significar cuando se dice que la norma jurídica es un complejo proposicional conjuntivo que se caracteriza por la imputación de una consecuencia a un antecedente⁴².

⁴¹ BERNASCHINA. *Boletín cit.*, pág. 558.

⁴² Kelsen llama norma secundaria aquella proposición que prescribe una conducta como obligada, y norma primaria a aquella que imputa una sanción para el caso de contravención, y que se traduce a su vez en una prescripción de conducta para el juez. V. Jorge MILLAS, *Filosofía del Derecho*, cit., t. I., págs. 157, 119 y ss.

⁴⁰ V. SILVA CIMMA, *Apuntes de clases cit.*, t. II, pág. 297.

La juridicidad estructural de una norma –y el acto administrativo es una norma jurídica– no depende de su relación validativa con otras normas; la validez o invalidez es siempre un juicio a posteriori. Es acto jurídico administrativo todo aquél que se componga, lógicamente, de una prescripción de conducta y de una imputación sancionatoria [155] para el caso de contravención. El acto administrativo de conformación más simple, por ejemplo, una orden que diga “concedase”, significa que algo debe ser concedido a alguien y que, en caso de no serlo, el órgano encargado de sancionar deberá ejercer su competencia. Luego, no solo son jurídicos los actos irregulares, sino que son la condición necesaria para que el artículo 4° de la constitución pueda tener algún significado; del mismo modo, solo la comisión de un homicidio hace posible la aplicación del artículo 391 del Código Penal.

No hay que identificar, entonces, acto jurídico con acto regular. El acto irregular y el acto jurídico no se excluyen⁴³.

Pero, además, una norma jurídica se caracteriza por ser tal solo en virtud de su inclusión en un complejo normativo más vasto. En este sentido, no se puede hablar estrictamente de norma jurídica en singular. Una norma que prescribe una conducta y que contempla la posibilidad de sancionar su contravención, depende a su vez de aquella norma que establece la competencia del juez que debe conocer del asunto en caso de litigio, y que al mismo tiempo contempla la posibilidad de sancionar a este funcionario en caso de que no cumpla con sus obligaciones. Jorge Millas, en su penetrante teoría de la norma jurídica expresa esto perentoriamente, al afirmar que el Derecho solo puede darse como orden total de la conducta humana, vale decir, como sistema normativo; no hay ninguna proposición –añade– que tenga plenitud normativa originaria, instituyendo por sí misma el deber ser que caracteriza al Derecho⁴⁴.

Con estos instrumentos de lógica jurídica, no nos será difícil comprobar que la teoría de la nulidad de pleno derecho se caracteriza precisamente por su tentativa de colmar de plenitud jurídica a ciertas normas en perjuicio del sistema. Al afirmarse, en relación con el

artículo 4° de la Constitución, que el acto de un agente público que se ha excedido de sus facultades legales no es un acto jurídico administrativo, que no se puede imputar al Estado y que es nulo radicalmente, se está erigiendo a esta disposición por sobre un pedestal moral, y, paradójicamente se le está negando su juridicidad. Efectivamente, tales consecuencias son solamente propias de aquellas normas que amalgaman en su contenido juicios valorativos, elementos volitivos y prescripciones de conducta, y que no necesitan basar su validez en ninguna disposición que las preceda. La diferencia esencial entre una norma ética y una norma jurídica radica en que la primera se presenta con una exigibilidad de conducta primaria evidente; una prescripción que diga “no se debe mentir” no necesita pesquisar la existencia de una norma que la valide, pues la mentira será sancionada ipso facto con la repulsa moral, sin necesidad de declaración de ninguna especie.

La norma jurídica carece de esta validez originaria; su presencia aislada no obliga jurídicamente a nadie. Un acto administrativo irregular, confrontado exclusivamente con el artículo 4° de la Constitución, no podría ser anulado. Se hace evidente, entonces, la necesidad de buscar una norma que valide el contenido de este artículo. Ya [156] el profesor Silva Cimma en su crítica premencionada, tocaba este punto al sostener que el artículo 4° estaba íntima conexión con el 87, y, efectivamente, el artículo 87 es la norma encargada de crear el órgano necesario para aplicar la sanción del artículo 4°.

De esta manera, tenemos al artículo 4° –que relacionado con el 23 y 75 es una mera declaración de principios– convertido en una fuente riquísima de argumentos contrarios a la teoría de Bernaschina. Su estructura lógica-formal nos indica: a) que prescribe una conducta, b) que impone una sanción para el caso de contravención y c) que remite la aplicación de la sanción al órgano competente. “Toda norma se remite por su sentido, indefectiblemente a otra: a la norma que obliga a un órgano determinado a realizar la consecuencia imputada al hecho condicionante”⁴⁵.

c) Nuestro tercer argumento nos viene dado tácitamente por el mismo profesor Bernaschina, cuando sostiene que este tipo de nulidad de pleno derecho es exclusivo de los actos administrativos. Con esto quiere decir que la ley no podrá ser nunca ilegal, y que, en

⁴³ Lo curioso es que el profesor Bernaschina, en su Manual cit., pág. 254, glosando a Kelsen, reconoce que “no es esencial al acto jurídico el que sea siempre válidos...” ¿Cómo se explica entonces que un acto viciado de incompetencia (e incompetencia es sinónimo de irregularidad en toda su teoría) deje de ser un acto jurídico administrativo?

⁴⁴ VC. Jorge MILLAS, ob. cit., t. II pág. 156 y ss.

⁴⁵ VC. Jorge MILLAS, ob. Cit., t. II pág. 157 y ss.

caso de ir contra la Constitución, ésta misma ha dispuesto la manera de impugnarla por medio del recurso de inaplicabilidad, asimismo, este tipo de nulidad es inaplicable para los actos que emanan de los órganos del Poder Judicial, pues se opone al imperio y a la independencia total de que se ha querido revestir a la judicatura por las normas positivas⁴⁶.

Pero, sin nos pusiéramos en el hipotético caso de aceptar la nulidad de pleno derecho, no podríamos aceptar esta exclusión de los actos realizados por los tribunales de justicia fuera de la órbita de sus atribuciones. Basta el más elemental análisis para comprobar que la situación de estos actos difiere por completo de la de las leyes inconstitucionales: la ley inconstitucional no es nula de pleno derecho –siguiendo la tesis del autor– porque la misma Constitución ha desautorizado a su artículo 4 por medio del artículo 86 inciso 2°; pero ¿Dónde está la disposición constitucional que autorice análogo tratamiento de exclusión para los actos de los órganos del Poder Judicial?

La teoría de las nulidades procesales es una teoría consagrada por la ley, y, si el autor criticado fuera estricto consigo mismo y con su tesis de la nulidad de pleno derecho, debería reconocer que todas las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que se refieren a las nulidades procesales son inconstitucionales. Las razones de independencia del Poder Judicial y de su situación especialísima, son perfectamente atendible, pero de la misma manera, se pueden allegar justificaciones doctrinarias para otorgan análogo tratamiento a los actos administrativos; en efecto, éstos son esencialmente ejecutorios, se presumen legítimos, emanan de órganos jerarquizados y tiene una enorme semejanza material con las sentencias. ¿Que no impide decir, entonces, que los actos administrativos, al igual que los actos procesales, valen mientras un tribunal no los anule?

d) Otro argumento en contra de la teoría se deduce de la artificiosa diferencia que efectúa entre nulidad y anulabilidad. La anulabilidad, según el autor, precisa de [157] declaración, y supone por ende una presentación ante el órgano competente; la nulidad no precisa de ninguna declaración. Hasta aquí la diferencia es clara. Pero el autor ha llegado más allá, y ha dicho que la nulidad y la anulabilidad pueden coexistir. Entonces es cuando

se plantea el problema: ¿Qué objeto puede tener un recurso de ilegalidad por un vicio de anulabilidad, si se reconoce que fuere cual fuere el resultado; el acto podrá ser dejado sin aplicación si se ha dictado fuera de las atribuciones del órgano administrativo?

Pareciera que el autor, intuyendo las dificultades de su teoría, hubiera querido matizarlas con elementos transaccionales, como el de la previa declaración. Mas, siguiendo la teoría hasta sus últimas consecuencias, no se podría hablar de anulabilidad en ningún caso, pues, como el mismo Bernaschina dice, no es posible aceptar que cuando la ley contempla el recurso de ilegalidad deba condicionarse la validez del acto a la declaración de algún organismo; eso sería ir contra lo dispuesto en los artículos 4, 23 y 75.⁴⁷

La teoría criticada, de ser consecuente con sus postulados, solo puede contemplar la nulidad.

e) También se puede criticar a esta teoría su falta de sentido práctico. Creemos que no puede pretender el nombre de teoría jurídica o de ensayo para una teoría jurídica, que la posición que no lleve incita una cierta posibilidad de aplicación práctica⁴⁸. El derecho, como ciencia social, no puede pretender primariamente la satisfacción de necesidades puramente intelectuales o estéticas; si ella se produce, debe ser a consecuencia de una seria tentativa conducente a satisfacer las necesidades colectivas.

Y eso no debe olvidarse nunca.

4. *Conclusiones.* Como conclusión podemos decir que la teoría del profesor Bernaschina está edificada sobre cimientos positivos inadecuados, que desconoce la naturaleza de la norma jurídica, que es arbitraria por no admitir igual aplicación en casos similares, que su sistematización es artificiosa y que es impracticable,

Ya hemos visto que en Hunneus se encuentra un embrión de esta teoría, al sostener que respecto de los actos administrativos no es necesario declarar expresamente su nulidad

⁴⁶ V. BERNASCHINA, *Manual cit.*, t. I pág. 260, y Boletín cit., pág. 552. V. en este mismo sentido a HUNNEUS en ob. cit., págs. 383 y 384.

⁴⁷ V. nota 308.

⁴⁸ El mismo profesor Bernaschina reconoce que su teoría carece de posibilidades de aplicación; según expresa, "el principio de la nulidad de pleno derecho tiene, no obstante, un valor meramente doctrinario, pues en el hecho la autoridad administrativa tratará de hacer valer el acto contrario a la ley por medio de la coacción, desde el momento que tiene a sus disposición la fuerza pública que es esencialmente obediente y no puede negarse a cumplir un acto aun cuando su nulidad aparezca de manifiesto".

por ninguna autoridad pública⁴⁹. Con todo, la posición de Hunneus es menos extremista, pues razona siempre con relación a una presentación ante los tribunales ordinarios de justicia; en ninguna parte de su obra aparece manifestada la posibilidad de que cualquiera persona puede desconocer la validez de un acto [158] administrativo por sí y ante sí. Esta posición de Hunneus, si bien criticable desde nuestro actual punto de vista, se explica si se considera lo novedoso que eran los estudios administrativos en aquellos años –el Derecho Administrativo se enseñaba conjuntamente con el Derecho Constitucional y la escasa doctrina extranjera existente. Por cierto que Hunneus careció de la visión necesaria para captar las posibilidades de expansión del ramo; su ceguera se manifiesta especialmente en su actitud de profunda antipatía hacia los tribunales administrativos y en su crítica al Consejo de Estado existente en que tiempo⁵⁰. No quería ver en estos organismos –al contrario de Lastarria⁵¹– a los instrumentos destinados a proteger jurisdiccionalmente a los administrados declarando la nulidad de los actos administrativos ilegales, y dadas gracias a Dios por el paulatino cercenamiento de las atribuciones del Consejo de Estado⁵².

El tiempo, al develar las nuevas tendencias del Derecho Público, motivadas por las complejidades de la vida moderna y por la expansión de la actividad administrativa, se encargó de refutar a Hunneus. La Constitución de 1925, consecuente con las nuevas ideas y con las nuevas necesidades, consagró expresamente los tribunales administrativos con plenitud de jurisdicción. Por esto, es sobremanera curiosos que, en pleno auge de los estudios administrativos y ante la evidencia de la ruptura de los viejos moldes del Derecho Público, surja una teoría que coincida con la de Hunneus en sus líneas fundamentales y la lleve más allá en su intransigencia. [159]

⁴⁹ V. supra 85.

⁵⁰ “Suprimanse cuanto antes las otras atribuciones judiciales que aún inviste el Consejo de Estado, y deróguese por completo y con mano firme, todo aquello que aún se conserva en nuestras instituciones del sistema francés que se ha bautizado con el curioso nombre de administrativo-contencioso, y no tendremos para qué preocuparnos de crear autoridades que nada tendrían que resolver”. (HUNNEUS, ob. cit., pág. 213, V. además pág. 226 y ss.).

⁵¹ La competencia de los tribunales ordinarios no puede extenderse a juzgar las contenciones que tienen su origen en los actos administrativos del Poder Ejecutivo ni en los negociados que, por su naturaleza, pertenecen a la administración de este Poder” (LASTARRIA, cit. Por HUNNEUS en ob. cit., pág. 226).

⁵² V. HUNNEUS, ob. cit., pág. 230. V. también págs. 213 y 214.

ADDENDA

Expresamos repetidamente, a través de esta tesis, que la ausencia de un contencioso anulatorio no ha significado la indefensión de los administrados en Chile. Si bien la existencia de un recurso de anulación como el francés, es una de las garantías más sólidas contra los actos ilegales de la Administración, no se puede decir que sea el único instrumento destinado a controlarla. El control jurídico sobre los actos de la Administración está compuesto de varias etapas, y un sistema que tienda a la perfección debe tratar de coordinarlas de manera que jueguen interdependientemente.

En Chile existen las tres clases principales de control jurídico sobre la Administración: el control parlamentario, el control administrativo y el control jurisdiccional.

El control parlamentario encuentra su fundamento en el artículo 39 de la Constitución, que confiere a la Cámara de Diputados la facultad de fiscalizar los actos del gobierno. No se trata de la fiscalización propia del régimen parlamentario, puesto que las observaciones y acuerdos que la Cámara efectúe en este rubro no afectan la responsabilidad política de los ministros de Estado. Por otra parte, la Ley 8707 de 19 de diciembre de 1946 amplió las posibilidades de este control al crear las discutidas consejerías parlamentarias, por medio de las cuales se otorgó asiento en los Consejos de los entes autónomos a dos representantes de la Cámara de Diputados y a dos representantes del Senado⁵³.

El control administrativo que efectúa la misma Administración sobre sus actos puede ser jerárquico, realizado por órganos dependientes o realizado por órganos autónomos. Dentro del control realizado por órganos autónomos reviste especial importancia el que efectúa la Contraloría General de la República al examinar preventivamente la legalidad y constitucionalidad de los actos administrativos.

El control jurisdiccional es el que, desgraciadamente, se encuentra trunco debido a la ausencia de tribunales administrativo. Funciona parcialmente, debido a que leyes

⁵³ No es del caso externos en el examen de las serias y fundadas críticas que se han hecho a esta ley; basta mencionar, muy de paso, que su constitucionalidad presenta dudas puesto que extiende al Senado las facultades fiscalizadoras en la Carta Fundamental depositó exclusivamente en la Cámara de Diputados, y que, al otorgar derecho a voz y a voto a los parlamentarios dentro de los Consejos, ha desvirtuado la función fiscalizadora que estos llegan a ejercer.

especiales ha ido dando competencia para conocer de asuntos contencioso-administrativos a los tribunales ordinarios⁵⁴, y a que se han constituido tribunales especializados en determinadas materias para velar por la legalidad de los actos administrativos que inciden en ellas⁵⁵. De entre las disposiciones legales que han otorgado [160] competencia a los tribunales ordinarios para conocer de asuntos contenciosos-administrativos, es digna de mención la contenida en el artículo 115 de la Ley N° 11.860, sobre organización y atribuciones de las Municipalidades. Este artículo sanciona un verdadero recurso contencioso-administrativo por exceso de poder, dentro del ámbito municipal, al facultar a los particulares para reclamar contra las resoluciones y omisiones ilegales de la Municipalidad o del alcalde. Con gran dominio de la doctrina, establece primero la obligación de agotar la vía administrativa por medio de recursos gratuitos y contempla diversos plazos conforme sea el grado de interés del recurrente, establece los efectos jurídicos del silencio de los órganos ante quienes se recurre, y termina concediendo un recurso al administrativo para ante la Corte de Apelaciones respectiva en caso de que sus reclamaciones fueren desestimadas por el alcalde o por la Municipalidad. Esta disposición plantea todos y cada uno de los problemas que se presentan dentro de la plena jurisdicción contenciosos-administrativa. Es interesante anotar como, en muchos aspectos, la legislación municipal es más sensible a los adelantos técnicos jurídicos, y puede servir de modelo para elaborar disposiciones más generales.

Por último, y aparte de la clasificación tripartita, podemos mencionar al juicio político, que es un procedimiento constitucional especial, que amalgama las características del control político y del control jurisdiccional, destinado más bien a perseguir la responsabilidad penal de las autoridades y altos funcionarios que se mencionan en las distintas letras del artículo 39 de la Constitución.

⁵⁴ Técnicamente, creemos que existe en estos casos una tácita subrogación de los tribunales administrativos; hay disposiciones, como el artículo 90 de la ley N° 11860, que así lo establecen expresamente, pero son excepcionales. Una lista bastante completa de los casos en que los tribunales ordinarios conocen de asuntos típicamente contencioso-administrativos se puede ubicar en el Manual de Derecho Administrativo de Aylwin, ya citado, pág. 299 y ss.

⁵⁵ V., gr el Tribunal de Cuentas, los tribunales aduaneros, los tribunales sobre reclamación de avalúos de los bienes raíces, los Tribunales sobre impuestos. V. SILVA CIMMA, *Apuntes de clases cit.*, i, II, pág. 412 y ss.

Estos son, a grandes rasgos, los medios hábiles en Chile para controlar la legalidad de los actos de la Administración. Como se puede comprobar, ninguno de ellos es exclusivo y excluyente; todos en relación necesaria, simultánea o sucesiva⁵⁶. La implantación de los tribunales administrativos y de un contencioso anulatorio eficaz no debe significar la merma de ninguno de ellos; será el eslabón que falta para cerrar la cadena del control.

De todos modos, no se puede olvidar que un sistema que otorgue plenas garantías a los administrados es, por el momento, un ideal. Cuando veamos implantadas las instituciones y aplicados los principios que se propugna en esta tesis, ya las metas del Derecho Administrativo se habrán ubicado en otras perspectivas, confirmando la intangibilidad de lo ideal. Solo quedará claro e inamovible, que todas estas tentativas dirigidas a controlar los actos de la Administración y a otorgar a los administrados los medios necesarios para impugnar sus actos de la Administración y a otorgar a los administrados los medios necesarios para impugnar sus actos ilegales, obedecen al íntimo convencimiento de que un ordenamiento jurídico que solo pretenda valer para algunos hombres y para algunos casos, no es Derecho sino arbitrariedad. [161]

Bibliografía citada

- A. Obras generales y especiales.
 ALTAMIRA, Pedro Guillermo (1942), *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Edit. Assandri, Córdoba.
 AYLWIN AZÓCAR, Patricio (1952), *Manual de Derecho Administrativo*. Edit. Jurídico de Chile
 _____ (1958) *Derecho Administrativo*, 3 t., apuntes de clase. Edit. universitaria, Santiago.
 BERNASCHINA, Mario (1954, 1955) *Manual de Derecho Constitucional*, 2 t., Edit. Jurídica de Chile.
 BIELSA, Rafael (1955-57) *Derecho Administrativo y ciencia de la administración*, 5 t. Edit. Roque Depalma, Buenos Aires, 5.a ed.
 _____ (1939) *Derecho Administrativo*, 3t. Edit. J. Lajouane y Cía., Buenos Aires, sf, 3.a ed.

⁵⁶ En acertada síntesis, expresa Manuel Daniel: "Podría pensarse en un proceso integral de control jurídico que comenzara con procedimientos administrativos regulados convenientemente por la ley, incluyéndose los recursos ante la propia Administración, y culminara con un sistema de lo contencioso-administrativo, estructurado sobre la base de tribunales administrativos especializados e independientes, pero, sin interferir si uno si otro control, admitir también un contralor preventivo de legalidad administrativa, a cargo de un órgano constitucionalmente autónomo, todo ello sin desmedro del control parlamentario, accionado por el impulso de la opinión pública, que ha de estar suficientemente informada de los actos de la Administración". (informe cit., pág. 49).

- _____ (1939) *El recurso jerárquico*, Impr. de la Universidad, Rosario, 2.a ed.
- _____ (1957) *El estado de necesidad en el Derecho Constitucional y Administrativo*, Buenos Aires, 2.a ed.
- _____ (1956) *Cuestiones de jurisdicción*. Edit. La Ley, Buenos Aires
- COLOMBRES, René Gastón (1941) *Teoría General del recurso por exceso de poder*. Edit. La Raza, Tucumán
- DARESTE, Rodolphe (1898) *La justice administrative en France*. Paris, 10.a ed.
- DIEZ, MANUEL María (1956) *El acto administrativo*, Tipográfica Editora Americana, Buenos Aires
- FLEINER, Fritz (1933) *Instituciones de Derecho Administrativo*. Edit., Labor, Barcelona
- FRAGA, Gabino (1958) *Derecho Administrativo*. México, 6.a ed.
- FRAGOLA Umberto (1964) *Gli Atti amministrativi*. Turín, Italia
- GARRIDO FALLA, Fernando (1954) *Las transformaciones del régimen administrativo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid.
- _____ (1956) *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Instituto de Estudios Políticos. Madrid.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1958) *Justicia administrativa*. Colección Textos Legales. Madrid.
- GUERRA, José Guillermo (1929) *La Constitución de 1925*. Edit. Balcels y Co., Santiago.
- HAURIUO, André (1933) *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*. En *Mélanges Carre de Malberg*,. Libr. Du Recueil Sirey, Paris, 5.a. ed.
- HAURIUO, Maurice (1914) *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. Paris, 8.a. ed.
- HUNNEUS, Jorge (1890) *La Constitución ante el Congreso*, 2 t. Impr. Cervantes, Santiago
- IRIBARREN, Juan Antonio (1936) *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2 tomos. Editorial Nascimento, Santiago
- JARA CRISTI, Manuel (1948) *Manual de Derecho Administrativo*. Edit. Jurídico de Chile
- JÉZE, Gaston (1928) *Los principios generales del Derecho Administrativo*. Editorial Reus, Madrid
- _____ (1948-50) *Principios generales del Derecho Administrativo*, 7 tomos. Edit. Depalma. Buenos Aires
- LINARES, Juan Francisco (1958) *Poder discrecional administrativo*. Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- MÉNDEZ, Aparicio (1952) *Lo contencioso de anulación en el Derecho uruguayo*. Bibl. De Revista de Derecho Público y Privado", Montevideo.
- MERKL, Adolfo (1935), *Teoría General del Derecho Administrativo*. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, sf. [162]
- MILLAS, Jorge (1957) *Filosofía del Derecho*, apuntes de clases en 2 tomos. Edit. Universitaria, Santiago.
- PAREDES, Ángel María (1929), *Naturaleza del Poder Público y del sometimiento del hombre a las autoridades del país*.
- POSADA, Adolfo (1923) *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I. Madrid, 2.a ed.
- PRAT, Julio (1957) *De la desviación de poder*. Montevideo,
- RADBRUCH, Gustav (1933) *Filosofía del Derecho*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.a. ed.
- SARRIA, Félix (1936) *Teoría del recurso contencioso-administrativo*. Córdoba.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique (1953) *Tratado de derecho administrativo*, t. I., Talleres Gráficos Bianchi-Altuna, Montevideo.
- _____ (1958) *Derecho Administrativo*, apuntes de clases, 1. a. parte, Montevideo
- SILVA CIMMA, Enrique (1954) *Derecho Administrativo chileno y comparado*, t. I. Edit. Jurídica de Chile.
- _____ (1955) *Derecho Administrativo*, apuntes de clases, en 2 tomos. Edit. Universitaria, Santiago
- STASSINOPOULOS, Michel (1954) *Traité des actes administratifs*, Colletios de L'Institute Français d'Athènes,
- VITTA, Gino (1948) *Diritto Amministrativo*, t. I. Torino.
- WALINE, Marcel (1950) *Traité elemntaire de Droit Administratif*. Librairie du Recueil Sirey, Paris, 5.a. ed.
- WELTER, Henri (1929) *Le control juridictionnel de la moralité administrative*. Librairie du Recueil Sirey, Paris 5.a. ed.
- ZANOBINI, Guido (1954) *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I. Edit. Arayú-Depalma Buenos Aires.
- B. Memorias de egresados
- COLOMBO, Juan (1960) *"La competencia"*. Edit. Jurídica de Chile.
- JARA MIRANDA, Eduardo (1959) *"La nulidad en el Derecho Público"*. Edit. Universitaria, Santiago.
- LOMA OSORIO, Cecilia y MORENO OJEDA, Benjamín. (1958) *"Los decretos"*. Edit. Universitaria, Santiago
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando (1960) *"Concepto de acto administrativo"*, Edit. Jurídica, Santiago.
- PEREIRA, Osvaldo (1959) *"Discrecionalidad administrativa"*. Edit. Universitaria, Santiago
- PÉREZ ZAÑARTU, José Luis (1957) *"Ensayo de una teoría de ejecución al Fisco chileno"*. Edit. Universitaria, Santiago.
- PEYRELONGUE, Gastón (1959) *"Jurisprudencia sobre actos y contratos administrativos"*. Edit. Universitaria, Santiago.
- POBLETE GAJARDO, Vicente (1958) *"Ensayo de un diccionario de la Constitución Política de la República de Chile"*. Edit. Universitaria, Santiago.
- RUBIO, Isaac (1960) *"Procedimiento de formación del acto administrativo"*. Edit. Jurídica de Chile.
- SILVA CIMMA, Enrique (1945) *"La Contraloría General de la República"*. Impr. Nascimento, Santiago.
- ZÚÑIGA IVANY, Fernando (1959) *"El poder discrecional de Estado"*. Edit. Universitaria, Santiago.
- C. Publicaciones periódicas.
- I. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Vol. I, enero 1952, diciembre 1954, N^{os} 1-3. [163]
- MILLAS, Jorge (1956) *"Las dos clases de proposiciones en la ciencia del Derecho"*. Vol. III, enero-diciembre N^o 5.
- MILLAS, Jorge, "Sobre los fundamentos reales del orden lógico-formal del Derecho".
- II. Boletín del Seminario de Derecho Público de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Año XVIII, N^{os} 45-48
- BERNASCHINA Mario *"Bases jurisprudenciales para una teoría de las nulidades administrativas"*
- III. Revista de Administración Pública. Instituto de Estudios Políticos. Madrid N^o 8.- mayo-agosto 1952.

- GARRIDO FALLA, F. "El recurso subjetivo de anulación". N° 10.- enero-abril 1953.
- ROYO-VILLANOVA, S. "La Administración y la Política".
- CLAVERO ARÉVALO, M. F. "Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho Administrativo.
- SERRANO GUIRADO, E. "El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cause estado.
- GARRIDO FALLA, F. "Una polémica sobre la enseñanza del Derecho" N° 11.- mayo-agosto 1953.
- GASCÓN HERNÁNDEZ, J. "Los fines de la Administración".
- GUAITA MARTORELL, A. "Administración institucional y recurso contencioso-administrativo". N° 13.- enero-abril 1954.
- LESSONA, Silvio Piero. "La ejecución de sentencias y decisiones en la justicia administrativa italiana".
- GARRIDO FALLA, F. "El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa".
- GASCÓN HERNÁNDEZ, J. "La unidad del Estado y el problema de la ejecución de sentencias". N° 15.- septiembre-diciembre 1954.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. "Consideraciones sobre el contencioso francés" N° 16.- enero-abril 1955.
- GARRIDO FALLA, F. "La llamada doctrina del silencio administrativo". N° 20.- mayo-agosto 1956.
- ENTRENA CUESTA, R. "La reforma de la Administración Pública en Italia". N° 22.- enero-abril 1957
- MARTÍN- RETORTILLO, S. "La desviación de poder en el Derecho Español"
- ALVAREZ GENDIN, S. "Garantías de los ciudadanos frente a la Administración. Los tribunales en la nueva Ley de lo contencioso-administrativo". N° 23.- mayo-agosto 1957.
- GALLIDO FALLA, F. "La administración como objeto de ciencias jurídicas y no jurídicas".
- MARTÍN RETORTILLO, S. "Exceso de poder como vicio del acto administrativo".
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. "La suspensión de acuerdos por la jurisdicción contencioso-administrativa" N° 25.- enero-abril 1958
- GUAITA MARTORELL, A. "Eficacia del acto administrativo".
- IV. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, Año III. octubre-diciembre 1952, Cattaneo, "Del acto administrativo en general".
- D. Otras fuentes.
- Las actuales orientaciones del Derecho. Conferencias pronunciadas por catedráticos de la Fac. de C.J. y S. Edit. Nascimento, Stgo., 1942. [164]
- Actas de la Constitución de 1925, Impr. Universitarias, Santiago, 1925.
- Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Edit. Jurídica de Chile Tomos de la Constitución y leyes políticas, y de las Leyes administrativas sobre Municipalidades.
- Documentos de trabajo de las Segundas Jornadas de Derecho Comparado Chileno-Uruguayas. Santiago, septiembre de 1959.
- Documentos de trabajo y actas del "Seminario sobre los recursos judiciales o de otra índole, contra el ejercicio ilegal o abusivo del Poder Administrativo". Buenos Aires, agosto-septiembre de 1959.
- Dictámenes de la Contraloría General de la República.

