

Memorandum

Sobre Mensaje N^{os} 424-323, de 15 de abril, de 1992, que contiene un proyecto de ley sobre lo contencioso administrativo.

1. Hay motivo para opinar que el proyecto de la referencia hace menester un mayor estudio.

El motivo se puede resumir en los números siguientes.

2. En primer lugar, el proyecto contenido en el referido Mensaje, de 15 de abril de 1992, reconoce su origen en el del Mensaje N^o 424-323, de 24 de enero de 1992. El más reciente contiene algunas modificaciones de texto que no parecen alterar la sustancia del anterior.

3. Ambos proyectos, a su turno, tienen una extraordinaria similitud tanto en su contenido como en su letra, con un proyecto, del año 1977, preparado por una Subcomisión de la Comisión de Estudios para la Reforma de la Constitucional presidida por don Enrique Ortúzar Escobar. Este último estudiado y preparado bajo la vigencia de la Constitución de 1925 y de las reformas habidas durante el gobierno militar.

Para efectos de una debida comprobación de dicha semejanza, se acompaña el texto del de la Administración anterior.

4. Lo expuesto anteriormente da base para pensar que los autores del Mensaje 424-323, se inspiraron totalmente en el proyecto del año 1977.

Como nada se dice en la exposición de motivos en este Mensaje, parece recomendable algún comentario que explique el origen -si nuestra suposición fuere acertada- y el motivo por el cual, no obstante haber sido reemplazada la Constitución de 1925, se mantiene en su sustancia y en la mayor extensión de su forma, la propuesta elaborada durante la Administración pasada.

Algo similar podría esperarse, atendido el hecho que ahora se vive un período de inserción en la institucionalidad democrática que puede dar motivo para no poner en duda la equidad y el celo de la Administración del Estado en el cumplimiento de su rol de aplicar la voluntad de la ley considerando el interés general y el bien común: duda que parecer ser motivo de inspiración de un proyecto que acentúa hasta el extremo la potestad ya existente del Poder Judicial para conocer toda clase de acciones y reclamaciones contra la Administración, no solamente en los casos en que se pretenda lesión de derechos subjetivos de los particulares, sino en que, a juicio de los demandantes pudiere haber alguna lesión a lo que estiman como "interés general", con lo que la independencia y la base misma de la

Potestad Reglamentaria, que es propia y definitiva de la Función Ejecutiva resulta gravemente menoscabada, y, en la práctica, asumida por el Poder Judicial. La simple lectura del proyecto muestra el efecto referido y da fundamento para suponer la duda que lo motiva;

Diríamos, siguiendo a un destacado autor, que proyecto implica un voto de desconfianza a la Administración y un voto de confianza al Poder Judicial;

5. En lo que concierne al contenido sustancial del proyecto, la necesidad de un mayor estudio podría fundarse en que el proyecto propuesto:

5.1. Define una función jurisdiccional administrativa dependiente por entero del Poder Judicial, tanto en lo propiamente jurisdiccional, como en lo relativo a las facultades conservadoras, económicas y disciplinarias;

Como es sabido, ésta es una de las opciones que la doctrina considera, pero es una opción que atenta seriamente contra el principio de la separación de poderes, y lo que es más grave, crea las condiciones para que la acción de la Administración sea invadida por el Poder Judicial alterando gravemente el orden constitucional y dañando la eficacia y eficiencia de la Administración; además es una opción que -por otras circunstancias que no es del caso analizar aquí- se ha aceptado más por la doctrina y por el derecho anglosajón, que no por el derecho continental europeo que parece ser la fuente más inmediata de nuestras instituciones jurídicas;

La opción que crea dentro de la Administración una específica función jurisdiccional parece ajustarse más al principio de la separación y autonomía de la función Ejecutiva, y sirve igual a la tutela del derecho de los particulares, especialmente si una adecuada ley de procedimiento contencioso administrativo regula la función de este órgano jurisdiccional dentro de la administración;

Hay todavía un tercera opción, la de crear una jurisdicción contencioso administrativa independiente -en cuanto poder del Estado- tanto del Ejecutivo como del Judicial. Ella parece contradecir la tradicional teoría de los tres poderes clásicos; teoría de alguna manera sobrepasada en estos tiempos (Ver. Gr. Tribunal constitucional);

En este punto haría falta una fundamentación que dé razón de la opción elegida y que tanto poder agrega al Poder Judicial;

6. No aparece definida la especialización de la función contencioso administrativa. Los Tribunales administrativos que se instituyen, serán, en primera instancia, simples jueces letrados, equivalentes a los de mayor cuantía, de asiento de corte; provendrán de la carrera judicial ordinaria, salvo que se admitan abogados provenientes del ejercicio no judicial, con diez años de título y "que acrediten conocimientos relevantes de derecho público." (Art. 82); Los jueces serán nombrados en la misma forma que los demás magistrados, y formarán parte del Poder Judicial. En segunda instancia y en la de casación, no habrá propiamente tribunal administrativo. No aparece una especialización previamente determinada para acceder a la función jurisdiccional contencioso administrativa, que justifique o explique la aparente creación de tribunales especiales; se trata de una nueva dotación de jueces

letrados de asiento de corte que tendrán competencia exclusiva para conocer de los llamados asuntos contencioso administrativos:

7. La falta de especialización antes referida contrasta con la amplitud casi ilimitada de las funciones que el proyecto entrega al juez del contencioso administrativo (Arts. 3º, 12º, 41º, 42º, 43º, 44º, 45º, y otros):

8. El procedimiento no parece suficientemente regulado (Art. 35). Mayor garantía de protección al patrimonio fiscal, que es público, esto es, común, parece dar el actual procedimiento en los llamados juicios de hacienda:

9. La acción para provocar el procedimiento contencioso administrativo se otorga no solamente a quien pretenda tener un derecho subjetivo lesionado, sino "un interés personal (sic) en vez del derecho subjetivo y violado, para ampliar al máximo la posibilidad de recurrir." Y "Se ha entregado a la jurisprudencia la misión de ir determinando el grado de individualización del interés personal que se requiere para cada caso." (Ultimo Mensaje, pag. 2):

Esta inusitada amplitud, sin que se haya establecido pauta o norma alguna para delimitar la acción de la jurisprudencia, sienta la base para un conflicto permanente entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, que no parece conveniente en una etapa tan delicada de tránsito hacia la democracia como la que vive el país:

La situación comentada, junto con la necesidad de que la ley brinde un mínimo de seguridad jurídica, habría hecho recomendable alguna definición de los asuntos de reclamación de jurisdicción plena y de los simple anulación:

10. A todo lo anterior, se agrega que también el proyecto considera "la posible existencia de instituciones que tengan por objeto luchar por intereses generales en determinadas áreas, como podría ser, por ejemplo, la defensa del consumidor, del medio ambiente ecológico" y permite que estas instituciones (no se dice si deberían estar dotadas -como sería lógico suponer- de personalidad jurídica) pueden ejercer acciones contencioso administrativas basadas en su sola inteligencia del interés general que deberían estar tutelado. Esto muestra el carácter exclusivamente político que asumiría la función contencioso administrativa, especialmente si se considera que el juez administrativo no solamente tendrá facultad de anular el acto que viole el derecho subjetivo del particular, o anular el acto que a juicio de los reclamantes vaya en contra del interés general que el Poder Ejecutivo es llamado a calificar y cautelar:

11. Se introduce el principio del impulso de oficio en el procedimiento contencioso administrativo; principio que no es generalmente aplicado en el derecho procesal chileno; lo que es nueva manifestación de la desconfianza y la duda que parece implícita el proyecto respecto de la rectitud en la acción y de la adecuada defensa del interés general que ha de efectuar el Ejecutivo; olvidando, acaso, que es el grado de cultura de un pueblo el que en definitiva lo pone en resguardo de la arbitrariedad y de

la presión; en efecto, y objetivamente, tribunales administrativos con tan amplias facultades podrían ser tan arbitrarios y/o injustos, o tan divorciados del interés general, como los agentes del Ejecutivo, especialmente si no son administradores, sino jueces, y ni siquiera jueces especializados;

Hay motivo para considerar si no sería mejor que -atendido el propósito de proteger intereses particulares con corresponde a toda función jurisdiccional- se mantuviera el principio del impulso procesal a cargo de la parte;

12. Como se ha visto, la generación de los tribunales administrativos seguirá entregada al mismo sistema judicial actualmente existente, lo que también contribuye a disminuir la autonomía del Ejecutivo;

13. La competencia de estos tribunales se atribuye no solamente para anular el acto administrativo que se considere atentatorio a un derecho subjetivo o un interés general que el tribunal fijará y definirá, sino que en virtud de su competencia el juez administrativo que acoja la demanda total o parcialmente "reconocerá la situación jurídica individualizada y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno reestablecimiento de la misma " O sea administrará, sustituyéndose a la voluntad y a la acción política que constitucionalmente corresponde al Ejecutivo;

Parece también que este asunto amerita mayor estudio;

14. El proyecto faculta a estos tribunales para conocer no solamente los asuntos contencioso-administrativos, que por lo contencioso pueden ser materia de la función jurisdiccional, sino también de los asuntos de jurisdicción voluntaria que no define. Esto también constituye un factor de invasión de la función propia del Ejecutivo. La doctrina del derecho procesal reconoce que la llamada jurisdicción voluntaria, no es jurisdiccional, precisamente porque no hay conflicto entre partes; la llamada jurisdicción voluntaria es administrativa; no se vé qué asuntos de carácter meramente administrativos y no contenciosos podrían ser sometidos a la decisión de estos tribunales, ni por qué;

15. También merecería mayor estudio el amplio otorgamiento de facultades al Poder Judicial para disponer cualesquiera medidas precautorias y medidas prejudiciales, por las consideraciones ya anotadas (arts. 43, 44, 45)

16. En materia de recursos procesales, parecería conveniente definir más precisamente la naturaleza del llamado recurso de reclamación, que se interpondría ante la Corte de Apelaciones para ante la Corte Suprema;

Faltaría alguna precisión sobre la posibilidad de recurrir de casación, especialmente considerando que si alguna justificación tiene la existencia de la Corte Suprema es como Corte de Casación;

También faltaría alguna norma que regulara la procedencia o improcedencia del recurso de queja, recurso que, sin duda, constituye uno de las más serios fuentes de vicio en el

procedimiento judicial chileno, y que permite a las Cortes, sobre todo a la Suprema, hacer una aplicación casi discrecional de la ley;

17. Las extremas facultades de ejecución que el proyecto entrega a estos tribunales, esto es, al Poder Judicial, terminaría por consumar el sometimiento definitivo del Poder Ejecutivo al Poder Judicial (arts. 55 a 59);

18. El proyecto abroga todo el sistema de contencioso de seguridad social, que tiene características que son suyas por esencia (Art. 60);

Con su redacción, y con la extraordinaria amplitud que tiene la competencia que se le asignan a los llamados tribunales administrativos, hay motivo para estimar que inclusive las Administradoras de fondos de pensiones, las Instituciones de Salud Previsional, las Cajas de Compensación de Asignación Familiar, Las Mutuales Patronales Administradoras del Seguro Social de Accidentes del Trabajo, las Comisiones de Medicina Preventiva y de Invalidez, la Comisión Central de Reclamos de Accidentes del Trabajo, los Comités Paritarios de Accidentes del Trabajo, los Administradores Delegados de Accidentes del Trabajo y enfermedades Profesionales, además de las respectivas Superintendencias, todos ellos, quedarán sujetos a la competencia y a las amplias y discrecionales atribuciones que se otorgan a estos tribunales, y perderían la razón de ser que su alta especialidad, alterando de paso, gravemente el funcionamiento del sistema de seguridad social, de suyo complejo; además, y por la extraordinaria amplitud de las facultades de estos tribunales, se podrían crear gravísimas situaciones de orden jurídico y financiero en los casos de las instituciones de carácter asistencial en que no existen derechos subjetivos, sino meros y simples derechos legales eventuales, cuyo otorgamiento depende exclusiva y fundamental de las políticas que cada año adopte un gobierno -cualquiera que éste sea- y que dependen de variables macro sociales y económicas que no pertenecen ni pueden pertenecer al ámbito jurisdiccional ni menos del Poder Judicial;

Este punto merecería un muy detenido estudio, por la complejidad que tiene el asunto y por los gravísimos efectos de orden institucional, social, y económicos y financieros que se podrían producir;

Además, hay que recordar que esta Administración ha sometido un proyecto de ley sobre procedimientos judiciales en los litigios que se incoen en materias de seguridad social en contra del Instituto de Normalización Previsional, de la dirección de Previsión de Carabineros, y de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, que no es consistente con las normas de este proyecto; esta situación requeriría también mayor estudio;

19. El Art. 64 contenido en el Mensaje de 24 de enero de 1992, mantenía la vigencia de los procedimientos establecidos en la Ley orgánica del Banco Central, en el Código Tributario, y en la Ordenanza de Aduanas;

El texto del Mensaje de 15 de abril de 1992, no contiene dicha disposición;

En uno y otro caso, no hay una explicación de la norma en la
exposición de motivos:

Sería conveniente que esos motivos fueran analizados
