



UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

**EL CONSEJO DE ESTADO COMO TRIBUNAL
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO BAJO LA
VIGENCIA DE LA CONSTITUCION DE 1833**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO
EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

Alumno:
Daniel Alejandro Cárdenas Galli

Profesor Patrocinante:
Juan Carlos Ferrada Bórquez.

Valdivia, diciembre 2004

Informe Memoria de Prueba.

Señor:
Juan Omar Cofré Lagos.
Profesor de Seminario de Investigación Jurídica.
Presente

De mi consideración:

Por la presente vengo en informar la memoria de prueba titulada "El Consejo de Estado como tribunal contencioso-administrativo bajo la vigencia de la Constitución de 1833", del señor Daniel Alejandro Cárdenas Galli.

Este trabajo está estructurado en tres capítulos. En el primero de ellos se abordan los orígenes del Consejo de Estado en el derecho francés y nacional, extendiéndose a la evolución que tuvo éste desde la Constitución de 1923 a la Carta de 1833. Si bien este capítulo no aporta antecedentes nuevos y significativos en esta materia, su tratamiento permite contextualizar históricamente el tema que abordará más adelante, poniendo hincapié en algunas notas relevantes de su evolución en el derecho chileno.

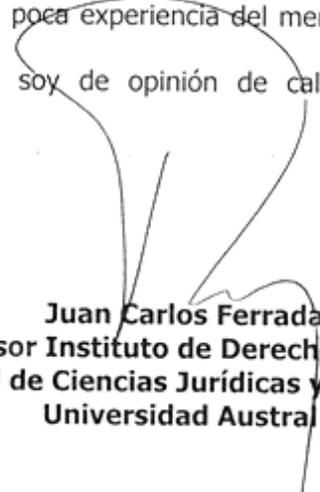
En el capítulo segundo el memorista aborda el tema de las facultades ejercidas por el Consejo de Estado en la Constitución de 1833, revisando especialmente aquellas denominadas como facultades gubernativas y judiciales. Es evidente —en atención al tema de estudio— que el trabajo se concentra en el análisis de estas últimas — facultades judiciales—, tratando de desentrañar el contenido de las mismas en el sistema constitucional de la Carta de 1833.

Finalmente en el capítulo III del trabajo, el memorista se refiere en concreto al Consejo de Estado como tribunal contencioso administrativo. Este sin duda es el capítulo más logrado de la memoria, en el que el Sr. Cárdenas Galli aporta reflexiones y puntos de vista novedosos, bien fundamentados y con el manejo de una bibliografía adecuada, lo que debe destacarse considerando el tema analizado. Especial mención debe hacerse del trabajo de recopilación documental de fuentes directas realizada por el memorista, yendo mucho más allá de los comentarios generales y referencias indirectas que usualmente se encuentran.

En suma, el trabajo del memorista es un trabajo bien estructurado, con una hipótesis y una metodología adecuada, que da cuenta de la seriedad y responsabilidad con que enfrentado la tarea. Quizás conspira contra la calidad del trabajo una redacción algo confusa en algunos pasajes del texto y algunas imprecisiones conceptuales, pero ellas deben ser atribuibles a la poca experiencia del memorista en trabajos de este tipo.

Por todas estas consideraciones, es que soy de opinión de calificar esta memoria con nota seis como cero (6,0).

Sin otro particular, saluda atentamente.


Juan Carlos Ferrada Bórquez
Profesor Instituto de Derecho Público
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Austral de Chile.

En Valdivia, a 27 de diciembre de 2004.

ÍNDICE

	Pág.
ÍNDICE.....	1
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPITULO I. ORIGENES Y EVOLUCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO.....	6
1. Sus inicios en Francia y el rol que cumplía en el sistema jurídico Francés.....	6
2. El origen del Consejo de Estado en Chile.....	8
3. El Consejo de Estado y su consagración en la Constitución de 1833.....	9
CÁPITULO II. FACULTADES EJERCIDAS POR EL CONSEJO DE ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1833.....	12
1. Facultades Gubernativas ejercidas por el Consejo de Estado.....	12
1.1 Aquellas en que el Presidente de la República estaba obligado a oír el dictamen del Consejo de Estado.....	12
1.2 Aquellas en que el Presidente de la República debía proceder con el acuerdo del Consejo de Estado.....	14
2. Facultades Judiciales ejercidas por el Consejo de Estado.....	16
2.1 Análisis General.....	16
2.2 Patronato y Protección.....	18
2.3 La facultad del Consejo de Estado para conocer del contencioso-contractual.....	19
CÁPITULO III. EL CONSEJO DE ESTADO COMO TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	20
1. El Contencioso-Contractual ejercido por el Consejo de Estado.....	20
2. Las materias de Patronato y Protección como fundamento de la existencia de un contencioso-administrativo ejercido por el Consejo de Estado.....	23
3. Otros argumentos utilizados por la doctrina para negar la existencia de un contencioso-administrativo radicado en el Consejo de Estado.....	27
4. El contencioso-administrativo por atribución.....	32

CONCLUSIONES.....34

BIBLIOGRAFÍA.....36

INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista de los estudiosos del Derecho Administrativo, existen dos grandes sistemas en la protección de los derechos de los ciudadanos cuando éstos han sido lesionados por la actividad del Estado o sus agentes. Estos dos sistemas dependen en gran medida de la distinta comprensión que tanto Inglaterra como Francia han tenido del principio de separación de funciones o poderes. Mientras el sistema francés entendió el mencionado principio de una forma absoluta y rígida dando origen al denominado régimen administrativo, el sistema inglés¹ entendió el principio de separación de funciones de un modo relativo, originándose el rule of law.

El significado de entender el principio de separación de los poderes en forma relativa, tal como lo hizo el sistema inglés, los llevo a sostener que el conocimiento de las causas administrativas por parte del juez ordinario o común, jamás podría haber quebrantado o lesionado el principio de separación, quedando así la administración sometida al juez común. Por su parte, a los franceses, al entender en forma absoluta dicho principio, los llevo inevitablemente a prohibir al juez común conocer de los asuntos administrativos, pues ello implicaba la intromisión del Poder Judicial en asuntos propios de otro poder del Estado². Es por ello que en Francia el conocimiento de los asuntos administrativos se encontraba radicado en el Consejo de Estado, órgano perteneciente a la propia administración.

Nuestro país, que es heredero de la tradición francesa en muchos aspectos jurídicos, no es ajeno a esta discusión, sobre todo si tenemos en cuenta que en Chile, durante la vigencia de la Constitución de 1823 y 1833 existió un órgano llamado Consejo de Estado, imitando al menos en lo conceptual, al órgano encargado de resolver los asuntos administrativos en Francia.

Durante la vigencia de la Carta Fundamental de 1823, no existe duda alguna que el Consejo de Estado en Chile se desempeñó sólo como un órgano consultivo, cuya principal misión era auxiliar al Presidente de la República en diversas materias señaladas en la Constitución.

El problema comienza con la entrada en vigencia de la Constitución de 1833, la cual entrega nuevas facultades al Consejo de Estado, por esta razón nuestra investigación se enfocará principalmente en abordar la existencia y atribuciones del Consejo de Estado a partir de 1833. Durante este período se criticó bastante por parte de un sector de la doctrina³, que en nuestro país tuviera cabida un órgano ajeno al régimen republicano, en donde la creación de cuerpos consultivos era visto como algo injustificable en países libres y democráticos como el nuestro. Pero la existencia del Consejo de Estado en Chile, trae consigo una discusión aún más profunda, que consiste en determinar si este órgano durante la vigencia de la Constitución de 1833 cumplía o no una función similar a la desarrollada por el Consejo de Estado francés, es decir, si en Chile

¹ Cfr. FIAMMA OLIVARES, Gustavo. "El Régimen Administrativo Tutelado". *Gaceta Jurídica*, N° 71, 1986, (pp 7-8).

² Ibidem. (p 7).

³ Cfr. HUNEEUS, J. *La Constitución ante el Congreso*. Editorial Los Tiempos, Santiago, 1879, (p 214)

el Consejo era un tribunal contencioso-administrativo que protegía los derechos de los ciudadanos.

La presente investigación abordará tanto la visión que tuvieron los autores de la época de vigencia de la Constitución de 1833, quienes en algunos casos no negaron esta cualidad del Consejo de Estado, dejando quizás abierta la puerta para fundar la existencia de un contencioso-administrativo ejercido por el Consejo, así como también la visión que respecto de este tema tienen los autores modernos, quienes en su gran mayoría opinan que en nuestro país jamás existió un contencioso-administrativo ejercido por el Consejo de Estado, bajo la vigencia de la Constitución de 1833.

Junto a lo ya mencionado, nos resulta necesario agregar que para los efectos de desarrollar esta investigación, y no desvirtuar el pensamiento que han tenido los diversos autores que analizaremos, ha sido necesario trasladar a la época de vigencia de la Constitución de 1833 algunos conceptos modernos entre otros, contencioso-contractual y contencioso-administrativo, conceptos todos aparentemente desconocidos durante esos años, o bien que siendo conocidos eran abordados de un modo diferente por parte de algunos autores. Además debemos señalar, que nuestro estudio se centrará sólo en el denominado contencioso anulatorio, pues en cuanto al contencioso reparatorio creemos que no existe duda alguna que los Tribunales Ordinarios de Justicia siempre han entendido estas materias como parte de su competencia.

Pues bien, la hipótesis principal que guía nuestra investigación, es que el Consejo de Estado si constituyó un tribunal contencioso-administrativo en la protección de los derechos de los ciudadanos, Sin embargo, para comprobar nuestra hipótesis será necesario precisar y delimitar nuestro principal objetivo y que consiste en dilucidar en virtud de que atribuciones o disposiciones legales y constitucionales podemos fundar el carácter de tribunal contencioso-administrativo del Consejo de Estado.

Para desarrollar esta investigación y verificar adecuadamente nuestra hipótesis, hemos decidido comenzar con un breve análisis de la creación, origen y función del Consejo de Estado en Francia, para luego estudiar también en forma breve, cómo dicho órgano pasó a formar parte de la historia constitucional chilena.

En un segundo término, el capítulo siguiente tiene por objeto realizar una clasificación de las principales atribuciones ejercidas por el Consejo de Estado, para luego abocarnos sólo al desarrollo y análisis de aquellas atribuciones que la doctrina ha denominado judiciales, pues son justamente dichas facultades las que aparentemente nos permitirían fundar la existencia de un contencioso-administrativo en esa sede.

En el capítulo tercero trataremos de dar una respuesta definitiva a la problemática antes descrita, realizando un análisis crítico de las diversas posturas que han adoptado los autores que tratan este tema. Junto a ello por medio del capítulo final, realizaremos un análisis detallado de cada una de las atribuciones que nos podrían servir de base para justificar la existencia de un

contencioso-administrativo ejercido por el Consejo de Estado, llegando de esta forma a una respuesta clara a la interrogante abordada por nuestra investigación.

Finalmente, formularemos las principales conclusiones obtenidas del resultado de esta investigación.

CAPÍTULO I. ORIGENES Y EVOLUCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO

1. Sus inicios en Francia y el rol que cumplía en el sistema jurídico francés.

El origen del Consejo de Estado como institución se encuentra en el derecho francés⁴. En esta época, como lo explica Weil, la figura de Bonaparte constituye un pilar fundamental en el desarrollo institucional francés, creándose dentro del propio aparato administrativo, órganos especializados, encargados del estudio de los asuntos administrativos. Uno de estos órganos instaurados dentro del propio sistema administrativo francés fue precisamente el Consejo de Estado⁵

La Constitución francesa de 1799 fue la que dio nacimiento al Consejo de Estado, la cual en su artículo 52 señalaba “*Bajo la dirección de los Cónsules, establécese un Consejo de Estado que se encargará de redactar los proyectos de ley y reglamento de la administración pública, y resolver las dificultades que se suscitaren en materia administrativa*”⁶. El artículo 53 facultaba al Primer Cónsul para designar a los miembros del Consejo de Estado, para que en su nombre patrocinasen ante la Asamblea Nacional los proyectos de ley que el gobierno creyese conveniente someter a su consideración⁷.

Estas solas disposiciones, junto con el hecho que la Constitución Francesa facultaba al Primer Cónsul para que nombrase los miembros del Senado y a los altos oficiales de justicia, como asimismo el derecho exclusivo en la iniciativa de las leyes, entregaban a Bonaparte la suma de todos los poderes públicos⁸.

Estas facultades, permitieron atribuir al Consejo de Estado, el carácter de consejero jurídico del gobierno. Sin embargo el Consejo aumentó rápidamente sus funciones, transformándose así en un organismo especializado en estas materias, al serle encomendado por el Primer Cónsul la preparación de los proyectos de resolución para los conflictos en los que fuese parte la administración⁹.

El Consejo de Estado, como institución especializada en materias administrativas, nació bajo el amparo de la Constitución del año VIII, época en la cual ya existía en Francia la prohibición de que los tribunales desafiasen a la autoridad del Estado, entendiendo que las funciones judiciales son distintas y permanecerían siempre separadas de las funciones administrativas. La implicancia de esta concepción es determinante, entendiendo con ello una

⁴ Cfr. DEL BARRIO CORTEZ, Oscar. “Notas sobre la Institución del Consejo de Estado en Chile a propósito de la dictación del DL 1319/76”. *Revista de Derecho Público*. Vol. XIX, n° 20, 1976, (p 191).

⁵ WEIL Prosper. *Derecho administrativo*. Evitas. Madrid, 1986 (p.41). “Con Bonaparte comienzan a esbozarse los rasgos fundamentales de un nuevo proceso evolutivo: se crean, dentro del propio aparato administrativo, órganos cuya misión especial es estudiar detalladamente los asuntos contenciosos”

⁶ DEL BARRIO CORTEZ. Oscar, op. cit., (p. 191-192).

⁷ *Ibidem.*, (p. 192-193).

⁸ *Ibidem.*, (p.192).

⁹ Cfr. WEIL, Prosper, op. cit., (p. 41).

separación absoluta de los poderes, que llevó al régimen administrativo francés a la prohibición de los jueces ordinarios para conocer de los asuntos administrativos, pues ello implicaba la intromisión del Poder Judicial en asuntos propios de otro poder del Estado. Con ello la administración quedaba libre de todo control jurisdiccional, y toda reclamación de un ciudadano debía dirigirse a la misma administración, con lo que ésta se convertía en juez y parte del asunto.

Luego un senado Consulto en el año 1804, aumentó las facultades del Consejo de Estado, dando en consecuencia un mayor poder al Emperador, sin embargo, aún no se reconocía al Consejo de Estado Francés el carácter de una verdadera jurisdicción.

El Consejo de Estado se mantuvo vigente hasta el año 1815, fecha que marca la caída de Napoleón. Las constituciones que siguieron a dicha fecha no abordaron de modo alguno esta institución, que sólo volvería a aparecer en la Constitución del 4 de agosto de 1848, que fue promulgada bajo el régimen republicano, produciéndose con ello una democratización del Consejo de Estado, ya que al menos sus miembros no eran elegidos por el Primer Cónsul, sino por la Asamblea Nacional y por mayoría absoluta de sufragios, en votaciones secretas, además el cargo de consejero paso a ser limitado en el tiempo permitiéndose la reelección¹⁰.

Sin embargo, la vigencia de esta Constitución fue breve debido al golpe de Estado dado por Luis Napoleón Bonaparte. Durante este período se dictó la Constitución de 1852, que mantiene al Consejo de Estado como institución en el sistema administrativo francés, y prácticamente con las mismas disposiciones del Senado Consulto del año 1804, creado por el régimen imperial.

Finalmente mediante la Ley del 24 de mayo de 1872, se hace coincidir el derecho con el hecho, es decir, se termina con la justicia retenida que hasta ese momento ejercía el Consejo, y se le concede la deseada justicia delegada, quedando así la administración sujeta al control del Consejo de Estado, el cual resolvía directamente en nombre del pueblo francés¹¹.

Con ello podemos decir, que las atribuciones más importantes que le corresponden ejercer al Consejo de Estado, son aquellas en las que procede como un tribunal de lo contencioso-administrativo, jurisdicción que tiene en ese país y en otros de Europa lata extensión, pues abraza en general, el conocimiento de todos los recursos a que dan lugar las resoluciones de los agentes administrativos.

¹⁰ Cfr. DEL BARRIO CORTEZ, Oscar, Op. cit., (p 193).

¹¹ Cfr. WEIL, Prosper, op. cit., (p 43).

2. El origen del Consejo de Estado en Chile.

El Consejo de Estado aparece en Chile, por primera vez en la Constitución promulgada el 29 de diciembre de 1823, redactada por Don Juan Egaña. Bien es cierto que en las constituciones anteriores a la del año 1823, encontramos organismos que cooperaron con el Director Supremo, pero en ninguna de ellas encontramos ni el nombre, ni organización, ni atribuciones de un Consejo de Estado como lo vemos en la Constitución de 1823.

El artículo 28 de la Carta Fundamental de 1823 señalaba: *“habrá un Consejo de Estado compuesto de dos Ministros de la Corte Suprema de Justicia, una dignidad eclesiástica, un jefe militar, un inspector de rentas fiscales y los dos directores sedentarios de economía nacional; todos sin más gratificación que las rentas de sus destinos. Los ex directores son miembros natos de ese Consejo”*. Además, otras de las disposiciones de la misma carta, tenían como función establecer las facultades del Consejo de Estado, el lugar, los días, y las secciones en que se divide esta institución para sesionar¹².

Del análisis de las disposiciones de la Constitución de 1823, relativas a la organización y atribuciones del Consejo, nos podemos percatar que dicho organismo no estaba facultado para constituirse en un tribunal contencioso-administrativo en la defensa de los derechos de los ciudadanos, siendo más bien un órgano consultivo, cuya principal misión era auxiliar al Director Supremo en determinadas funciones de Gobierno. Ello es así, ya que durante la vigencia de la Constitución de 1823, correspondía a los Tribunales Ordinarios la competencia para proteger a los ciudadanos frente a los actos del Gobierno.

Posteriormente, la Constitución de 1828 suprimió el Consejo de Estado por estimarlo innecesario, sin embargo, reaparece en la Constitución del 25 de mayo de 1833, que en cuanto a su composición, no sufrió grandes modificaciones en relación a la Constitución de 1823, pero en cuanto a sus facultades como veremos no sólo aumentaron, sino que también, hubo un cambio sustancial en relación a las atribuciones del artículo 29 de la Carta Fundamental del año 1823.

¹² Artículos 29 hasta el 34 inclusive de la Constitución de 1823.

3. El Consejo de Estado y su consagración en la Constitución de 1833.

Nuestra república luego de los diversos ensayos constitucionales, logra en el período conservador una sorprendente estabilidad política bajo el imperio de la Constitución de 1833. Luego del fracaso de la anterior Carta Fundamental para organizar la república, por las débiles atribuciones concedidas al ejecutivo, y el gran desarrollo que daba en cambio a las libertades individuales, resultaba un estorbo a cualquier intento del poder político como medio de acabar con la anarquía. Aunque la Constitución de 1828 disponía en su artículo 133, la prohibición de toda reforma a su respecto hasta el año 1836, en que debía convocarse para ese objeto a una Gran Convención, el peluconismo no dudó en anticipar dicha reforma, y que el triunfo de la revolución les permitía hacer, con lo cual nace la Constitución de 1833, bajo el sentimiento de patriotismo y estabilidad política que inspiró la creación de la nueva Carta Fundamental. Es así como ajenos a lucubraciones teóricas y librescas y sólo atentos a las verdaderas necesidades del Chile de entonces, los constituyentes de 1833 buscaron la fórmula legal capaz de traer armonía entre los poderes públicos y evitar tanto el despotismo como la licencia¹³.

Es justamente en este compendio de valores naturales, sociales y culturales donde se desarrolla la Constitución de 1833, caracterizada principalmente por un marcado gobierno presidencial, para así lograr la ansiada estabilidad social e institucional, y por la existencia de un Consejo de Estado, instituido como una garantía de la libertad frente a eventuales abusos gubernativos. De esta manera, el ejercicio de las amplísimas facultades entregadas al Primer Mandatario para garantizar el orden y la seguridad interior del Estado, no serían ejercidas sólo por su persona, sino que además existía a su lado un organismo colegiado, con funciones preeminentemente consultivas, destinado a encaminar sus actuaciones.

En cuanto a la composición y organización del Consejo de Estado, señalamos en un principio, que no difería mayormente de la señalada en la Constitución de 1823. Sin embargo durante la vigencia de la Constitución de 1833 la versión original del articulado referido a este organismo fue modificada, mediante una reforma constitucional en el año 1874.

El artículo 93, en su versión original, establecía la composición de este organismo, del cual se desprende que el Consejo de Estado estaba compuesto por nueve miembros, fuera de los Ministros del Despacho. Junto a ello, nos podemos percatar del análisis del artículo 93, que las diversas personalidades que ejercían el cargo de consejero, representaban las áreas más importantes de la sociedad chilena de 1833, entre ellos se encontraban a modo de ejemplo, representantes de la Iglesia Católica, del Poder Judicial, del Gobierno y de las Fuerzas Armadas.

Una de las características más relevantes del Consejo de Estado en lo relativo a su composición, se refería a la facultad exclusiva que tenía el Presidente de la República para

¹³ Cfr. EYZAGUIRRE, Jaime. *Historia de las Instituciones Políticas y Sociales de Chile*. Universitarias, Santiago de Chile, 1967 (p 104).

nombrar y remover a su voluntad a todos los consejeros. Algunos autores, calificaron negativamente esta facultad entregada al Presidente de la República, como una atribución empapada en las leyes del Primer Imperio, creador de esta institución y sumamente peligrosa para los fallos del Consejo¹⁴.

Otros en cambio, defendiendo esta facultad, señalan que era absolutamente necesaria debido al contexto político en que se desarrolló en sus inicios el Consejo de Estado, sosteniendo que se necesitaba una república centralizada, pero sobretodo robustecer la acción del Jefe de Estado con omnímodas facultades; ello se logró en parte cuando al lado del Jefe Supremo se creó un Consejo de Estado que él nombraba y removía a su voluntad, lo cual era necesario para garantizar el orden público y el principio de autoridad.¹⁵

Este estado de cosas se vino a cambiar con la reforma del 24 de Octubre de 1874, zanjando al menos parcialmente estas discusiones. Es así como el nuevo artículo 102 (93) de la Constitución de 1833 introdujo una serie de modificaciones a la composición y organización del Consejo de Estado. En efecto, mediante esta reforma se alteró parcialmente la mencionada atribución del Presidente de la República, quien sólo podía nombrar y remover a su voluntad a cinco de los once miembros del Consejo; los restantes 6 miembros, o sea la mayoría, eran nombrados en razón de tres por la Cámara de Diputados, y tres miembros más designados por el Senado.

De los cinco miembros cuyo nombramiento correspondía al Presidente de la República, uno debe ser, un eclesiástico constituido en dignidad, otro un general de ejército o armada, un jefe de la oficina de hacienda, un miembro de las Cortes Superiores de Justicia, en vez de dos que antes designaba, y a un individuo que haya ejercido el cargo de Ministro, Agente Diplomático, Intendente, Gobernador, en lugar de cuatro que, en razón de haber servido tales cargos, nombraba antes de la reforma.

Para algunos estudiosos del Derecho Público, la modificación más importante que introdujo la reforma de 1874 a la composición del Consejo de Estado, fue la que suprimió el derecho a voto de los Ministros del Despacho en el seno del Consejo¹⁶. Es más, a partir de 1874 los Ministros del Despacho no son considerados miembros del Consejo, y sólo tienen derecho a voz en él.

Resulta interesante agregar, que pese a las discrepancias que provocaba la existencia del Consejo de Estado en una República como la nuestra, la mayoría de la doctrina estaba conteste en señalar que la reforma de 1874 produjo cambios positivos en dicho organismo¹⁷; otros agregan

¹⁴ Cfr. PEREIRA, Fernando. *Historia y Comentario del Consejo de Estado*. Memoria de prueba Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile. Imprenta y Encuadernación "El Sur", Concepción, 1924 (pp 26-27).

¹⁵ Cfr. CAMPINO ECHEVERRÍA, Enrique. *Estudio sobre la Supresión del Consejo de Estado*. Memoria presentada a la Universidad de Chile. Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1904. (pp 13-14)

¹⁶ *Ibidem* (p16).

¹⁷ HUNEEUS, op. Cit., (p 211). "Es indudable que, si ha de haber Consejo de Estado, lo que nosotros no admitimos, vale más la nueva organización que se ha dado a ese cuerpo que lo que antes tenía".

que, al menos teóricamente, la reforma contribuyó positivamente a eliminar la posible influencia y el temor que causaba la atribución exclusiva entregada al primer mandatario, por la cual nombraba y removía a su entera voluntad a la totalidad de los miembros del Consejo de Estado, y que por lo demás constituía un peligro para los fallos del Consejo¹⁸. Sin embargo, algunos autores fueron categóricos en señalar que la organización de este cuerpo, siempre será condenada por el Derecho Público como una institución postiza e innecesaria, que ha sido trasladada sin ninguna necesidad a una república como la nuestra, cuyas funciones privativas debieran restituirse a los poderes a cuya competencia se han arrebatado¹⁹.

Finalmente, podemos concluir, tal como lo señalaba un sector de la doctrina²⁰, que pese a las críticas que se hicieron sentir respecto a la existencia de esta institución, el conjunto de modificaciones introducidas por la reforma de 1874 a la composición del Consejo de Estado, permitió revestir a esta institución de una cierta independencia, otorgándole con ello una mayor transparencia a sus fallos. Además la reforma mantuvo vigente la idea de que el Consejo debía estar integrado por personas especialistas en las diversas áreas del Derecho Administrativo, pues esta institución tenía múltiples funciones que cumplir en relación con esas diferentes ramas, de tal modo que los consejeros de Estado eran elegidos entre los mas altos funcionarios de la Administración de Justicia, de la Iglesia, del ejército, entre otros.

¹⁸ Cfr. PEREIRA, Fernando. op. cit., (p 26).

¹⁹ Cfr. CARRASCO ALBANO, Manuel. *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833*. Tomo II, (pp 137-138).

²⁰ Cfr. Del BARRIO CORTEZ, Oscar. op. cit., (p 197).

CAPITULO II. FACULTADES EJERCIDAS POR EL CONSEJO DE ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1833

Del análisis de las disposiciones constitucionales referidas al Consejo de Estado bajo la vigencia de la Carta Fundamental de 1833, nos podemos percatar que esta institución gozaba de las más diversas facultades, las cuales fueron objeto de críticas tanto de la opinión pública y de los parlamentarios, como de los estudiosos del derecho público. Para facilitar el estudio de estas atribuciones y la comprensión de las diversas objeciones y críticas que se le realizaron, hemos decidido agruparlas en dos áreas, partiendo con las llamadas Facultades Gubernativas, las cuales trataremos brevemente por su relativa importancia para el desarrollo de esta investigación, para luego analizar las denominadas Facultades Judiciales ejercidas por el Consejo, que constituye unos de los objetivos esenciales de nuestro estudio.

1. Facultades Gubernativas ejercidas por el Consejo de Estado

Cuando hablamos de facultades Gubernativas, para los efectos de la presente investigación, nos estamos refiriendo a aquellas ejercidas por el Consejo de Estado, en virtud de las cuales este organismo se transformaba en un ente co-ejecutivo y consultivo, participando directamente en el gobierno, y en especial colaborando con el Presidente de la República de diversos modos.

Son tres las principales normas que detallan las atribuciones del Consejo de Estado, ellas son los artículos 104 (95), 105 (96), y 106 (97) de la Constitución de 1833 entre otras. Del análisis de estas disposiciones podemos distinguir claramente dos grupos de facultades gubernativas, las cuales pasaremos a analizar:

1.1 Aquellas en que el Presidente de la República estaba obligado a oír el dictamen del Consejo de Estado.

Sin embargo, si bien era obligatorio para el jefe del ejecutivo tomar conocimiento de lo decidido por el Consejo, el dictamen de aquel era meramente consultivo, no vinculante para el Presidente de la República. Por lo tanto, aún cuando se encontraba obligado a someter su decisión a la consideración de este cuerpo colegiado, el Primer Mandatario bien podía mantener una postura totalmente contraria a lo que expresara el Consejo y llevar adelante la medida consultada, aún contra la opinión de los consejeros.

Lo señalado en el párrafo anterior se desprende del artículo 106 (97) de la Constitución de 1833: *“El dictamen del Consejo de Estado es puramente consultivo; salvo en los especiales casos en que la Constitución requiere que el Presidente de la República proceda con su*

acuerdo". Además la Constitución autorizaba al Presidente de la República en el artículo 105 n° 5 someter a la deliberación del Consejo los negocios que estime conveniente oír el dictamen de dicho organismo, manteniendo la decisión adoptada por los consejeros, el carácter de no vinculante para el primer mandatario.

Dentro de las Facultades Gubernativas que presentan el carácter de meramente consultivas, no vinculantes para el Presidente de la República y señaladas en la Constitución, podemos citar a modo de ejemplo, las relativa a todos los proyectos de ley que el Ejecutivo pasare al Congreso²¹, los presupuestos anuales de gastos que han de pasarse al Congreso²², y en general los señalados en el artículo 105 (96) de la Constitución. Estas materias debían pasar necesariamente al Consejo de Estado, el cual emitía un dictamen a su respecto.

Las críticas a las Facultades Gubernativas, en especial las de carácter consultivo se hicieron sentir por parte de la doctrina. Algunos autores, partía de la base que la presencia de estas facultades no justificaban de modo alguno la existencia de esta institución, pues el Presidente de la República podía hacer prevalecer su voluntad por sobre lo dictaminado por el Consejo, haciendo ilusorio el desempeño de este organismo²³. Si bien era cierto el carácter obligatorio de someter su medida a consulta, la voluntad del Consejo en estos casos, no podía imponerse a la medida ya adoptada por el Primer Mandatario. Otros eran más categórico, pues señalaban que la existencia de estas facultades permitía calificar al Consejo de Estado como una institución inútil y perjudicial, pues los Ministros del Despacho podrían cumplir fácilmente la labor de aconsejar al Presidente de la República sobre las mismas materias que sometía a conocimiento del Consejo²⁴.

Otra crítica realizada a las atribuciones del Consejo de Estado, señalaba que la existencia de estas facultades consultivas, fueron concedidas a esta institución para revestirlo de autoridad y prestigio; pero que tanto en la teoría como en la práctica resultaron inoficiosas, agregaban que los Ministros del Despacho podían reemplazar con grandes ventajas a los consejeros, pues dichos Ministros están mejor preparados para enfrentar las dificultades que podían presentar las consultas sometidas a consideración del Consejo²⁵, de este modo podemos percatarnos, como la doctrina es uniforme en sostener que la presencia de esta institución no se encontraba justificada, al menos en sus facultades consultivas.

²¹ Artículo 105 (96) N° 1 de la Constitución de 1833.

²² Artículo 105 (96) N° 4 de la Constitución de 1833.

²³ Cfr. HUNEEUS, J. op. cit., (p 215).

²⁴ Cfr. LETELIER, Valentín. "La Gran Convención de 1831-1833". (Recopilación De las actas, sesiones, discursos, proyectos y artículos de diarios relativos a la Constitución de 1833). Imprenta Cervantes, Santiago, 1901.

²⁵ Cfr. OYARZÚN, Manuel. *El Consejo de Estado, su marcha a través de la historia.* Presentada para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile. Imprenta y Encuadernación Universitaria, Santiago, 1904. (pp 14-15).

1.2 Aquellas en que el Presidente de la República debía proceder con el acuerdo de Consejo de Estado.

Aquí nos encontramos con el segundo grupo de atribuciones Gubernativas, las cuales se diferencian de las facultades meramente consultivas, en que el Presidente de la República requiere proceder con el acuerdo del Consejo, de manera tal, que el jefe del ejecutivo no es absolutamente soberano para llevar a efecto su voluntad. Por ello, el Presidente de la República y el Consejo debían uniformar criterios para llevar a efecto las medidas.

Si la mayoría del Consejo adoptaba una decisión, siempre que se refiriera a un negocio de aquellos que la Constitución exige que se proceda con su acuerdo, el Presidente de la República se encontraba obligado a adoptar esa resolución sin apartarse de ella, pues en caso contrario estaría infringiendo la parte final del artículo 106 (97) de la Constitución de 1833²⁶.

Dentro de las ya denominadas facultades Gubernativas existentes bajo la vigencia de la Constitución de 1833, relativas a materias que por mandato constitucional requerían el acuerdo del Consejo de Estado para su aplicación, podemos citar a modo de ejemplo las relativas a los indultos particulares a personas que no sean Ministros, Consejeros de Estado, miembros de la Comisión Conservadora, Generales en Jefe e Intendentes de Provincia acusados por la Cámara de Diputados y juzgados por el Senado²⁷, o bien la facultad de convocar al Congreso a sesiones extraordinarias²⁸.

Este segundo grupo de facultades también fue objeto de fuertes críticas por parte de los estudiosos del Derecho Público. La mayoría de la doctrina condenaba la presencia de esta institución, calificándola de inoperante en una república como la nuestra, señalando que el Consejo de Estado sólo se justificaba en una monarquía donde el soberano reúne en su persona la suma de todos los poderes públicos²⁹.

Sobre lo anterior, algunos autores opinaban que el proyecto de reforma de los comisionados de la Convención era una obra que entregaría a los chilenos una gran Constitución, pero que sin embargo, adolecía de un grave error que estaba dado por la existencia en nuestro país del Consejo de Estado, pero en especial por sus facultades las cuales sólo servían para embarazar la acción del Presidente de la República, que debe ser libre y sin más traba que su propia responsabilidad y la de sus Ministros³⁰. Con estas críticas se resaltaba el carácter negativo de la existencia del Consejo de Estado, y cómo la presencia de estas facultades afectaba la responsabilidad del Jefe del Ejecutivo, quien debía compartirla con los Consejeros. En este mismo sentido, otros señalaban que este tipo de atribuciones, por las cuales el Presidente de la

²⁶ Cfr. LASTARRIA, J V. *Estudios Políticos y Constitucionales*. Imprenta y Encuadernación Barcelona, 1906, (pp 400-401-402).

²⁷ Artículo 73 N° 15 de la Constitución de 1833.

²⁸ Artículo 73 N° 5 de la Constitución de 1833.

²⁹ Cfr. HUNEEUS, J. op. cit., (pp 214-215).

³⁰ Cfr. LETELIER, Valentín. op. cit., (pp 131-132).

República debía proceder con el acuerdo del Consejo, no cumplían otro objetivo que el de limitar la responsabilidad del Primer Mandatario, agregando además que al requerirse el acuerdo del Consejo se producía un retraso en la ejecución de determinadas decisiones, que por su naturaleza deben ser resueltas con rapidez, produciendo como consecuencia un entorpecimiento en el desarrollo de la economía del país³¹.

Hemos visto como las facultades de carácter consultivo no justifican de modo alguno la existencia del Consejo de Estado, pero según hemos estudiado de la opinión de la doctrina antes expuesta, las críticas más fuertes se realizaron con respecto al segundo grupo de atribuciones ejercidas por esta institución, pues éstas, además de no justificar su existencia, constituyen un peligro para la acción del ejecutivo y una traba para la economía del país.

Si bien es cierto que prácticamente la unanimidad de la doctrina condenó las facultades que ejercía el Consejo de Estado, podemos agregar que algunos autores defendían o trataban de justificar tales atribuciones. En este sentido se refería José Victorino Lastarria, quien señalaba que al requerirse el acuerdo del Consejo de Estado para determinadas materias, esta institución ejercía una verdadera autoridad, evitando con ello que el Presidente de la República calificara este organismo como “mi Consejo de Estado”³². Nos resulta razonable pensar así, pues el Primer Mandatario junto con nombrar a cinco de los once consejeros, además lo preside y al requerirse el acuerdo de esta institución por mandato constitucional para adoptar determinadas medidas se está evitando que el Jefe del Ejecutivo monopolice las atribuciones del Consejo de Estado. Por ello nos resultaba necesario distinguir ambas clases de atribuciones, en virtud de las cuales la dirección y toma de decisiones por parte del ejecutivo es unipersonal en todos aquellos casos en que el negocio sometido a conocimiento del Consejo es facultativo y no vinculante para el Presidente de la República, y colegiado cuando se exige que el Primer Mandatario obre con el acuerdo del Consejo.

³¹ Cfr. PEREIRA, Fernando. op. cit., (pp 32-33).

³² Cfr. LASTARRIA, J V. op. cit., (pp 394-395-396).

2. Facultades Judiciales ejercidas por el Consejo de Estado.

2.1 Análisis General.

En el presente capítulo, hemos desarrollado brevemente las facultades del Consejo de Estado, ya como cuerpo consultivo, ya como cuerpo deliberante, y algunas de las críticas más relevantes realizadas a dichas atribuciones. Ahora nos resta analizar las denominadas facultades judiciales, las cuales constituyen la base del desarrollo de la presente investigación, para luego centrar nuestro estudio en el siguiente capítulo, llevando de esta manera la discusión al plano del contencioso administrativo. En otras palabras, determinar si este Consejo de Estado al ejercer las denominadas facultades judiciales, se transformaba en un tribunal contencioso administrativo en la protección de los derechos de los ciudadanos, cada vez que estos resultaban lesionados por el actuar arbitrario o ilegal del Gobierno o sus agentes.

La Constitución de 1833 otorgaba también al Consejo de Estado una serie de atribuciones en las cuales debía intervenir como Tribunal, ello ocurría en todas las materias de patronato y protección que se redujeran a contenciosas, artículo 104 n° 4 (art. 95 n° 4); en las contiendas de competencia entre las autoridades administrativas y en las que ocurriere entre éstas y los Tribunales de Justicia, artículo 104 n° 5 (art. 95 n° 5); en algunas acusaciones de corte criminal que se promovieran contra alguna de las autoridades señaladas en el artículo 104 n° 6 (art. 95 n° 6); y resolver las disputas que se suscitaren sobre contratos o negociaciones celebrados por el Gobierno Supremo y sus agentes artículo 104 n° 7.

Antes de entrar en detalle, debemos señalar que este tipo de facultades fue la que recibió las más duras críticas por parte de los tratadistas, pues se sostenía que en virtud de estas atribuciones se afectaba la independencia de los Tribunales de Justicia, y que la entrega al Poder Ejecutivo, representado en este caso por el Consejo de Estado, de funciones naturales y propias del Poder Judicial, fue producto de un mero capricho de los constituyentes de 1833 quienes pretendían adoptar el sistema administrativo francés³³. Otros autores son categóricos en señalar que los constituyentes de 1833 se olvidaron por completo del principio de separación de los poderes públicos al entregar al Consejo de Estado la facultad de juzgar y fallar, dando a entender que el Poder Ejecutivo tiene en sus manos atribuciones que fueron despojadas sin razón alguna de los otros poderes del Estado, en especial del Poder Judicial³⁴. Don Jorge Huneeus se hace parte de esta crítica reconociendo el peligro y las consecuencias de la existencia del Consejo de Estado como Tribunal, llegando a la conclusión que este organismo no tiene razón de ser entre nosotros³⁵.

³³ Cfr. CAMPINO ECHEVERRIA. op. cit., (p 47).

³⁴ Cfr. PEREIRA, Fernando. op. cit., (pp 71-72).

³⁵ Cfr. HUNEEUS, J. op. cit., (pp 230-231).

Podemos percatarnos que las críticas se hicieron sentir por los tratadistas de la época y la doctrina moderna. Sin embargo del análisis y estudio detallado del conjunto de objeciones realizadas a la existencia del Consejo de Estado como Tribunal, podemos extraer dos conclusiones de gran importancia para el desarrollo de nuestra investigación. En primer lugar, y ajenos a calificar de acertada o no la decisión adoptada por los constituyentes, no nos cabe ninguna duda, que la presencia en nuestra república del Consejo de Estado investido de facultades judiciales, se debe en gran parte a que el constituyente de 1833 pretendió seguir el espíritu de la Constitución francesa, que como sabemos se caracterizó por prohibir al Poder Judicial interferir en las actividades de los cuerpos administrativos, radicando el contencioso-administrativo en un organismo denominado Consejo de Estado, perteneciente a la propia administración.

Lo antes señalado nos lleva a señalar, que aparentemente el principio de separación de los poderes, al menos durante los primeros años de vigencia de la Constitución de 1833, pretendió seguir al modelo francés, alejándose con ello del sistema de jurisdicción única vigente en Inglaterra, pues la presencia de las facultades judiciales ejercidas por el Consejo de Estado no sólo significaron romper con la independencia del Poder Judicial, el cual se vio despojado de alguna de sus atribuciones, sino que junto a ello se creó una nueva jurisdicción, de orden especial, relativa a contiendas entre la autoridad y los particulares, cuyo conocimiento correspondía al ya mencionado Consejo de Estado. Del mismo modo lo han explicado algunos autores³⁶, para quienes el Poder Judicial no es distinto del Poder Ejecutivo, pero en este caso, cuando hablamos del Consejo de Estado y los Tribunales Ordinarios de Justicia, coexisten dos jurisdicciones con algunas diferencias, una ejercida por la autoridad judicial, y la otra ejercida por la administración, agregando sobre este último punto que a la administración le corresponden los asuntos contenciosos administrativos, oyendo y decidiendo conforme a la equidad. Esto responde claramente a la no intromisión del juez ordinario en la administración.

De las cuatro facultades judiciales ejercidas por el Consejo de Estado antes mencionadas, analizaremos sólo dos de ellas, las que como veremos son las más determinantes a la hora de decidir si esta institución operó como un tribunal contencioso-administrativo en la protección de los derechos de los ciudadanos.

³⁶ Cfr. PRADO, Santiago. *Principios Elementales del Derecho Administrativo*. Imprenta Nacional, Santiago. 1859. (p 310).

2.2 Patronato y Protección

La primera de ellas se refiere al conocimiento de las materias de patronato y protección que se redujesen a contenciosas, oyendo el dictamen del Tribunal Superior de Justicia que señale la ley³⁷. A estos efectos, debe entenderse por **Patronato**, “*el derecho que asiste al jefe de Estado de presentar sujetos dignos e idóneos, para los Obispos, prelacías seculares y regulares, dignidades y prebendas en las catedrales, colegiadas y otros beneficios eclesiásticos*”³⁸, y **Protección** “*son las quejas que se interponen contra los actos de los poderes públicos en que, abusando de su autoridad, lastiman alguno de los derechos o alguna de las garantías aseguradas por la Constitución a todos los habitantes de la República*”³⁹.

En este contexto, al Consejo de Estado le corresponde conocer de las materias de patronato y protección sólo cuando éstas se redujesen a contenciosas, es decir, cuando la queja interpuesta por el agraviado da lugar a oposición, pero para fallarla debe oír previamente el dictamen del Tribunal Superior que determine la ley. En un principio la ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales del 15 de Octubre de 1875 designaba en su artículo 111 a la Corte Suprema como el tribunal superior que debía emitir su dictamen respecto de las quejas interpuestas en este sentido, con lo cual los consejeros tomaban un conocimiento cabal del punto en cuestión, quedando con esto autorizados para fallar. Luego, por ley de 13 de Diciembre de 1906, se dispuso que el Fiscal de la Corte Suprema sea el Fiscal del Consejo de Estado, y por tanto esta institución debía fallar ahora oyendo el dictamen del Fiscal del Consejo y no el de la Corte Suprema.

Una vez recibido el informe, el Consejo debía resolver aplicando el procedimiento normal y ordinario, es decir, substanciar el asunto según el procedimiento no contencioso señalado en el Reglamento⁴⁰. Pero si el negocio contencioso que al Consejo le corresponde conocer requiere ser ventilado en juicio formal, tan pronto como se presenta la demanda, el Consejo debía comisionar a alguno de sus letrados con el objeto de oír a las partes, recibir las pruebas, y de dar al juicio la tramitación que ordene la ley. Una vez oídos los alegatos por parte del Consejo, se procede a la discusión y posterior sentencia por parte de los consejeros presentes, la cual debe ser firmada por cada uno de los integrantes que participaron en el fallo respectivo.

En definitiva, y para resumir el significado de la atribución recién descrita, podemos señalar que el conocimiento y fallo de las quejas de protección y patronato, cuando se reducen a contenciosos, equivalen al conocimiento de los conflictos que se pudieren presentar entre los agentes del gobierno y los particulares, o bien entre el Estado y la iglesia respectivamente.

³⁷ Artículo 104 n° 4 de la Constitución de 1833. (artículo. 95 n° 4).

³⁸ PEREIRA, Fernando. op. cit., (p 72).

³⁹ LIRA, José Bernardo. “*Prontuario de los Juicios*”. Santiago. 1868. (p 411).

⁴⁰ Reglamento del Consejo de Estado. 17 de Mayo de 1844 Título VI artículos. 47 al 51

2.3 La facultad del Consejo de Estado para conocer del contencioso-contractual.

La segunda atribución judicial, es aquella ejercida por el Consejo de Estado en virtud de la cual se abocaba al conocimiento de las disputas que se presentaren sobre contratos o negociaciones celebradas por el Gobierno y sus agentes⁴¹. En esta atribución, precisamente nuestra doctrina afirmó la existencia de un contencioso-administrativo la que era entendida, sin embargo, como una facultad restrictiva permitiendo calificar el contencioso-administrativo en Chile sólo como un contencioso contractual radicado en el Consejo de Estado. No obstante, este contencioso-administrativo contractual terminó con la reforma del 24 de octubre de 1874, suprimiendo esta facultad al Consejo de Estado.

Los argumentos dados por la doctrina son concluyentes en este punto, señalando que se creyó conveniente eliminar tal facultad, con el único propósito de igualar al Estado y los particulares en las relaciones jurídicas y conflictos que pudieren surgir con motivo de la celebración de un contrato entre ambas partes, pues se consideraba poco conveniente que el Consejo de Estado conociera de los negocios judiciales derivados de tales operaciones⁴². En este sentido, algunos son categóricos en afirmar que la reforma de 1874, al eliminar la facultad en comento, suprimió por completo el contencioso-administrativo ejercido por el Consejo de Estado⁴³.

⁴¹ Artículo 104 n° 7 de la Constitución de 1833.

⁴² DEL BARRIO CORTEZ, Oscar. op. cit., (pp 196-197).

⁴³ Cfr. ALCIBÍADES, Roldan. *Elementos del Derecho Constitucional*. (p 485).

CAPITULO III. EL CONSEJO DE ESTADO COMO TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Ya revisadas las atribuciones constitucionales del Consejo de Estado, es preciso dilucidar si las disposiciones legales vigentes bajo la Constitución de 1833 permitían al Consejo de Estado desempeñar la labor de un tribunal contencioso-administrativo en la protección de los derechos de los ciudadanos, cuando estos se veían afectados, o lesionados por actos abusivos de los poderes públicos, o bien señalar en definitiva, que dicho órgano colegiado carecía de una competencia contenciosa-administrativa, negando con ello la existencia de una doble jurisdicción. El abanico de posibilidades a esta interrogante es bastante amplio, pudiendo transitar dicha respuesta entre reconocer el carácter de tribunal contencioso administrativo del Consejo de Estado sólo en virtud de las disposiciones Constitucionales antes mencionadas, o bien señalar que bajo la vigencia de la Constitución de 1833 no se reconoció ni se aceptó la existencia de lo contencioso-administrativo, quedando dichas causas sin un tribunal competente. Además entre estos dos extremos existen una serie de alternativas, las cuales abordaremos en forma detallada por su gran importancia para dar una respuesta definitiva a esta interrogante.

1. El contencioso contractual ejercido por el Consejo de Estado.

Como ya hemos señalado no existe duda alguna, que el Consejo de Estado hasta el año 1874 ejercía el denominado contencioso contractual⁴⁴. Sin embargo, la atribución de conocer sobre las disputas que resultaren en la celebración de los contratos o negociaciones en las que fuera parte el gobierno o sus agentes, nace en la Carta Fundamental de 1828, pero en dicha Constitución quedaba encomendado al Poder Judicial, y específicamente a la Corte Suprema, *“conocer y juzgar de los juicios contenciosos que resulten de los contratos celebrados por el Gobierno o por los agentes de éste”*⁴⁵. Con ello se entregaba claramente al máximo tribunal de la república el conocimiento de una parte de las materias contenciosas-administrativas.

Nos resulta necesario abordar el tema del contencioso contractual al inicio del presente capítulo, pues la existencia del artículo 96 en la Constitución de 1828, tiene diversas implicancias que son relevantes a la hora de justificar la existencia de un contencioso-administrativo en nuestro sistema. En primer lugar al entregar el legislador de 1828 el conocimiento del contencioso contractual a la Corte Suprema, se inclina claramente por un sistema de jurisdicción única, a diferencia de lo que ocurre con posterioridad, en que la constitución de 1833 encarga al Consejo de Estado el conocimiento del contencioso contractual apareciendo por vez primera en

⁴⁴ Artículo 104 n° 7 de la Constitución de 1833. (texto primitivo).

⁴⁵ Artículo 96 de la Constitución de 1828.

nuestro país el sistema de doble jurisdicción⁴⁶. Además, al encomendar al más alto tribunal de la República el conocimiento de las materias contractuales en las que fuera parte el Gobierno, con ello estaba reconociendo claramente la naturaleza y carácter especial que reúnen tales juicios, y por dicha razón la Constitución de 1828 designó como tribunal competente para conocer dichas materias a la Corte Suprema. Por lo recién expuesto, puede decirse que lo contencioso-contractual empieza en Chile con la Constitución de 1828, y que si bien, la Constitución de 1833 mantuvo la especialidad de dichas materias, presentó una innovación en relación al Tribunal competente, reconociendo expresamente la existencia de una doble jurisdicción.

Ahora bien, las razones por las cuales la Constitución de 1833 radicó en el Consejo de Estado el conocimiento y fallo de las causas relativas a contratos en los que era parte el Gobierno y sus agentes, se debió aparentemente a la composición de dicho organismo, pues como bien se desprende del análisis del artículo 102 de la Constitución, sus integrantes reunían las características propias de hombres ilustrados y conocedores de estas materias, pero por sobretodo con la atribución del n° 7 del artículo 104 se buscaba cimentar las bases de un gobierno autoritario.

Los motivos por los cuales las causas contenciosas relativas a materias contractuales no fueron entregadas al Poder Judicial durante esta primera etapa, se debió aparentemente, a la profunda desconfianza que existía en dicho poder del Estado. Es más, se pensaba que tal vez, al ser estas materias de una enorme trascendencia para los intereses económicos del Estado, el conocimiento de estos contratos por parte de los Tribunales Ordinarios de Justicia podía constituir un peligro, al punto de pensar que dicho conocimiento por parte del Poder Judicial podía llevar a una posible quiebra del Estado.

Este contencioso-contractual ejercido por el Consejo de Estado se mantuvo vigente desde 1833 hasta el año 1874. Es decir, durante este período no existe duda alguna que el Consejo era el órgano competente para conocer de las causas derivadas de la celebración de contratos en los que era parte el Gobierno y sus agentes. Ello se desprende claramente, de la lectura y estudio de las actas de sesión del Consejo de Estado, donde nos encontramos con algunos ejemplos de causas relativas a estas materias en que era parte el Gobierno, las cuales fueron conocidas y falladas por el Consejo de Estado⁴⁷. Mediante la reforma constitucional del 24 de Octubre de 1874 se eliminó

⁴⁶ Cfr. IRIBARREN, Juan Antonio. *“Lecciones de Derecho Administrativo”*, Editorial Nacimiento, Santiago 1936. (pp 48-49).

⁴⁷ Sesión del 27 de Agosto de 1838 y 25 de Abril de 1839. Se dio cuenta de una solicitud presentada por Don José Matías López, por la que se pide al Consejo, en virtud del numero 7 del articulo 104 de la Constitución, le mande a pagar los diez mil pesos en que fue valorizada la barca nacional “Carmen,” que sirvió de transporte al primer Ejército Restaurador del Perú, por haber naufragado en las costas del Perú haciéndolo fondear. Se ordena que pasen los antecedentes al Fiscal de la Suprema Corte. Luego de la vista del Fiscal el Consejo decide que en la causa seguida por Don José Matías López sobre la devolución del valor de la barca “Carmen,” y constituido el Consejo en Corte de Justicia, se acordó por el voto unánime de los señores consejeros, que según lo dispuesto en el respectivo contrato, la barca Carmen sólo estaba obligada a fondear en fuertes, radas y caletas, donde hubiesen entrado buques de igual calado, y habiendo probado plenamente que en obediencia de las órdenes del General en Jefe del Ejército Restaurador, entró la barca Carmen en una caleta donde no habían llegado sino embarcaciones menores, y que se perdió por no haber el suficiente fondo en ella, de acuerdo a todo ello se ordena a la Tesorería Nacional pagar

la atribución del número 7 del artículo 104 de la Constitución de 1833, con lo cual el Consejo perdió la facultad de conocer del contencioso-contractual que hasta ese momento ejercía.

Precisamente, a partir de lo anterior, algunos autores señalan que con la reforma de 1874, se eliminó por completo el contencioso-administrativo ejercido por el Consejo de Estado, y con ello se terminó con la doble jurisdicción que existía hasta ese momento⁴⁸. Agregan que dicha premisa se confirma con la entrada en vigencia de la nueva Ley de Organización y Atribución de los Tribunales del año 1875 cuyo artículo primero disponía que “*La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenecen exclusivamente a los tribunales que establece la ley*”, disposición semejante a la contenida en el artículo 108 (99) de la Constitución Política de 1833⁴⁹. En virtud de ambas disposiciones, se fundó por algunos que con la reforma de 1874 y la entrada en vigencia de la Ley de Organización y Atribución de los Tribunales se eliminó por completo el contencioso-administrativo ejercido por el Consejo de Estado y por algunos tribunales especiales⁵⁰.

Por ahora sólo nos limitaremos a señalar que la interpretación señalada en el párrafo anterior, es al menos discutible, ya que, como revisaremos más adelante es dudoso que el Consejo de Estado luego de las reformas señaladas, no hubiera conocido de alguna materia contenciosa-administrativa.

Además, pareciera ser que al eliminarse la facultad del artículo 104 relativa al conocimiento por parte del Consejo de Estado del contencioso-contractual y ser entregada luego de 1874 su conocimiento a la jurisdicción ordinaria, dicho traspaso no significó necesariamente que a partir de esa fecha el contencioso-administrativo estuviese radicado en los tribunales ordinarios, más bien lo que se produjo con dicho cambio fue una judicialización de las materias contractuales, tal como ocurría bajo la Constitución de 1828.

la suma de diez mil pesos, correspondientes al valor de la barca “Carmen.” Actas de Sesión del Consejo de Estado de Chile. Archivo Nacional, Santiago. Volumen 4.

⁴⁸ VARAS, G. “*Derecho Administrativo*”. Editorial Nascimento, Santiago, 1940. (pp 379-380).

⁴⁹ “*La facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley. Ni el Congreso, ni el Presidente de la República pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales, o avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos*”.

⁵⁰ VARAS, G. op. cit., (p 380).

2. Las materias de patronato y protección como fundamento de la existencia de un contencioso-administrativo ejercido por el Consejo de Estado.

En cuanto, a las materias de patronato y protección a que se refiere el artículo 104 n° 4 de la Constitución Política de 1833, la cuestión es más compleja.

En primer lugar, y para los efectos de entender la problemática que nos presenta esta facultad, trataremos de abordar separadamente las materias de patronato y protección, tal como lo hicieron los autores de la época, y tratar de ver como ello incide en el contencioso-administrativo en Chile.

Así, en cuanto a los asuntos de patronato, sólo podemos señalar que aparentemente dichas materias poco podrían afectar el carácter contencioso-administrativo ejercido por el Consejo de Estado, pues como se desprende del análisis de las actas de sesión del Consejo⁵¹, dichos asuntos se refieren a nombramientos u otorgamiento de beneficios de corte religioso por parte de Ejecutivo, lo que difícilmente podía dar lugar a un contencioso-administrativo general, aunque si particular entre un eclesiástico y el Estado.

De los ejemplo extraídos de las actas de sesión, nos hemos percatado que dicha facultad contenida en el número 4 del artículo 104 de la Constitución relativa a las materias de patronato, es más bien una queja privativa de los funcionarios eclesiásticos, que el Consejo entra a deliberar cuando dicho reclamo da lugar a oposición, ya que por ser materias de patronato, las decisiones adoptadas por el Gobierno sólo afectaban al clero, por regla general. Por lo tanto, y según lo estudiado en las actas de sesión del Consejo, las materias de patronato no nos permiten fundar la existencia de un contencioso-administrativo general ejercido por el Consejo de Estado.

Ahora bien, en cuanto a las materias de Protección, el estudio y análisis de la presente investigación se torna más complejo, sobretodo si tenemos en cuenta la imprecisión que existía en esa época de lo que debía entenderse por materias de protección. Algunos autores de la época, al analizar separadamente los asuntos de patronato y protección, lo trataban como dos materias

⁵¹ Sesión de los días 6 y 22 de febrero de 1834. Consejo de Estado conoce sobre un recurso de protección entablado contra el gobierno por el Devoto de la Merced, reclamando sobre el otorgamiento de patentes de grados a algunos eclesiásticos. Dicho recurso dio lugar a oposición, porque el también religioso Fr José Contreras, se opuso a dicha concesión reclamando la ilegalidad de los grados que conferían las patentes otorgadas por el gobierno. En la sesión del 23 de marzo del mismo año, se procedió a leer la vista del fiscal de la Corte Suprema, y en virtud de ello el Consejo fallo que las patentes fueran devueltas al diocesano para que proceda en su calificación con arreglo a la ley del 4 de enero de 1819. Actas de sesión del Consejo de Estado de Chile. Archivo Nacional. Santiago Volumen 3.

Sesión de los días 4, 9, 11, 12 y 14 de agosto de 1834. El Consejo de Estado nuevamente conoce de un recurso de protección en materias de patronato, relativo al examen de las bulas concedidas al Obispo de Concepción, para lo cual se llama al Fiscal de la Suprema Corte a la sesión siguiente para que por medio de su vista informe adecuadamente al Consejo sobre dicha causa. Luego de la vista del Fiscal de la Suprema Corte el Señor Tocornal en su discurso concluyó apoyando el pase de la bulas, en seguida el señor Rengifo fundo detenidamente su desacuerdo con dicho pase, para luego finalmente el señor Vial también interviene concediendo su voto a favor de la concesión de dichas bulas. En definitiva en la sesión del 12 de Agosto de 1834 se resuelve rechazar el Recurso de Protección concediéndose en definitivas el pase de las bulas al Obispo de Concepción, por nueve votos a favor y sólo uno en contra del ya señalado señor Rengifo. Actas de Sesión del Consejo de Estado de Chile. Archivo Nacional. Santiago. Volumen 4.

distintas entre sí. Sin embargo, como veremos más adelante, ambos asuntos para los efectos de la facultad contenida en el artículo 104 n° 4 de la Constitución debemos abordarlos como una sola facultad. En efecto, al definir protección en forma amplia lo asimilaban a una especie de queja, semejante a un recurso de protección interpuesto ante el Consejo de Estado. Incluso agregaban que el mencionado recurso permitía recurrir ante el Consejo a todos los habitantes de la República que hubiesen sufrido alguna lesión en sus derechos por parte del Estado o sus agentes.

En el mismo sentido, otros autores se hicieron parte de estas definiciones⁵², entendiendo que las materias de protección correspondían a una queja o recurso interpuesto contra cualquier autoridad o funcionario del Estado, cuando estos últimos abusando de su autoridad lastimaran alguno de los derechos o alguna de las garantías aseguradas por la Constitución a todos los habitantes de la República, dando a entender que dichas materias o reclamos abarcaban toda clase de perjuicio injusto sufrido por los particulares⁵³. Esta interpretación tan amplia que utilizaron los autores de la época para definir las materias de protección, es dudosa y sus razones saltan a la vista, no sólo del análisis de la doctrina de la época, sino que también de su nula aplicación práctica por parte del Consejo de Estado.

Así entendido este supuesto recurso amplio de protección, como una especie de queja para proteger las garantías individuales, nos resulta lógico pensar que en la práctica éste hubiese sido uno de los recursos más importantes y usados de la época. Por esta misma razón nos permitimos señalar lo dudoso que nos resulta la existencia de dicho recurso en forma amplia como lo plantean los autores recién mencionados, ya que este recurso formulado en esos términos aparentemente jamás existió durante la vigencia de la Constitución de 1833, pues del análisis de las actas de sesión del Consejo de Estado, desde 1833 hasta 1925 no se presentó ningún caso, por el cual el Consejo constituido en tribunal conociera de un recurso interpuesto por un ciudadano en que reclamare la anulación de un acto del Estado que hubiera producido una lesión en sus derechos.

Ahora bien, el Consejo de Estado no siempre era el tribunal competente para conocer las materias de protección; dicha institución sólo conocía cuando el negocio se redujere a contencioso y esto último se producía en aquellos casos en que la queja interpuesta por el agraviado diera lugar a oposición. Una vez que la causa llegaba al poder de los consejeros por haberse reducido el negocio a contencioso, el Consejo de Estado debía fallar, sin embargo, su decisión debía sujetarse a un paso previo. El Consejo antes de resolver se encontraba obligado a

⁵² Cfr. HUNNEUS, J. op. cit., (221-222).

⁵³ Cfr. PEREIRA, Fernando. op. cit., (p 72). Igualmente incurre en este error, al señalar que protección abarcaría los actos injustos de los poderes públicos, agregando que ello permitiría a cualquier habitante de República recurrir ante el Consejo de Estado para así obtener la reparación del daño causado.

oír previamente el dictamen de la Corte Suprema, que era el Tribunal Superior encomendado para cumplir el mandato constitucional del artículo 104 n° 4 de la Constitución de 1833⁵⁴.

En la práctica, creemos que era dudoso que el Consejo de Estado fuera independiente para tomar su decisión, ya que como hemos señalado en las materias de patronato y protección el Consejo de Estado debía fallar previo análisis del dictamen del Tribunal superior que determine la ley⁵⁵, dicho tribunal era precisamente la Corte Suprema, al menos hasta el año 1906 ya que por ley del 16 de diciembre del mismo año se dispuso que el fiscal de la Corte Suprema sea el Fiscal de Consejo de Estado. Sin embargo, llegado el caso al Consejo de Estado y presentado por la Corte Suprema su correspondiente dictamen, creemos que difícilmente el Consejo hubiera fallado o adoptado una postura distinta a la entregada por la Corte Suprema en su dictamen, es decir, creemos que en la práctica el Consejo jamás se habría separado de la interpretación entregada por el Tribunal Superior, tomando un camino distinto a dicho dictamen. Esta observación, no vemos inconveniente en aplicarla luego de la reforma del año 1906 efectuada a la Ley Orgánica de Tribunales, ya que si bien luego de esa fecha el tribunal superior que emitía el dictamen correspondía al cargo de fiscal del Consejo de Estado, de todas maneras quién tomaba dicha investidura era precisamente el fiscal de la Corte Suprema.

Esta problemática recién descrita fue quizás la base para cimentar los argumentos relativos a las críticas de la facultad del artículo 104 n° 4 de la Constitución, ya que si en la práctica el Consejo de Estado al conocer sobre las materias de patronato y protección probablemente jamás se hubiese atrevido a fallar contra el dictamen de la Corte Suprema, lo más lógico es que la mencionada facultad debería haber estado radicada en la jurisdicción ordinaria.

Así opinaba un sector doctrinario, para quien la existencia del Consejo de Estado en nuestro país no se justificaba de modo alguno por la atribución ya analizada. Es más, señalaba que la lógica debía primar, por lo tanto quienes deberían haber conocido y fallado en las causas de patronato y protección eran los tribunales ordinarios de justicia⁵⁶.

En resumen, la facultad del artículo 104 n° 4 de la Constitución de 1833, relativa a las materias de patronato y protección, deben ser entendidas como una sola atribución, es decir el Consejo de Estado entra a deliberar y fallar respecto de una materia de patronato cuando ha sido interpuesto un recurso de protección o queja por parte del afectado, entendiendo dicho recurso de una forma restringida y circunscrito únicamente a las materias de patronato, no debiendo ser analizada dicha facultad como dos materias independientes, pues al existir un concepto demasiado amplio de lo que entendían los autores de la época por protección, podríamos caer en el gran error de fundar la existencia de un contencioso-administrativo radicado en el Consejo de

⁵⁴ Por reforma de 13 de diciembre de 1906 se dispuso que el fiscal de la Corte Suprema sea el fiscal del Consejo, siendo este último el tribunal superior llamado a emitir el dictamen previo que debían oír los consejeros antes del fallo.

⁵⁵ Artículo 104 n° 4 de la Constitución de 1833.

⁵⁶ Cfr. HUNEEUS, J. op. cit., (pp 221-222-223).

Estado precisamente por la atribución recién mencionada. Nos resulta lógico esta última interpretación, pues cada vez que el Consejo conocía de una materia de patronato, lo hacía precisamente en virtud de una queja o recurso de protección interpuesto ante el mismo organismo. Esto se ve claramente en las actas de sesión del Consejo citadas en la presente investigación⁵⁷

Por todo lo antes señalado, lo más correcto habría sido entender que la facultad descrita en el número 4 del artículo 104 de la Constitución de 1833, se refería únicamente a la protección en forma estricta, definición también entregada por Lira y Huneus como “*las quejas interpuestas contra los actos de los prelados o superiores eclesiásticos emanados de su jurisdicción voluntaria*”⁵⁸.

Finalmente podemos concluir, que aparentemente ninguna de las facultades constitucionales descritas en el artículo 104 de la Constitución de 1833, en especial las mencionadas en los números 7 y 4 relativas al contencioso contractual, como a las materias de patronato y protección, nos permitirían llegar a fundar la existencia de un contencioso-administrativo general, ejercido por el Consejo de Estado.

⁵⁷ Ver nota al pie número 51.

⁵⁸ HUNEEUS, J. op. cit., (p 221).

3. Otros argumentos utilizados por la doctrina para negar la existencia de un contencioso-administrativo radicado en el Consejo de Estado.

Como ya hemos señalado, algunos autores⁵⁹ postulaban que, con la reforma constitucional de 1874, al eliminarse la facultad relativa al conocimiento de las materias contractuales, se derogó por completo el contencioso-administrativo ejercido por el Consejo de Estado. Es más, algunos estudiosos del tema⁶⁰, agregaban que esta eliminación quedó consagrada en el año 1875, al entrar en vigencia la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, la cual disponía en su artículo primero, “*La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece esta ley*”.

Junto a lo ya señalado, agregaban que la reforma constitucional del año 1874 y sus respectivas modificaciones, mostraban claramente la intención de eliminar el contencioso-administrativo ejercido por el Consejo de Estado, lo cual estaba ya demostrado con la consagración del nuevo artículo 108 (99) de la Constitución de 1833, que rezaba: “*La facultad de conocer las causas civiles y criminales, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley. Ni el Congreso, ni el Presidente de la República pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales, o avocarse causas pendientes, o hacer revivir procesos fenecidos*”. En definitiva, según este sector de la doctrina, lo único que vino a confirmar la Ley Organización y Atribuciones de los Tribunales con su artículo primero, fue justamente la intención del legislador de eliminar el contencioso-administrativo ejercido por el Consejo de Estado⁶¹. Es más la aprobación del artículo 108 de la Constitución de 1833, junto a la entrada en vigencia de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales acarrió la desaparición de todos los tribunales especiales, incluso la Junta de Comisos, y los que creaba la Ley de Vialidad General del año 1842, desapareciendo con ello la doble jurisdicción⁶².

Para realizar correctamente un análisis de ambas disposiciones, debemos necesariamente tratar de apartar nuestros conocimientos jurídicos actuales, pues en caso contrario deberíamos entender que con la entrada en vigencia de ambas normas, correspondería a los tribunales ordinarios de justicia el conocimiento del contencioso-administrativo antes ejercido por el Consejo. Sin embargo, lo recién mencionado corresponde a una interpretación de la doctrina moderna, quiénes durante la vigencia de la Constitución de 1925, y para solucionar el gran vacío de nuestra legislación administrativa, derivado de la presencia del artículo 87, el cual reconoció en forma explícita la necesidad de asegurar a los ciudadanos el amparo de sus derechos lesionados por actos arbitrarios de las autoridades políticas o administrativas, se vio en la necesidad de entender que dentro de la voz causas civiles se encontraban comprendidos los

⁵⁹ Cfr. VARAS, G. op. cit., (pp. 380-381).

⁶⁰ Cfr. IRIBARREN, Juan Antonio. Op. cit., (pp. 49-50).

⁶¹ *Ibidem.* (pp 49-50).

⁶² *Ibidem.* (p 50).

asuntos contencioso-administrativos, quedando con ello, dichas materias radicadas en la jurisdicción ordinaria⁶³.

Aparentemente, la real implicancia que significó la entrada en vigencia del artículo primero de la Ley Orgánica de Tribunales y el artículo 108 de la Constitución de 1833, fue asegurar la completa eliminación de la doble jurisdicción, así entendidas las cosas, quedaron fuera de la ley todas las cuestiones contenciosas-administrativas, por no ser ni civiles ni criminales. En otras palabras, desde el año 1874 hasta el término de la vigencia de la Constitución de 1833, se erradicó por completo la idea de la doble jurisdicción que existía hasta ese momento en nuestro país, quedando dichas causas sin un tribunal competente, produciéndose una verdadera denegación de justicia⁶⁴. Es por ello, que podemos decir, que luego de la reforma constitucional de 1874 y la entrada en vigencia de la Ley Organización y Atribuciones de los Tribunales, aparentemente los asuntos administrativos en general, tenían cerradas las puertas para toda reclamación, los ciudadanos ante la administración se encontraban en una gran desventaja en comparación a otros Estados, en que existía una jurisdicción administrativa especializada, como ocurría en Francia.

Creemos que, aparentemente los asuntos administrativos no eran competencia de la jurisdicción ordinaria, por diversas razones. En primer lugar, durante esa época jamás se pensó que dentro de la voz causas civiles quedarían comprendidos los asuntos administrativos, por lo tanto, que las causas civiles estuvieran radicadas en la jurisdicción ordinaria, no significaba de modo alguno que las causas contenciosas-administrativas fueran competencia de los Tribunales Ordinarios de Justicia. Es más, todo ello se confirma con la propia redacción del artículo 4 de la Ley de Organización y Atribución de los Tribunales, que prohíbe expresamente al Poder Judicial, *“mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y, en general, ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes”*. Y aún más, se prohibió al Poder Judicial inmiscuirse en las resoluciones de las autoridades administrativas, bajo las sanciones que indicaba el artículo 222 del Código Penal⁶⁵.

De esta manera, luego de la entrada en vigencia de las disposiciones recién analizadas, aparentemente los asuntos administrativos no tenían cabida en la jurisdicción ordinaria. Por otro lado, aún no hemos podido encontrar argumentos claros para otorgar al Consejo de Estado el carácter de un tribunal contencioso-administrativo, haciendo la excepción de las materias contenciosas-contractuales, ya analizada.

⁶³ VARAS, G. op. cit., (p 382).

⁶⁴ Cfr. IRIBARREN, Juan Antonio. op. cit., (pp 50-51)

⁶⁵ *“El empleado público del orden judicial que se arrogare atribuciones propias de las autoridades administrativas o impidiere a éstas el ejercicio legítimo de los suyos, sufrirá las penas de suspensión del empleo en su grado medio. En la misma pena incurrirá todo empleado del orden administrativo que se arrogare atribuciones judiciales o impidiere la ejecución de una providencia dictada por tribunal competente. Las disposiciones de este artículo sólo se harán efectivas cuando entablada la competencia y resuelta por la autoridad correspondiente, los empleados administrativos o judiciales continuaren precediendo indebidamente”*.

Algunos autores⁶⁶, son más explícitos, señalando que entre nosotros, la Constitución Política de 1833, no reconoció ni aceptó la existencia de lo contencioso-administrativo. Agregan que durante la vigencia de la Constitución de 1833 se establecía un respeto prácticamente reverencial por los actos del Presidente de la República, sustrayendo del conocimiento de los tribunales todo conflicto que se suscitara entre un particular y el poder ejecutivo. Por tales razones, hemos señalado que aparentemente las causas contenciosas-administrativas no tenían un tribunal competente, produciéndose con ello una denegación de justicia, por la cual los más afectados eran los propios ciudadanos, quienes ante una lesión en sus derechos por parte del Estado o sus organismos, no encontrarían durante esa época un tribunal ante quien presentar sus pretensiones.

Sin embargo, el proyecto de Código Orgánico de 1902, establecía un sistema de jurisdicción única, ya que, pretendiendo remediar este gran vacío en nuestra legislación administrativa, dispuso que el Poder Judicial conociera en todas aquellas causas que las personas promovieran contra el Fisco, y en las cuales se alegue por parte de los particulares haber sufrido una lesión en sus derechos, por resoluciones que diere el Presidente de la República, en aquellos casos en que según la Constitución, debe proceder en conformidad a las leyes que se originen de actos en que la autoridad administrativa obre como representante del Estado⁶⁷.

Si bien era cierto, como señalan los autores antes citados, que durante la vigencia de la Constitución de 1833 no existía un contencioso-administrativo general en la protección de los derechos de los ciudadanos⁶⁸, fue necesario a partir del año 1918 dictar una serie de leyes, que daban, en ciertos casos, competencia a los Tribunales Ordinarios de Justicia en materias contenciosas-administrativas⁶⁹. Es por ello que desde 1918 podemos ver que se abrió la puerta de la justicia en ciertas materias administrativas, referida especialmente a multas impuestas a los particulares por los servicios públicos, permitiendo con ello reclamar contra los actos de la autoridad, pero sólo en aquellos casos en que una ley expresamente facultare a la jurisdicción ordinaria intervenir en los conflictos en que fuera parte la autoridad administrativa⁷⁰. En todos los casos, en que existe una ley especial relativa a esta materia, los ciudadanos perjudicados podían reclamar ante la jurisdicción ordinaria y en la forma dispuesta en la respectiva ley que autorizaba

⁶⁶ Cfr. ALESSANDRI, R., Fernando "Curso de Derecho Procesal". Apuntes tomados en clases del catedrático F. Alessandri, redactado por A. Vodanovic R. Talleres Gráficos, Santiago de Chile. 1934.

⁶⁷ Cfr. IRIBARREN, Juan Antonio. op. cit., (p 51).

⁶⁸ SOTO, K., E. "Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia". *Revista de Derecho Público*, N° 21/22, enero diciembre, 1977. "Sobre el pensamiento de A. Montt expresando en sus innumerables dictámenes o vistas en el ejercicio de su cargo como Fiscal de la Corte Suprema señalando: pero nadie habrá de recurrir al Gobierno, en protección de derechos desconocidos o denegados que son la materia de un juicio y requieren la sentencia de un tribunal. Ni el ejecutivo posee esta competencia, tan poco en armonía con la naturaleza de sus funciones, ni sería tampoco supuesta la existencia en Chile de lo que en otros países se apellida "jurisdicción contenciosa-administrativa".

⁶⁹ Cfr. ALESSANDRI, F. op. cit., (pp 14-15).

⁷⁰ Así ocurría por ejemplo en las multas que impongan los alcaldes, la Dirección General de Impuestos, la Dirección de Sanidad, la Dirección de Ferrocarriles.

dicho reclamo. Pero no existiendo ley especial que otorgara dicha autorización los particulares nuevamente veían cerradas las puertas de la justicia para sus pretensiones⁷¹.

De lo expuesto, pareciera evidente que la falta o carencia de un contencioso-administrativo general en la protección de los derechos de los ciudadanos y su sujeción a leyes especiales como excepción de atribución en la jurisdicción ordinaria, queda sólo en evidencia que dichas materias no tenían un tribunal competente. Por lo tanto durante la vigencia de la Constitución de 1833 el Consejo de Estado no ejerció un contencioso-administrativo general en la protección de las garantías individuales de los ciudadanos. La doctrina en este sentido, ha fundamentado la inexistencia de un contencioso-administrativo general, por la necesidad que existió en nuestro país, sobretodo luego de la reforma de 1874 y la entrada en vigencia de las disposiciones recién comentadas, de dictar varias leyes, que ordenaban que ciertos tribunales especiales conocieran de materias que, en virtud de las disposiciones vigentes quedaban fuera de la competencia de los tribunales ordinarios de justicia⁷².

La situación recién descrita, abarca aquel período comprendido entre 1874 y la entrada en vigencia de la Constitución de 1925. La pregunta que nos surge es ¿Qué sucedió con el contencioso-administrativo durante el período de 1833 hasta el año 1874?; sobre este punto, no nos cabe ninguna duda que el artículo 104 de la Constitución de 1833 al entregar ciertas facultades judiciales al Consejo de Estado, produjo un cercenamiento en las atribuciones del Poder Judicial, perdiendo este último, alguna de sus principales competencias protectoras de las personas en materias administrativas.

En efecto, la Constitución de 1833, fue el primer texto constitucional chileno que decidió entregar la protección de los derechos de las personas a organismos diversos de los Tribunales de Justicia⁷³. Sin embargo, a pesar de haber perdido el Poder Judicial algunas de sus competencias protectoras de las garantías individuales de los ciudadanos, en la práctica y por un hecho accidental las siguió ejerciendo, pues la Disposición Transitoria Tercera de la Constitución de 1833⁷⁴ prescribió, que mientras no se dictara la nueva Ley de Organización de Tribunales continuará en vigencia el orden establecido o existente bajo la Constitución de 1823 al menos en materia del Poder Judicial⁷⁵. Este orden era el que había sido fijado por el Reglamento de Justicia dictado en 1824 de acuerdo a la Constitución de 1823, razón por la cual continuó en vigencia esta última Carta Fundamental, en lo tocante al Poder Judicial. El reglamento de 1824 mantuvo su vigencia hasta 1876, año en que como ya sabemos, se dictó la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales.

⁷¹ Cfr. ALESSANDRI, F. op. cit., (p 15).

⁷² Cfr. IRIBARREN, Juan A. op. cit., (pp 50-51).

⁷³ Entre estos organismos se encontraban, el Congreso Nacional, la Comisión Conservadora y el Consejo de Estado.

⁷⁴ “Interin no se dicte la Ley de organización de tribunales y juzgados subsistirá el orden actual de administración de justicia”.

⁷⁵ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*. Corporación Nacional de Verdad y Reconciliación. (Presentación y estudios introductorios José Luis Cea Egaña), Santiago, 1996, (p 376).

Según lo establecido en el artículo 146 n° 1 de la Constitución Política de 1823, correspondía a la Corte Suprema de Justicia la protección de las garantías individuales⁷⁶. Por tal razón, como expresaba la Disposición Transitoria Tercera de la Constitución de 1833 mientras no se dictara la Ley de Organización y Atribución de los Tribunales, la Corte Suprema era el organismo encargado de la protección de los derechos de las personas. Por tal motivo, dicho orden se mantuvo hasta 1876, año en el cual el Poder Judicial, representado por su máximo tribunal, pierde durante esta época su competencia protectora de las garantías individuales de los ciudadanos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Organización y Atribución de los Tribunales⁷⁷.

En resumen, para un mejor entendimiento de lo que realmente sucedió con el contencioso-administrativo bajo la vigencia de la Constitución de 1833, nos resulta necesario dividir en dos etapas dicho período. Una primera etapa que comprende desde los años 1833 hasta 1876 y un segundo período que abarca desde 1876 hasta 1925.

Durante los años 1833 hasta la entrada en vigencia de la Ley de Organización y Atribución de los Tribunales, el órgano encargado de dar protección a las garantías individuales, era la Corte Suprema de Justicia, la cual conocía de tales materias por medio de los tradicionales mecanismos indianos, entre ellos, la apelación en materia de gobierno, y el recién creado recurso de amparo⁷⁸. Luego de la entrada en vigencia de la Ley de Organización y Atribución de los Tribunales en el año 1876, cuyo artículo 4 establecía la expresa prohibición del Poder Judicial de mezclarse en asuntos o atribuciones de los otros poderes del Estado, se produjo el cercenamiento definitivo de las competencias protectoras que hasta ese momento ejercía la Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, la reforma de 1874, que derogó la atribución 7 del artículo 104 de la Constitución de 1833, por la cual el Consejo de Estado conocía del contencioso contractual, nos permite señalar que, aparentemente durante ésta segunda etapa desapareció por completo el contencioso-administrativo, quedando dichas materias sin un tribunal competente, produciéndose con ello una denegación de justicia en materias administrativas, y desde luego la incertidumbre que todo ello producía en los particulares, quiénes ante actos lesivos del Estado, que les ocasionaren un perjuicio en sus derechos, no encontrarían durante ese período un tribunal ante quién presentar sus pretensiones.

⁷⁶ “A la Corte Suprema de Justicia le corresponde proteger, hacer cumplir y reclamar a los otros poderes por las garantías individuales y judiciales”.

⁷⁷ Prohíbe al Poder Judicial “mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y, en general, ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes”.

⁷⁸ Cfr. PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. Op. cit., (p 379).

4. El Contencioso Administrativo por Atribución

En virtud de lo dispuesto por la Disposición Transitoria Tercera de la Constitución de 1833 y en relación a lo expresado en el artículo 146 n° 1 de la Constitución de 1823, hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, la protección de las garantías individuales correspondía a la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, durante este mismo período existieron algunas leyes especiales que crearon tribunales con facultades para resolver conflictos de carácter contencioso-administrativo. Merecen mencionarse, entre otros, la Ley de Vialidad General de 17 de diciembre de 1842, que rigió con modificaciones hasta 1920, fecha en que se promulgó la Ley de Caminos; y la Ley de Aduanas de 1851, que creó la Junta de Comisos⁷⁹.

Esta situación, en la cual la competencia contenciosa-administrativa se repartía entre la jurisdicción ordinaria y algunos juzgados especiales, se mantuvo vigente hasta 1874, año en el cual se produjeron dos hechos importantes: por un lado, la supresión de la competencia del Consejo de Estado en materia de contratos y por otro, la dictación de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales. En efecto, realizadas las reformas constitucionales de 1874 y sumado a la entrada en vigencia de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, al parecer no sólo el Poder Judicial perdió su competencia protectora de las garantías individuales, sino que también sucedió lo mismo con el Consejo de Estado, especialmente con su facultad para conocer de los conflictos derivados de contratos en que fuera parte la administración.

Sin embargo, la Ley de Municipalidades de 12 de Septiembre de 1877 volvió a otorgar al Consejo de Estado atribuciones contenciosas-administrativa, que en este caso en particular, podríamos calificarlas de anulación o interpretación⁸⁰, pues el artículo 96 dispone: *“Cualquier ciudadano podrá reclamar ante la Municipalidad contra sus resoluciones ilegales, que no consulten los intereses locales, o que no sean de su competencia. Si la Municipalidad desestimare el reclamo contra sus resoluciones ilegales, podrá acudir al Consejo de Estado para que resuelva”*. Como bien señala la norma, cada vez que un particular reclamara ante la Municipalidad por alguna de las circunstancias descritas en la ley, y dicho organismo rechazare el reclamo, el ciudadano está facultado para acudir al Consejo de Estado quien será el órgano competente para resolver, en caso de rechazo del reclamo por parte de la Municipalidad⁸¹.

Al parecer al Consejo de Estado le correspondía una actuación similar a lo que realiza hoy en día la Corte de Apelaciones, cada vez que un reclamo municipal es rechazado. Por tal motivo

⁷⁹ Cfr. IRIBARREN, Juan A. op. cit., (pp 48-49).

⁸⁰ Cfr. VARAS, G. op. cit., (pp 380-381).

⁸¹ *“Este recurso se ha mantenido a través de las diversas leyes municipales, sin embargo en la actualidad y según lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley Orgánica N° 18.695 de Municipalidades, cada vez que sea rechazado un reclamo, el afectado podrá reclamar dentro del plazo de quince días, antes la Corte de Apelaciones respectiva”*.

la Ley de Municipalidades de 1877 volvió a conferir al Consejo de Estado facultades contencioso-administrativas.

Finalmente debemos señalar, que la existencia de este contencioso-administrativo por atribución, que determinaban que tribunales especiales debían conocer de materias que en virtud de las disposiciones vigentes quedaban fuera de la competencia de los Tribunales de Justicia, deja al parecer en evidencia, que durante gran parte de la vigencia de la Constitución de 1833, no existió el contencioso-administrativo, quedando en definitivas dichas causas en una completa indefensión. En definitiva, el legislador al entrar en vigencia la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, que terminó con la competencia protectora de las garantías individuales que se encontraba radicada en el Poder Judicial, y ante la imposibilidad de fundar un contencioso-administrativo general en el Consejo de Estado, se vio en la necesidad de dictar diversas leyes, que entregaban a determinados tribunales especiales la protección de ciertos derechos individuales.

CONCLUSIONES

1. Francia, fue el primer país que dio nacimiento al Consejo de Estado. En su primera etapa fue considerado sólo un consejero jurídico del Gobierno, sin embargo, a partir del año 1872, se termina con la justicia retenida, pasando la administración a estar sujeta al control del Consejo de Estado francés, ejerciendo de esta manera, la jurisdicción contencioso-administrativa en forma independiente del Gobierno.

2. En Chile, los orígenes del Consejo de Estado se remontan a la Constitución de 1823, sin embargo, durante éste período, dicha institución no pasó más allá de ser un simple órgano consultivo, que colaboraba al Director Supremo en los asuntos del Gobierno. El Consejo de Estado reaparece en la Constitución de 1833. En cuanto a su composición, se encontraba integrado por personas que en dicha época representaban las áreas más importantes de la sociedad, y cuyo conocimiento especializado en materias administrativas le permitían colaborar directamente al Presidente de la República en las materias en que su dictamen fuera requerido.

3. Las facultades judiciales ejercidas por el Consejo de Estado, en especial las relativas a los negocios o contratos en los que fuera parte el Gobierno o sus agentes, fueron objeto de las más diversas críticas por parte de un sector de la doctrina, pues se pensaba que al entregar el conocimiento de dichas atribuciones al Consejo de Estado se habían cercenado varias de las competencias protectoras de las garantías individuales de los ciudadanos, que hasta ese momento eran ejercidas por la Corte Suprema de Justicia según lo establecía la Disposición Tercera de la Constitución de 1833.

4. El recurso de protección, entendido en forma amplia por algunos autores de la época, como una especie de queja interpuesta contra cualquier funcionario del Estado por haber causado una lesión en los derechos de un particular, jamás existió en dichos términos. Así se desprende de las actas de sesión del Consejo, el cual nunca conoció de un recurso de protección de ésta índole. Por tal motivo podemos señalar que las materias de patronato y protección, cuyo conocimiento y fallo correspondían al Consejo, no nos permiten de modo alguno fundar la existencia de un contencioso-administrativo general radicado en el Consejo. En efecto dicha facultad debe entenderse como una queja de protección interpuesta sólo en materias de patronato.

5. El Consejo de Estado hasta el año 1874 era el órgano competente para conocer sobre las disputas que se presentaren en los contratos o negociaciones celebrados por el Gobierno o sus agentes. En ésta facultad descansaba gran parte de la doctrina que aseguraba la existencia de un contencioso-administrativo radicado en el Consejo. Sin embargo, dicha atribución debe ser

entendida en forma restrictiva, y no como un contencioso-administrativo general en la protección de los derechos de los ciudadanos.

6. Por tal motivo, el Consejo de Estado en Chile no debe ser entendido cómo el tribunal que conoció en forma exclusiva de las materias contenciosas-administrativas, ejerciendo con ello la titularidad de la protección de las garantías individuales. Sin embargo, ejerció hasta el año 1874 el denominado contencioso-contractual, y conoció de algunos asuntos contenciosos entregados a su competencia en virtud de leyes especiales.

7. Desde 1833 hasta el año 1876, la competencia protectora de las garantías individuales se encontraba radicada en la jurisdicción ordinaria, específicamente en la Corte Suprema de Justicia. En efecto, al prescribir la Disposición Transitoria Tercera de la Constitución de 1833, que mientras no se dictara la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales seguiría en vigencia la Constitución de 1823 en materia de Poder Judicial, queda demostrado que aparentemente durante dicho período correspondía a la jurisdicción ordinaria dar protección a las garantías individuales.

8. Con las reformas introducidas a la Constitución de 1833 y la entrada en vigencia en el año 1876 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, aparentemente los asuntos administrativos en general, tenían cerradas las puertas para toda reclamación, quedando las causas contenciosas-administrativas sin un tribunal competente, produciéndose con ello una verdadera denegación de justicia. Sin embargo, tanto la jurisdicción ordinaria como el Consejo de Estado siguieron conociendo de asuntos administrativos que eran puestos dentro de su competencia en virtud de leyes especiales, facultando tanto al Poder Judicial como al Consejo de Estado abocarse al conocimiento de determinadas materias o asuntos administrativos, previamente determinados por ley.

9. De lo expuesto debemos señalar, que la hipótesis de nuestra investigación debe ser rechazada parcialmente, porque si bien es cierto, no podemos calificar al Consejo de Estado como un tribunal contencioso-administrativo general en la protección de las garantías individuales, dicho órgano colegiado si ejerció una protección restringida al contencioso-contractual, y también respecto a determinadas materias entregadas a su conocimiento en virtud de leyes especiales.

BIBLIOGRAFÍA.

Textos y artículos.

1. ACTAS DE SESIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO DE CHILE. (Desde los años 1833 hasta 1925). Biblioteca Nacional, Archivo Nacional, Santiago.
2. ALESSANDRI, Fernando. “Curso de Derecho Procesal”. (Apuntes de la cátedra de Derecho Procesal, redactados por A. Vodanovic). Talleres Gráficos, Santiago, 1934.
3. AMUNATEGUI RIVERA, José Domingo. *Tratado General de Derecho Administrativo*. Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, Santiago, 1907.
4. CAMPINO ECHEVERRÍA, Enrique. *Supresión del Consejo de Estado*. Memoria presentada para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas, Universidad de Chile. Santiago, 1902.
5. CARRASCO ALBANO, Manuel. *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833*. Imprenta y Librería el Mercurio, Valparaíso, 1858.
6. DEL BARRIO CORTEZ, Oscar. “Notas sobre la institución del Consejo de Estado en Chile a propósito de la dictación del DL 1319/76”. *Revista de Derecho Público*. Nº 19/20 Enero/Diciembre, 1976.
7. FERRADA, BORDALÍ, CAZOR. “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol XIV, julio, 2003.
8. FIAMMA OLIVARES, Gustavo. “El Régimen Administrativo Tutelado”. *Gaceta Jurídica*, Nº 71, 1986.
9. HUNEEUS, J. *La Constitución ante el Congreso*. Editorial. Los Tiempos, Santiago, 1879.
10. IRIBARREN, Juan. A. “Lecciones de Derecho Administrativo”. (Apuntes de la cátedra revisados por el profesor Iribarren). Editorial Nacimiento, Santiago, 1936.

11. LASTARRIA, J.V. *Estudios Políticos y Constitucionales*. Imprenta y Encuadernación, Barcelona, 1906.
12. LETELIER, Valentín. “la Gran Convención”. (Recopilación de las actas, sesiones, discursos, proyectos y artículos de diarios relativos a la Constitución de 1833). Imprenta Cervantes, Santiago, 1901.
13. OYARZÚN, Manuel. *El Consejo de Estado su marcha a través de la historia*. Memoria de Prueba presentada para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1904.
14. PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. (Presentación y Estudios Introdutorios José Luis Cea Egaña). Santiago, 1996.
15. PEREIRA, Fernando. *Historia y Comentario del Consejo de Estado*. Memoria de Prueba Facultad de Leyes y Ciencias Políticas, Universidad de Chile, Concepción, 1924.
16. PRADO, Santiago. *Principios elementales del Derecho Administrativo*. Imprenta Nacional, Santiago, 1859.
17. SOTO KLOSS, Eduardo. “Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia. Excepción de incompetencia”. *Revista de Derecho Público*. N° 21/22 Enero/Diciembre 1977.
18. VALENCIA AVARIA, Luis. *Anales de la República*. Tomos I y II Actualizados Editorial Andrés Bello, Santiago, 1986.
19. VARAS, G. *Derecho Administrativo*. Editorial Nascimento, Santiago, 1940.
20. WEIL, Prosper. *Derecho Administrativo*. Evitas, Madrid, 1986.

Textos legales.

1. Código Penal. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1959.
2. Constitución Política del Estado de Chile. Promulgada el 29 de diciembre de 1823.
3. Constitución Política de la República de Chile. Promulgada el 8 de agosto de 1828.
4. Constitución de la República Chilena. Jurada y Promulgada el 25 de mayo de 1833.
5. Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1876.
6. Reglamento de Administración de Justicia, dictado en 1824.
7. Reglamento del Consejo de Estado, 17 de mayo de 1844. (se encuentra disponible en la Biblioteca Nacional de Chile en Sala Medina).