

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
ESCUELA DE DERECHO
CHILE

REVISTA DE DERECHO

AÑO XL — Nº 160

SEPTIEMBRE - DICIEMBRE DE 1973

Director: HUMBERTO TORRES RAMIREZ
Subdirector: LUIS HERRERA REYES
Secretario: MARCELO FERREIRA BIZAMA

Consejo Consultivo:

JORGE ACUÑA ESTAI	MARIO ROJAS RODRIGUEZ
SERGIO GALAZ ULLOA	BERNARDO GESCHE MULLE
ARTURO PARADA KREFT	HECTOR RONCAGLIOLO DOSQUE
ELIZABETH EMILFORK SOTO	

REQUISITOS DOCTRINARIOS PARA LA EXISTENCIA DE UN ESTADO DE DERECHO

TARCISIO OVIEDO SOTO

Departamento de Derecho Público

Antes de entrar de lleno en el tema que es motivo de este trabajo, creemos necesario adelantarnos a lo que pudiera ser un bosquejo del tema mismo, para hacer algunas consideraciones sobre un principio que, según la mayoría de los autores, tiene como fundamento esencial la existencia de un Estado de Derecho. Este principio es el de la Seguridad Jurídica.

La Seguridad Jurídica

Ella puede caracterizarse, según el profesor Jorge Millas, como "la situación en que se encuentra una persona que mantiene relaciones con su medio, cuando sabe que estas relaciones se encuentran previstas por un estatuto objetivo, conocido y observado" (1). Vale decir, la seguridad jurídica existe cuando el individuo sabe de la existencia de una norma, justa o no; que su actividad y la de los otros individuos se encuentra prevista en esa norma; y, que, en caso de transgresión a ella, se adoptará una actitud, también conocida, y contemplada en ella. Si lo trasladamos a conceptos de muy actual utilización, aunque muy poco jurídicos, podríamos decir que la seguridad jurídica consiste en el conocimiento de las "reglas del juego" y en el necesario respeto de esas reglas.

Luego, si un individuo viola la norma en perjuicio de otro, será castigado en la forma que esa misma norma establece.

Y, si nos trasladamos al campo del Derecho Público, obvio es concluir que, dado que el individuo tiene vinculaciones que lo ligán también al Estado y a la autoridad, se hace necesaria la sujeción del Estado al Derecho, porque no podría existir seguridad jurídica si el Estado, que es el gestor y realizador por excelencia del Derecho, no se encuentra obligado por sus disposiciones.

(1) Millas, Jorge: "Filosofía del Derecho", citado por Rodríguez E., José: "Protección Jurisdiccional de los Administrados". (El exceso de Poder). Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1961, p. 11.

En síntesis, para que exista seguridad jurídica deben darse dos condiciones: a) la certeza, en cuanto a la existencia y validez de las normas que componen el ordenamiento positivo vigente; b) la inmutabilidad de la norma, es decir, que la norma tenga un carácter de permanencia, de modo que el individuo sepa que esa norma va a regir y que no se alterará por métodos imprevistos o arbitrarios. Ello lleva hacia una estabilidad de la norma jurídica.

Pero debe quedar en claro que al hablarse de inmutabilidad no se quiere decir "anquilosamiento" de la norma; y es por ello que ponemos énfasis en las expresiones "imprevisión" y "arbitrariedad"; ya que, si bien es cierto que la norma debe tener la característica de permanencia, no lo es menos que su modificación puede efectuarse —y de hecho así ha acontecido a través de la historia— pero siempre a través de los métodos o mecanismos de modificación que la propia norma establece; y no en forma imprevista ni por la sola voluntad de autoridad sin facultades para hacerlo.

Como dice el profesor Rodríguez Elizondo, "no hay Derecho Público donde los organismos públicos no se encuentren limitados por normas jurídicas" (2). Este Derecho Público debe vincular los órganos individuales y colectivos del Estado al Derecho y, citando a Jorge Millas, agrega que "sin esta vinculación todo el ámbito jurídico restante —el del Derecho Privado— quedaría afectado de una inseguridad que sin serlo consustancial, le alcanzaría radicalmente. Su orden, en efecto, estaría expuesto en todo momento a alterarse por la intervención imprevista y no regulada (es decir despótica) del poder público".

Y aún más, y para terminar con este preámbulo, y repitiendo las expresiones del profesor Radbruch, en su obra "Filosofía del Derecho" (3) sólo en mérito de la seguridad jurídica el Estado tiene el derecho a legislar ya que "esta seguridad se frustraría si el mismo Estado pudiera liberarse de su vinculación a las leyes.

Estado de Derecho

Esta necesaria vinculación a las leyes, que aparece como requisito "sine qua non" de la seguridad jurídica, es también requisito de la existencia de un Estado de Derecho, como analizaremos más adelante; pero no podemos decir que haya existido esta vinculación en todos los tiempos y es por eso que no se puede decir que haya existido Estado de Derecho a través

(2) Rodríguez E., José: Op. cit., p. 20.

(3) Ibidem, p. 20.

REQUISITOS DOCTRINARIOS PARA LA EXISTENCIA DE UN ESTADO DE DERECHO 27.

de toda la historia y, al tratar de establecer un hito de referencia para establecer el nacimiento histórico del Estado de Derecho, se le ha querido encontrar, por la mayoría o casi totalidad de los publicistas, en la decadencia del Estado Político en el cual el Monarca, por provenir su poder de Dios, era dueño de determinar sus actuaciones y de modificarlas en seguida, según su absoluta voluntad. Es decir, existían normas dictadas por él mismo; pero ellas carecían de certeza y de inmutabilidad: podían ser variadas en forma arbitraria e imprevista.

Caen estos sistemas con la Revolución Francesa, y se acentúa la sujeción del Estado al Derecho con la creación del Consejo de Estado en Francia; y se desprende ya, que la Administración, en especial, sea sometida a cierto régimen de normas que determinen y delimiten su campo de acción.

El primer problema que se planteó entonces, fue el de determinar a qué tipo de Derecho se encontraba o debería encontrarse supeditado al Estado o, en otras palabras, qué tipo de normas le eran aplicables.

Surgieron al respecto dos teorías, cuales fueron la anglosajona y la europea-continental. Según la primera, el Estado debería estar sujeto al Derecho común, ya que el "common law" es un derecho único que, por ende, debe regir tanto a los particulares como al Estado; y la segunda, por el contrario, propiciaba que el Estado debe estar sujeto a un régimen de derecho especial que configura el Derecho Público en general, y el Derecho Administrativo, en particular, ya que no puede considerarse al Estado en un régimen de igualdad con los particulares, en razón de que los fines del primero son diferentes y superiores a los de éstos, y sus funciones de mucho mayor complejidad.

Pero este problema para nosotros es de escasa importancia, ya que, en todo caso, en los sistemas anglosajones existen normas especiales que constituyen excepción para el Estado respecto del particular, como aquellas en que se determina que "el Rey no puede equivocarse", o aquella de que la Corona, para ser demandada, debe consentir en ello, lo que implica necesariamente una situación excepcional que, en otras palabras, significa que el patrimonio del Estado sólo puede perseguirse en virtud de ciertos actos que la Corona establece, con su aceptación de ser sometida a juicio.

Concepto de Estado de Derecho

“Es del caso ya entrar derechamente a una conceptualización del Estado de Derecho. Desde el punto de vista del Derecho Público y, en especial del Derecho Administrativo, podría decirse que Estado de Derecho sería aquel que "impusiera el res-

peto a las normas administrativas y que se sometiera él mismo a sus prescripciones de conducta". Y, continuando con las palabras del profesor Rodríguez Elizondo, "mientras estas normas se vayan implicando en relaciones de validación, existirá un perfecto orden administrativo. La instrucción se atiene al decreto, el decreto al reglamento, éste a la ley, y la ley a la Constitución" (4).

Pero debe irse más allá de esta sola concepción lógico-formalista, ya que la Constitución, que es la ley fundamental, debe ser de una condición especial. Además de ser la ley suprema, debe corresponder a un querer de quienes se encuentran sujetos a ella, pues, en caso contrario, y siguiendo el concepto de Jéze, "el solo examen de la legalidad de las normas no pasaría de ser un simple ejercicio de lógica formal sin ninguna virtud para el Derecho" (5).

Luego, el Estado de Derecho depende de dos factores que aparecen esenciales: a) el respeto a la jerarquía normativa, por un lado, y b) la voluntad colectiva de mantener el ordenamiento vigente, por otro; sin perjuicio de los cambios evolutivos que imponga el cambio social.

En las palabras del profesor Rafael Bielsa "la sola dependencia o conformidad normativa es un fetiche formalista de régimen totalitario, de despotismo disfrazado de legalismo" (6).

Pero debe dejarse en claro que el concepto de Estado de Derecho es un concepto de tipo ideal, en cuanto se señala al Estado la forma de orientar su acción; pero no debe escapar a una tendencia perfeccionista del mismo. Y es así como el profesor Julio Prat, en su obra "La desviación del Poder" expresa, refiriéndose a la noción de Estado de Derecho que ésta "es variable según el tiempo y el espacio en que se considere. Por esta razón —agrega— más que definir el régimen de Derecho, sólo pueden precisarse por los elementos que en la actualidad le son característicos. La noción que con ellos se integra será perecedera. Por su relatividad, —termina— por su contenido siempre variable, es probable que los elementos que se denuncien como esenciales... aparezcan en un futuro, próximo o lejano, como plenamente logrados, señalándose en su lugar nuevos elementos que integran el concepto" (7).

(4) Rodríguez Elizondo: Op. cit., p. 19.

(5) Citado por Rodríguez Elizondo: Op. cit., p. 18.

(6) Rodríguez Elizondo: Op. cit., p. 18.

(7) Citado por Madariaga G., Mónica: "Derecho Administrativo y Seguridad Jurídica". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1966, p. 19.

Elementos del Estado de Derecho

Si bien es cierto que se han dado múltiples nóminas de cuáles son los elementos que integran el concepto de Estado de Derecho, creemos que pueden reducirse a cuatro: a) el principio de la separación de los Poderes del Estado; b) el principio de la legalidad de la Administración; c) el reconocimiento por parte del Estado de los derechos individuales, y d) el principio del control de la Administración.

A. Separación de los Poderes del Estado.

Este principio, como es sabido, reconoce la existencia de distintos órganos del Estado, según la función que desarrollen, debiendo cada uno de ellos actuar dentro de su respectiva órbita funcional.

Preferencia, de entre los distintos sistemas propuestos en su época, tuvo la clasificación de Montesquieu, quien dividió o propició la división de los poderes del Estado, en un sentido de separación estricta, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Sin embargo, en la actualidad, más que de poderes se habla de funciones, y es así como podemos decir que los órganos legislativos son los que tienen por función la dictación de normas que regulen de una manera general y obligatoria las relaciones entre los individuos y entre éstos y el Estado; los órganos administrativos, aquellos cuya función es la administración del Estado y la ejecución de las leyes; y los órganos jurisdiccionales, los que desempeñan una actividad de certeza jurídica, al fijar de una manera estable y permanente los derechos inciertos en los casos particulares.

De esta distribución de funciones es de donde nace el concepto de "competencia funcional" que, según Michel Stassinopoulos, en su obra "Tratado de los Actos Administrativos", crea la obligación de quienes la ejercen de actuar dentro de sus funciones.

Pero, como también es sabido, no puede hablarse ya de una tajante separación, sino que existe una interrelación de funciones o una primacía de las mismas, y es por ello que el Ejecutivo participa de la gestión legislativa y judicial en distintos aspectos; el legislativo realiza funciones judiciales, etc.

Sin embargo de esta separación o primacía de funciones, no puede, eso sí, olvidarse que el Estado es unitario (en cuanto forma de poder) y es el ejercicio de este poder el que se distribuye entre los órganos que son especializados.

Pero lo interesante, más que la cuestión teórica de la separación, es por el momento, para nosotros, el determinar en qué

forma incide esta separación o primacía como elemento del Estado de Derecho.

Como respuesta puede decirse que la incidencia fundamental se encuentra en la introducción al Poder del Estado del concepto de COMPETENCIA que, al estar establecida por una norma constitucional, hace válida y cierta la actividad desarrollada por cada órgano especializado dentro de su propia órbita de competencia; y, por el contrario, no responsabiliza al Estado la actividad que los órganos desarrollen fuera de ella.

B. Principio de Legalidad de la Administración.

Según este principio, toda acción del Estado debe estar encauzada, regida y limitada por la Constitución y la ley. Por consiguiente, corresponde a la ley (en su sentido general) determinar la competencia, el control a que deben estar sometidos los actos del Estado, los órganos a los cuales pueden recurrir los particulares para impugnar los actos que aparezcan ilegales y los recursos o acciones que se les confieren para el caso en que el acto les produzca lesión o menoscabo.

En otras palabras, consiste en que el Estado debe ajustar su acción a la Constitución y a la ley; las autoridades inferiores, por su parte, deben estar sujetas a las normas que les impongan sus superiores, y, por último, y más importante, que las autoridades a quienes compete dictar normas, quedan también sometidas a ellas.

Pero no debe escaparse al estudio del principio de la legalidad la definición o concepto que de él da André de Laubadere en su obra "Tratado elemental de Derecho Administrativo" (8) cuando expresa que "el ejercicio de la función administrativa está dominado por el principio básico de la legalidad. Este principio significa que las autoridades administrativas están obligadas en sus decisiones a conformarse a la ley, o más exactamente a la legalidad, es decir, a un conjunto de reglas de derecho cuya mayoría —si no todas— están contenidas en leyes formales".

Deja ver, entonces, que pueden existir actos que sin estar contemplados en la ley pueden, sin embargo, ser realizados sin apartarse de la legalidad.

Esto nos lleva a considerar el principio de la legalidad en dos aspectos diferentes: uno que se ha dado en llamar legalidad formal y otro que ha sido llamado legalidad discrecional.

(8) *Ibidem*, p. 25.

1.— Legalidad Formal.

Cuando existe una regla formal, es indudable que la autoridad debe coniformar su actividad a esta norma. En tal caso el acto de administración se encuentra reglado en su contenido y sólo será válido en cuanto se ajuste a ella. En caso contrario, y como lo dice Mónica Madariaga en su obra "Derecho Administrativo y Seguridad Jurídica", "la disconformidad entre la regla de superior jerarquía —ley— con el acto administrativo determina la invalidez de éste y el consiguiente deber de la administración de retirarlo. Lo mismo puede sostenerse con respecto a la irregularidad jurídica proveniente del quebrantamiento de disposiciones reglamentarias" (9).

Pero, de ser así en forma tajante, según la expresión de Laubadere, se convertiría a la Administración en un "ente autónomo que aplica la ley sin discernir", es decir, se entraría tan sólo a aplicar un texto, sin tomar en consideración la conveniencia del acto o la oportunidad del mismo.

Es por ello que, y refiriéndonos a la definición del mismo profesor ya mencionado, podrá también la autoridad administrativa sujetarse a una regla de derecho que no esté contenida en una ley formal. Estas dos razones son las que han llevado al estudio de la discrecionalidad.

2.— Legalidad Discrecional.

Tratándose de dos circunstancias distintas, se hace necesario analizarlas en forma separada:

a) el primer caso se produce cuando, existiendo una ley formal expresa, ella no da preceptos específicos sino genéricos. En tales casos el administrador o la autoridad encargada de resolver un caso particular debe ajustarse en lo general a la norma; pero en lo específico deberá obrar según su propio criterio, según la oportunidad o el mérito. En otras palabras, y según la expresión de Mónica Madariaga, en su obra ya citada, "el órgano de aplicación (juez, agente administrativo) elige la especie del caso de ese género" (10).

Pero no es ésta una elección absoluta y no motivada, sino que debe ser decidida a través de la comprensión de la conducta normada y de la ley, y en razón del más amplio sentido de justicia y seguridad, y según las circunstancias del caso.

b) en el segundo caso se trata ya de que no existe ley, ni específica ni genérica; se trata de la existencia de un vacío que, sin embargo, debe llenarse. Si nos adentramos, en son de com-

(9) Madariaga, Mónica: Op. cit., p. 27.

(10) Ibidem, p. 28.

paración, en el Derecho Penal podríamos decir que nos encontramos en un caso de estado de necesidad, de lo que el profesor Juan Francisco Linares llama un "arbitrio extraordinario" y que Paul Duez y Guy Debeyre denominan "poder discrecional propiamente tal".

Es acá en donde el órgano de aplicación deberá actuar discrecionalmente, ya sea porque la ausencia de norma haya sido voluntaria, para permitir el ejercicio de esta actividad discrecional, ya sea por una omisión por imprevisión de la norma.

Sin embargo, en ambos casos de actuación discrecional existen ciertos límites, cuales son: el motivo y el fin perseguidos. El motivo importa un análisis del momento y de la oportunidad en que el acto debe realizarse; el fin, es el resultado que produce el acto realizado. La valoración de estos motivos o fines será discrecional; pero el error en su apreciación, podrá causar el vicio del acto producido por lo que se ha denominado la desviación o el exceso de poder.

En otras palabras, el motivo y el fin deben tener una perfecta adecuación y, en definitiva, si la Administración posee un poder determinado, dicho poder no puede ejercerse sino en consideración al interés general. Si el agente ha hecho uso de su poder con fin distinto de aquel para el cual le había sido conferido, su decisión debe anularse. Este criterio es el que se ha dado en llamar "fórmula clásica de la jurisprudencia francesa".

El exceso o desviación de poder, entonces, viene a constituir una limitación general al poder discrecional, en cuanto para paliar la desviación o exceso se otorgan ciertos recursos que procuran la anulación de los actos arbitrarios.

En términos generales, se han señalado diversos casos de desviación o exceso de poder, y son múltiples las opiniones de los autores. A modo sólo de información señalaremos como tales los que indica Ranelletti y que son los siguientes: a) el caso en que los hechos sobre cuya base se ha dictado el acto estén en contradicción con la verdad; b) cuando el acto se ha emitido sin que existan los actos anteriores que establece la ley; y, c) los casos en que la autoridad administrativa hace uso del poder para fines distintos de los fijados por el sistema normativo.

En términos más generales aún, se puede asegurar, con Mónica Madariaga, "que existe siempre para los actos discrecionales una regla que —sin estar escrita en texto expreso— domina la actividad de los agentes: estos no pueden actuar jamás en virtud de la ley implícita de la función, sino en vista de la realización de ciertos fines de interés general, y exceden su poder si actúan en distinta forma". Como dice Martín Retordillo en sus "Notas sobre la Potestad Discrecional de la Administración", "en el Estado de Derecho la Administración, en todos sus

REQUISITOS DOCTRINARIOS PARA LA EXISTENCIA DE UN ESTADO DE DERECHO 33

actos, aún en los discrecionales, tiene que supeditarse al espíritu jurídico contenido en la Constitución y reflejado en las leyes de observancia obligatoria" (11).

Los recursos en contra del exceso o desviación de poder se basan, entonces, en el hecho de que la actividad discrecional no queda entregada a la mera arbitrariedad.

Y hay arbitrariedad cuando no existe ningún tipo de control y la voluntad del administrador se superpone a la voluntad de la ley, violando el principio de la legalidad. Con el fin de precaver esta arbitrariedad es que se han creado estos recursos que reciben el nombre de contenciosos-administrativos y que pueden dividirse en dos clases: los recursos de anulación y los recursos de plena jurisdicción.

Por medio del recurso de plena jurisdicción se pretende obtener la reparación patrimonial del perjuicio causado por el acto ilegítimo de la autoridad; por medio del primero (recurso de anulación) se pretende anular el acto ilícito.

Es indudable que es éste último el que con mayor relevancia opera en la salvaguarda de la legalidad, ya que, con prescindencia de los efectos patrimoniales del acto, atiende "ante nada a la situación objetiva de la legalidad violada" y podría definirse, siguiendo a Rodríguez Elizondo, como "aquella defensa en vía jurisdiccional, deducida ante órganos independientes, que tiene por objeto la desaparición de un acto administrativo de la vida jurídica" (12).

En la doctrina se pretende hacer la distinción entre recurso de anulación y recurso de plena jurisdicción, diciendo que el primero es un recurso objetivo y el segundo un recurso subjetivo. Pero este tema no es materia fundamental en el breve esquema de este trabajo. Sólo diremos que los recursos objetivos son los que sirven para poner en conocimiento de un tribunal una cuestión de puro derecho objetivo, en oposición a los recursos subjetivos que son los que plantean cuestiones de derecho subjetivo. Pero no en el sentido de derecho objetivo (derecho positivo) y derecho subjetivo (derecho natural), sino en relación con la amplitud de cada uno.

Por ejemplo, si se plantea el problema de una persona que dice tener pruebas de ser de su dominio un determinado bien raíz, la cuestión es materia de un recurso subjetivo, ya que plantea la posición de esa persona en particular. En cambio, si el asunto planteado es el de si en una Constitución se consagra o no el derecho de propiedad, se tratará de un recurso objetivo porque la solución será de puro derecho y dirá relación con todas las personas que se encuentren en la situación

(11) *Ibidem*, p. 34.

(12) Rodríguez Elizondo: *Op. cit.*, pp. 29 y 30.

de pretender dominio de acuerdo a lo que genéricamente se decida.

El recurso de anulación pertenece a la clase de los recursos objetivos; y, por el contrario, el recurso de plena jurisdicción corresponde a la clase de los recursos subjetivos. La tendencia actual es a la objetivación, por lo que se ha dado mayor facilidad al particular para llegar a los tribunales a través del recurso de anulación, ya que es sólo éste el que persigue de una manera inmediata y directa el desaparecimiento del acto ilegítimo.

Para finalizar, respecto de este elemento de la legalidad, podemos concluir diciendo que la legalidad es un presupuesto institucional de todo Estado de Derecho ya que sólo puede haber orden jurídico, allí donde el Poder Público se halla él mismo, sujeto a normas; y ello, porque la seguridad —esencial al derecho— es, según la expresión de Jorge Millas, "función directa de la certeza con que podamos atenernos al comportamiento de quienes detentan los poderes más amplios y menos vulnerables".

C. Reconocimiento por parte del Estado de los Derechos Subjetivos Públicos.

Para estos efectos, como derechos subjetivos públicos debemos entender todos aquellos derechos que el particular puede hacer valer frente a la Administración o frente al Estado general, porque, siendo derechos inherentes a la personalidad, han sido reconocidos como tales por el ordenamiento positivo.

Su fundamento jurídico y doctrinario estriba en que, cuando se fija al Estado sus deberes, implícitamente se reconoce a los particulares los derechos equivalentes para obtener el cumplimiento de esos deberes; y es en tal razón que estos derechos se consagran en todas las normas que configuran deberes del Estado para con los particulares.

El Estado de Derecho se caracteriza fundamentalmente por dar la más amplia consagración a estos derechos; que en la doctrina son innúmeros y cuya cuantía (teórica) depende de cada autor o tratadista. Entre estos derechos, y siguiendo para este efecto la Constitución de Nigeria de 1958, que al parecer de algunos es una de las más importantes en este aspecto, estarían el derecho a la vida, la prohibición de tratos inhumanos, la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, el derecho a la libertad (que Gascón y Marín pone en primer y relevante plano), el derecho a la vida privada y familiar, la libertad de religión, la personalidad jurídica en materia civil y penal, la libertad de expresión, la libertad de reunión y de asociación

pacíficas, la libertad de circulación y residencia, el derecho del particular a recibir una indemnización por la expropiación de sus bienes, el disfrute de los derechos fundamentales sin discriminación, etc.

Pero, la sola existencia y concreción jurídicas de estos derechos no es suficiente; es necesario, además, e indispensable, el establecimiento de los medios procesales para hacerlos efectivos; en caso contrario, no pasarán más allá de ser enunciaciones doctrinarias o disposiciones programáticas; cualquiera que sea el régimen social y jurídico de que se trate.

Al respecto, el tratadista Jean Flavien Lalive, en su estudio "El Imperio de la Ley y las Cuestiones de Actualidad", publicado en la Revista de la Comisión Internacional de Juristas de Ginebra, se refiere a dos regímenes bastante distintos, pero en los cuales, según él, existiría esta falla procesal, y al respecto, refiriéndose a las constituciones de España y Unión Soviética, dice que ellas "contienen disposiciones que, a primera vista, consagran los derechos subjetivos de los súbditos, porque tanto en la Constitución de la URSS de 1936, como en el Fuero de los Españoles de 1945, figuran notables enumeraciones de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, que están en armonía con lo prescrito en las constituciones vigentes en las sociedades libres. Pero —agrega— constituyen sólo la enunciación de principios desprovistos virtualmente de aplicación práctica, por el imperativo categórico a que equivale la voluntad suprema del partido en el poder. No existe la garantía de salvaguardia efectiva para el ciudadano y, en particular, procedimientos adecuados para la protección de sus derechos" (13).

Y para terminar, y utilizando las expresiones del profesor chileno Enrique Silva Cimma, puede decirse que en un Estado de Derecho, el Derecho Público reconoce al individuo, como ente integrante de una colectividad organizada, toda una serie de derechos públicos subjetivos; que esos derechos son protegidos y amparados por el Estado y el mecanismo institucional que éste le da y que el conjunto de reglas de derecho que sus instituciones crean tienen por finalidad especial respetar esos derechos y lograr el bien común.

D. Principio del Control de la Administración.

Como ya hemos dicho, todos los principios que hemos examinado previamente, deben estar condicionados a su aplicación práctica para que sean efectivos; y la forma de establecer su efectividad es mediante el control de los actos de la Administración.

(13) Madariaga, Mónica: Op. cit., pp. 37 a 40.

Mediante el control se persigue que la actividad de la autoridad y de los órganos de la Administración se ciñan a la Constitución y a la ley, ya que ésta será, según Silva Cimma, la mejor manera de respetar los derechos de todos.

Bien lo dice Félix Sarria, en su obra "Teoría del recurso contencioso-administrativo", cuando expresa que "el régimen constitucional es perfecto si la Administración, además del sometimiento a la ley, se somete a la justicia".

Pero, dentro del control, como ya puede desprenderse de lo dicho, es posible una diferencia entre el control administrativo y el control jurisdiccional.

El primero pretende restablecer la legalidad como un principio independiente del interés de los particulares individualmente considerados y se caracteriza porque se ejerce, como su nombre lo indica, por autoridades administrativas que pueden actuar de oficio y porque se puede ejercer por causa de legalidad o de mérito, indistintamente. Además, las decisiones que se adoptan en lo administrativo no tienen la fuerza de cosa juzgada, sino que, por el contrario, en muchas ocasiones son justamente la base para impetrar recursos jurisdiccionales.

Por su parte, el control jurisdiccional debe ejercerse por jueces a través de un juicio que necesariamente debe ser provocado por un recurso interpuesto por un administrado; es el control netamente a posteriori y se encuentra sometido a las ritualidades de un juicio.

El problema que se plantea respecto del control jurisdiccional, es de si éste debe realizarse a través de una judicatura especial, o bien debe entregarse a la judicatura ordinaria. Este problema lo analizaremos un poco más adelante.

Respecto del control administrativo, este puede ser interno, si se realiza por órganos de la administración activa; y externo si se realiza por órganos de administración que gozan de autonomía y que, por tanto, no son de administración activa sino de administración fiscalizadora.

De lo expuesto se desprende que el control puede ser de distintos tipos, es decir, acepta algunas clasificaciones, de las cuales, someramente, analizaremos las que parecen más importantes:

1.—Control preventivo y a posteriori. El control preventivo, previo o de preintervención, como también se le llama, es el que procura que el acto lesivo o antijurídico no llegue a producirse. Es un control anterior al nacimiento del acto y, por regla general, se ejercerá de oficio por órganos de la propia administración. Nunca podrá realizarse por la vía jurisdiccional, que es esencialmente a posteriori.

El control a posteriori, o de postintervención, no impide la tramitación total del acto ni su ejecución. Lo que persigue es

REQUISITOS DOCTRINARIOS PARA LA EXISTENCIA DE UN ESTADO DE DERECHO 37

dejar sin efecto el acto ilegítimo y sancionar la responsabilidad del agente cuando el acto se declara contrario a derecho.

2.— Control de legalidad y de mérito. Esta clasificación atiende al objeto o finalidad del control. El control de legalidad tiene por fin someter la Administración a la ley y mantener la jerarquía normativa del sistema jurídico; y el control de mérito es el que mira a la conveniencia u oportunidad de los actos dictados por la administración activa.

Hemos dejado para el final el problema ya planteado de si el control jurisdiccional, a que nos hemos referido, debe estar en manos de la judicatura ordinaria o si debe existir una judicatura especial.

La tendencia mayoritaria actual es la de que el control administrativo jurisdiccional debe estar en manos de tribunales especiales independientes, tanto del Poder Judicial, como de la Administración.

Efectivamente, se trasgrediría uno de los principios del Estado de Derecho —el de la separación de los poderes— si se entregara al Poder Judicial el control de la Administración, pues las decisiones de este Poder Judicial sobre actos de la Administración significarán una intromisión en las labores propias de ésta. Como dice el profesor Rodríguez Elizondo, "la facultad de anular actos administrativos es una facultad que implica efectiva ingerencia en la actividad del poder administrador. Y sin atribuciones para anular actos administrativos ilegales, no se concibe una buena jurisdicción de lo contencioso-administrativo".

También deben ser independientes de la Administración, pero con la especificación de que esta independencia dice relación con la Administración ACTIVA, pues lo contrario sería crear tribunales que pasarían a constituir un poder superadministrador. Con ello quiere decirse que podrá también existir control dentro de la Administración; pero separadamente de la Administración activa.

En otras palabras, la tendencia actual, como hemos dicho, tiende a la existencia de un control jurisdiccional entregado a manos de tribunales especiales independientes del Poder Judicial y de la Administración activa, cuya denominación variará, según los casos y que en nuestro país son conocidos con el nombre de Tribunales Administrativos.

Pero, dado el caso chileno actual, y ante la inexistencia de Tribunales Administrativos por no haber prosperado ninguno de los proyectos de ley destinados a organizarlos, aparece como necesario que sean los Tribunales Superiores de Justicia los encargados de dilucidar los problemas de tipo administrativo.

Estos son, pues, en la actualidad, y a grandes rasgos, los requisitos o fundamentos doctrinarios o teóricos del Estado de Derecho.