

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y EL ROL DEL JUEZ ADMINISTRATIVO

Pablo Alarcón Jaña ***

Felicito a la Facultad de Derecho de mi *alma mater*, la Pontificia Universidad Católica de Chile y de la Pontificia Universidad Católica de Argentina, por la organización de este Seminario sobre un tema tan crucial, que como dijo alguna una vez un autor, determina y es este principio de subsidiariedad el barómetro de una sociedad libre; qué tan libre o qué no tan libre es una sociedad dependerá de en qué medida se respeta o no al principio de la subsidiariedad. Quisiera compartir una breve presentación para ir ilustrando mis comentarios y ateniéndome al tiempo asignado.

Parto por una visión histórica de contexto, una mirada a la figura del juez administrativo en Chile. En el siglo XIX la doctrina nacional, principalmente en un destacado publicista, Jorge Huneeus Zegers sostenía que no existía necesidad en nuestro país, en el siglo XXI, de tribunales contencioso-administrativos puesto que eran plenamente competentes los tribunales ordinarios para conocer de todo juicio, independiente que fuera dirigido contra las personas o contra el Estado. Esta historia continúa en el siglo XX a propósito de la Constitución Política de 1925, que en su famoso artículo 87 señaló que iba a haber en nuestro país tribunales contencioso-administrativos: “habrá tribunales administrativos” que conocerán de las acciones dirigidas contra el Estado, etcétera. Lamentablemente, esa disposición en toda la vigencia de la carta de 1925 quedó en un carácter meramente programático pues nunca se dictó una ley general de tribunales contencioso-administrativos, salvo algunos acercamientos menores al respecto ¿Y qué pasó producto de esto? Ello será algo que daría para un nuevo seminario, yo lo denomino el “descalabro interpretativo” en el sentido que la defensa fiscal, el Consejo de Defensa del Estado en los juicios que se dirigían principalmente en acciones de responsabilidad del Estado en

*Texto de la exposición del profesor Alarcón en el Seminario sobre “El principio de subsidiariedad”, organizado juntamente por las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y de la Universidad Católica Santa María de los Buenos Aires, el 18.6.2021 (por vía telemática)

**El profesor Alarcón Jaña es profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho Finis Terrae, y juez titular del Tribunal de Contratación Pública.

un comienzo y también acciones de derecho público presentaban como primera defensa fiscal el hecho de que los tribunales ordinarios serían incompetentes para conocer de estas acciones contencioso-administrativas en el entendido que si no se habían creado los tribunales contencioso-administrativos no podrían los tribunales ordinarios conocer de ellas, sentando un precedente nefasto, como bien lo dijo el maestro Soto Kloss en uno de sus escritos, una “patente denegación de justicia” porque si los tribunales, los propios tribunales ordinarios de justicia que por disposición del código orgánico de tribunales, tenían establecido el principio de inexcusabilidad, no podían negarse o escusar conocer de estos asuntos; era, obviamente, una patente denegación de justicia. Ello vino a cambiar recién a comienzos del año 1973, en un famoso y señero discurso del presidente de la Corte Suprema don Enrique Urrutia Manzano, un primero de marzo en 1973, en la inauguración del año judicial, desconociendo esta doctrina, que por casi 40 años habían sostenido los tribunales de justicia y luego ya con la dictación de la Constitución Política de 1980, esta situación comienza a cambiar, se establece en su artículo 38, inciso 2º, que cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la administración del Estado, sus organismos, las municipalidades, podrá recurrir a los tribunales establecidos por la ley sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios que hubieran causado el daño. Se señala en esa disposición que muchos señalan y ven en ella, en la base general para esta competencia contencioso-administrativa de los tribunales de justicia sin perjuicio que eso también ya estaba presente asimismo en 1925 y en el principio de inexcusabilidad de los tribunales y en la plenitud jurisdiccional de los tribunales de justicia (hoy, artículo 76 de nuestra Constitución de 1980). Avanzan los años y ya llegamos al inicio de nuestro siglo, del siglo XXI y podemos apreciar que se van creando por el legislador los primeros tribunales contencioso-administrativos especiales. Se crea así en el año 2003, el tribunal de defensa de libre competencia, se crea años después en el 2009 los tribunales tributarios aduaneros, en el 2012 los tribunales ambientales; como ustedes aprecian son tribunales contenciosos que dicen relación con un ámbito específico del actuar de la administración del Estado, no como tribunales ordinarios administrativos, podríamos decirlo así, sino que como tribunales contencioso-administrativos especiales en una materia determinada de competencia de la administración. Y así, también, se crea el tribunal del que yo formo parte a partir del año 2018, primero en calidad suplente y desde el año pasado, en noviembre, en calidad de titular del tribunal de contratación pública creado en la ley conocida en nuestro país como ley de compras públicas en el año 2003, año de dictación de la ley, e instalado el día del cumpleaños de mi tribunal que es el 27 de septiembre del año 2005 cuando comienza a funcionar.

¿Qué podemos decir de este fenómeno que hemos explicado y tratado de ilustrar brevemente? El primer término, aplicar la ley o admi-

nistrar justicia, mirando desde el punto de vista del juez que conoce lo contencioso-administrativo. Estimo yo que en el siglo XX hay un cambio de paradigma, por el cual el poder administrativo no solo se considera como un mero aplicador mecánico de la ley, sino que también habrá de considerar en su sentencia, en primer término la Constitución política de la República, en especial el Capítulo primero, “Bases de la institucionalidad” en donde están todos los principios y los valores más fundamentales de nuestra institucionalidad y recordando que su artículo 6° señala que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas, por lo tanto los tribunales tendrán que sujetarse a la Constitución en las sentencias que dicten y dentro de estos principios. Ya los panelistas que me han precedido han mencionado y explicado con latitud, encontramos precisamente el principio de subsidiariedad, en el artículo 1°, inciso 3°, de nuestra carta fundamental. Por otro lado, también los jueces, en su sentencia, no solo han de considerar la Constitución sino que también los principios de orden constitucional y legal que rigen la actuación de la administración del Estado y ahí encontramos entre las principales normas, donde tiene sustento este principio, el cual se encuentra, además de la Constitución la ley orgánica constitucional de Bases generales de la administración del Estado (18.575), la ley de procedimientos administrativos (19.880) y la ya mencionada ley de compras públicas (19.886). Pero también este hecho de que el juez administrativo no es un mero aplicador de la ley, lo veo también en otros términos más amplios, en una disposición que han adoptado las Cortes Supremas de los países de Iberoamérica que es el llamado “código iberoamericano de ética judicial”. ¿Qué nos dice este código iberoamericano? En su capítulo 5°, que habla de la exigencia de equidad, si ustedes se fijan habla de que el juez no es un simple aplicador de la ley, como recordaba Santo Tomás de Aquino la ley es solo una de las manifestaciones del derecho, pero no es todo el derecho. Las fuentes del derecho son muchas, está la Constitución, está la ley, está el reglamento, está la sentencia, están los contratos, etc.; son muchas las fuentes a las cuales puede recurrir el intérprete al momento de resolver un conflicto determinado al igual que el juez. Por eso el fin último de la actividad judicial, dice este código de ética iberoamericano, es realizar la justicia por medio del derecho. El juez equitativo es el que, sin transgredir (artículo 37), el derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso completo y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento, ahí encontramos los principios fundamentales del derecho público chileno, como lo ha definido el profesor Soto Kloss. Deberá orientarse el juez por las esferas de discrecionalidad o sea justamente en esa labor riquísima que al juez le corresponde de interpretar la ley, el juez deberá orientarse por consideraciones de justicia y equidad, siempre obviamente con el verdadero sentido del juez ponderando y no yendo más allá porque el gran desafío

que tiene el juez administrativo, desde mi punto de vista, es conciliar la ley del principio de juridicidad, desde la nación chilena que damos ese principio, con la proactividad que pueda desarrollar en su función. Mucho se ha criticado, en los últimos años también, el denominado fenómeno del “activismo judicial” cuando el juez pareciera estar desconociendo el ordenamiento jurídico al resolver un asunto concreto. No se trata de eso, no se trata de ir de un extremo al otro sino justamente el justo término para conciliar la legalidad con la juridicidad. En el caso del tribunal de contratación pública tenemos actualmente una competencia acotada sin prejuicio que, un poco más de un par de meses se presentó un proyecto en el Congreso Nacional para modificar y actualizar nuestro tribunal de contratación pública y dar una competencia más amplia que la actual; el tribunal sería competente para conocer la denominada acción de impugnación contra los actos u omisiones ilegales o arbitrarios ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley y el período en que el juez del tribunal de contratación pública debe considerar para ver si declara o no admisible una acción de impugnación es justamente lo que ahí se menciona “procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases la respectiva a la licitación y su adjudicación, ambos inclusive”. Además de la normativa que regula la contratación pública en nuestro país el juez administrativo ha de velar porque están consagrados a su vez en distintos cuerpos legales en nuestro país, ha de velar por los principios que rigen la contratación administrativa, como la estricta sujeción a las bases, la igualdad de los oferentes, la transparencia pública, la no formalización, la libre concurrencia; todos esos principios son bases para ver si efectivamente en un determinado procedimiento licitatorio sea sujetado o no a la juridicidad, al derecho en la medida que no se vean afectados estos principios por un acto arbitrario o ilegal.

En conclusión ¿Qué es lo que puedo rescatar de lo que he mencionado y de dónde aparece el principio de subsidiariedad? Digamos para el juez administrativo. Me centro aquí en el juez del tribunal de contratación pública. Si consideramos que la contratación administrativa permite una manifestación plena del principio de subsidiariedad, por los particulares en el ejercicio de su deber y derecho a desarrollar actividades económicas lícitas consagrados en nuestra Constitución (artículo 19, N° 21), donde señala que la Constitución asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea en contra de la moral, el orden público, la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen, a partir de ese derecho en el ejercicio de ese derecho fundamental los particulares contratan con el Estado/Administración y así este puede satisfacer las necesidades públicas en forma continua y permanente. Se permite, entonces, como han señalado los expositores anteriores, ese equilibrio, esa ayuda de que eventualmente va a prestar el

Estado a los particulares justamente fomentando el desarrollo pleno de su derecho a desarrollar actividades económicas y volviéndose en este caso el particular un colaborador en la satisfacción de las necesidades públicas que corresponden a la administración del Estado. Por tanto, como una segunda conclusión, el juez administrativo, en especial como mencionaba, el juez del tribunal de contratación pública habrá de tener presente en su sentencia si el acto de omisión arbitrario o ilegal de la entidad licitante demandada ha vulnerado o no el principio de subsidiariedad y, en especial, los principios que rigen la contratación administrativa.

