

cuando se refiere a otras cuestiones y que dicen relación con la posición institucional de éste dentro del sistema jurídico chileno (§7) y la consideración que en su labor tiene por la institución de la cosa juzgada y el precedente (§8).

En la tercera parte y final se consideran los cuatro asuntos de mayor relevancia pública e interés jurídico del período que se analiza. Dichas sentencias, que se examinan con mayor detalle, son las que han recaído sobre el método de anticoncepción de emergencia (§11), la primera declaración de inconstitucionalidad de un auto acordado (§12), el sistema de reajuste de los planes de Isapres (§13) y sobre el nombramiento de los jueces tributarios y aduaneros (§14).

(3) Para finalizar, un comentario sobre el enfoque del libro y su posición en el discurso constitucional. Por mucho que el tenor de las críticas sea cuidadoso y moderado en cuanto al lenguaje, en el fondo son muchas –demasiadas, si se considera la pertinencia de ellas y la relevancia institucional de su destinatario– las veces en que el lector se encuentra con que el análisis de Aldunate pone a la argumentación del Tribunal Constitucional en una injustificable posición. Si bien son pocos los pasajes que no se dirigen a diagnosticar incoherencias y lagunas argumentativas dentro del discurso del Tribunal ello no resulta tedioso, sino por el contrario resulta estimulante desde el punto de vista académico, sobre todo considerando la ausencia de esa clase de ejercicio en nuestro medio. Tiene, por otro lado, el problema de ser a veces demasiado sofisticado y difícil de seguir, especialmente desde el punto de vista del lector no-académico.

Si bien el libro de Eduardo Aldunate es un aporte inmenso para el estudio de la jurisprudencia constitucional, el autor permanece deudor, al menos en esta entrega, desde el punto de vista propositivo. Durante, al menos, toda la primera parte, detrás del análisis y el diagnóstico se deja ver una versión nítida y coherente de lo que la inaplicabilidad debe ser en el sistema jurídico chileno. Sin embargo, la exposición de ese rol, sus características, alcance y efectos no son desarrollados aquí. Así, si bien este libro contribuye al objeto de la tarea que esta reseña comenzó mencionando, este libro deja pasar la posibilidad de ser el libro fundacional de la nueva inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Esta deuda es mencionada respecto a este libro –y no a otros– fundadamente, por las expectativas que la reflexión sobre la inaplicabilidad han cifrado en la nueva doctrina, de la cual el autor que se reseña es ineludible referente.

*Pablo Marshall Barberán*

DOI: 10.4067/S0718-09502009000200016

MENGOZZI, MARTA, *Giusto processo e processo amministrativo. Profili costituzionali*, Giuffrè, Milán, 2009 (226 pp.).

La justicia administrativa ha sido siempre considerada, al menos en la tradición del derecho continental, la pariente pobre de las distintas jurisdicciones y quizá a la que menos se le ha exigido racionalidad y justicia en su obrar. Así, cuando en nuestro país se habla de la exigencia del debido proceso, la doctrina jurídica y la clase política

han puesto sus ojos fundamentalmente sobre la justicia penal. En menor medida se han preocupado de la justicia del proceso civil y laboral y prácticamente nada sobre la justicia administrativa. Alguien podrá justificar esta situación arguyendo que puesto que en Chile al no haber tribunales de lo contencioso administrativo las cuestiones que atañen a los particulares y a la Administración son dirimidas por los jueces civiles de conformidad con el procedimiento ordinario, donde están más que aseguradas las exigencias del debido proceso, no habría que preocuparse mayormente por un debido proceso administrativo.

Sin perjuicio de que la aseveración precedente no es correcta, puesto que la mayoría de las causas administrativas en nuestro país no se resuelven vía juicio ordinario ante el juez de letras, sino vía recursos de protección o ante jueces y procedimientos especiales, aun en el caso del procedimiento ordinario desarrollado ante el juez de letras surgen cuestionamientos si se respeta en todos sus términos un proceso debido, al menos como lo exige el derecho internacional de los derechos humanos. Desde luego surgen dudas si se respetan en el juicio ordinario la exigencia de publicidad del proceso, la motivación de las sentencias de un modo tal de asegurar el derecho de defensa y el derecho a la prueba, la obtención de la sentencia dentro de un plazo razonable,<sup>1</sup> etc.

Como he adelantado, la mayoría de las contiendas con la Administración del Estado se resuelven en nuestro vía recursos de protección o bien ante jueces y procedimientos especiales. Tratándose de los recursos de protección, toda vez que las Cortes de Apelaciones resuelvan un asunto de un modo tal que vayan más allá de cumplir un mero fin cautelar de mantenimiento de un *statu quo*, para pasar a declarar el derecho en un caso concreto, esa declaración se hace violando el debido proceso, puesto que el procedimiento de protección viola varios aspectos del racional y justo proceso, como son la legalidad del procedimiento, el desarrollo del contradictorio y del derecho de defensa, el derecho a la prueba, etc. En el caso de los jueces y procedimientos especiales, en muchos casos se viola el derecho a un tribunal independiente e imparcial y un contradictorio que suponga reconocer en plenitud el derecho de defensa en juicio.<sup>2</sup>

El libro de Marta Mengozzi que presento en estas páginas constituye un posicionamiento diferente de la doctrina constitucional, en el sentido de preocuparse por el estado del proceso administrativo italiano a la luz de las exigencias constitucionales y de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Durante sus páginas la autora cuestiona el sistema de justicia administrativa italiana que se construye fundamentalmente sobre una justicia de primera instancia dada por los T.A.R. (Tribunales Administrativos Regionales) y una corte superior de justicia que es el Consejo de Estado. Suprimidos por la Corte Constitucional italiana los casos en que la propia Administración hacía de juez, como era el caso del “Ministro - juez”, el intendente de Finanzas, etc., el órgano de justicia por antonomasia que existe en el

---

<sup>1</sup> Sobre este punto vid. Bordalí, Andrés, “Justicia del proceso y de la sentencia civil”, en *Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes*, N° 16, 2009, pp. 77 y ss.

<sup>2</sup> Vid. Bordalí, Andrés, “Organización judicial en el derecho chileno: Un poder fragmentado”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36 - N° 2, mayo-agosto 2009, pp. 215 y ss.

derecho italiano es el Consejo de Estado, que como expone la autora de este libro tiene una especie de “doble militancia” al desarrollar labores jurisdiccionales y consultivas de apoyo a la Administración.

La autora cuestiona la cercanía que tiene el Consejo de Estado con el Ejecutivo, no poniendo en cuestión derechamente la independencia de este órgano, sino en cuanto a la posición o imagen de imparcialidad que es un requisito importante para obtener legitimidad de los órganos juzgadores. Si bien cree que no hay un problema constitucional con esta “doble militancia”, puesto que es la propia Constitución italiana la que lo permite, sí tiene dudas la autora si tal situación es coherente con el artículo 6° de la Convención Europea de Derechos Humanos, toda vez que ésta exige que el proceso se desarrolle frente a un “tribunal independiente e imparcial”.

La Corte de Estrasburgo ha rechazado dictar sentencias de condena generales que puedan afectar a todos los países que tienen este modelo de Consejo de Estado con “doble militancia” (Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo), pues en los casos concretos en que le ha tocado intervenir ha salvado la situación en la medida que esté asegurada una diversidad de personas que desarrollan esas funciones jurisdiccionales y aquellas consultivas de apoyo a la Administración. Sin embargo, esta jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, como hace ver la autora, no ha terminado de consolidarse y existe un grupo importante de jueces disidentes que en voto de minoría han sostenido que esta “traslapación” de funciones jurisdiccionales y de gobierno en cabeza de un mismo órgano afectaría la imparcialidad que deben tener los órganos jurisdiccionales.

La autora cuestiona la coherencia de la Corte de Estrasburgo que no ha declarado ilegítima esta organización judicial administrativa de Italia y de los otros países mencionados, toda vez que la propia Corte ha afirmado en otras ocasiones y de manera muy clara que a los fines del respeto del artículo 6° de la Convención, es particularmente importante que el juez no solo sea efectivamente equidistante de los intereses de las partes de la causa, sino que también el juez debe aparecer imparcial para dichas partes e inspirar confianza en ellos.

Otro aspecto que para la autora no es coherente con la cláusula del justo proceso, es que una cuarta parte de los miembros del Consejo de Estado italiano sean nominados por el Gobierno, lo que pone claramente en duda si los jueces de este órgano pueden ser considerados independientes e imparciales. Es evidente para la autora que la atribución del poder de elección para un determinado oficio a algún poder, crea o puede crear entre éste y los sujetos que vienen designados vínculos que pueden impedir el desarrollo del encargo con total independencia e imparcialidad.

Se trata de preocupaciones bastante sutiles si se las compara con la situación existente en Chile que en muchos casos se permite derechamente a la Administración ejercer jurisdicción, al menos en primera instancia.

La autora cuestiona además otros aspectos del debido proceso administrativo italiano, como son los referidos al contradictorio entre partes y en igualdad de armas, así como la duración razonable del proceso, quizá el nudo gordiano de toda la justicia italiana.

Se trata en definitiva de un interesante trabajo que ojalá pudiera tener impacto no sólo en la península itálica sino que también en nuestro país, donde la justicia

administrativa es una verdadera maraña de procedimientos, competencia en algunos casos de jueces y en otros de órganos públicos dependientes del poder político central. Mientras tanto, duermen tranquilamente en el Congreso Nacional, desde hace varios años, algunos proyectos de ley que quieren modernizar al país en esta materia. ¿Cómo hacemos para despertar a nuestros legisladores y ajustar nuestros juicios administrativos a las exigencias del debido proceso?

*Andrés Bordalí Salamanca*

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, GUILLERMO, *Iura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Marcial Pons, Madrid, 2007 (135 pp.).

La monografía que se comenta tiene invaluable mérito. El primero, sin dudar, es la pertinencia de la temática escogida. La máxima *iura novit curia* como manifestación del poder del juez en la aplicación del Derecho no había disfrutado en la doctrina comparada de un tratamiento unitario y sistemático al estilo del que propone el autor. Después de los clásicos textos de Sentis Melendo, Guasp, De la Oliva, Berzosa Francos y Tapia Fernández, el tratamiento exclusivo de la aplicación *ex officio* del ingrediente jurídico de la pretensión requería una aproximación desde garantías constitucionales de índole procesal. En este sentido, la iniciativa oficiosa en la calificación jurídica de los hechos necesitaba compatibilizarse con las garantías procesales del justiciable: el derecho de defensa, el principio dispositivo, la imparcialidad del juzgador, la función de la jurisdicción en un Estado de Derecho, etc. En este aspecto, el autor asume que el problema en comento no radica sólo en una cuestión técnica acerca de qué elementos determinan la causa de pedir, sino también se vincula a la actuación de las garantías procesales en la formación del objeto del proceso y en la decisión final. Tengo la convicción de que este texto, junto con brindar respuestas certeras y fundamentadas, es capaz de abordar el tema de fondo en todos sus extremos esenciales, pero por sobre todo da al operador herramientas para enfrentar los desafíos que al proceso civil significa reconocerle al juez un poder oficioso en la aplicación del Derecho.

El segundo mérito del texto es su estructura científica, tan escaso en los estudios dogmáticos contemporáneos. En primer término, el autor plantea resolver un problema de relevancia jurídica: ¿hasta qué punto el juez es libre para estimar una demanda sobre una calificación jurídica diversa a la propuesta por el actor? Luego asume una determinada postura frente a ese problema, la que va plasmando en la misma medida que aborda los diferentes institutos en los que se ramifica la discusión. Se podrá estar o no de acuerdo con la solución que propugna el autor, pero lo cierto es que la estructura dialéctica con la que enfrenta el desarrollo argumental permite comprender a cabalidad tanto la naturaleza del problema como las tesis que doctrinaria y jurisprudencialmente se confrontan.

La obra se estructura en seis capítulos que oscilan desde lo más general a lo más particular, finalizando al estilo de una verdadera tesis, es decir, asumiendo y justificando