

## COMENTARIO DE SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 5 DE SEPTIEMBRE, ROL N° 499-2006

CARLOS DEL RÍO FERRETTI\*

La sentencia indicada presenta varias cuestiones de interés para el Derecho Procesal, las cuales intentaré poner de relieve de la manera más ordenada posible.

### I. LAS CUESTIONES JURÍDICAS QUE SE SUSCITAN EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*Primero.* Se trata de un recurso basado en la disposición del art. 93 N° 6 CPR, por el cual se pide la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 116 del Código Tributario (en adelante CT), que autoriza la delegación de las facultades o potestades jurisdiccionales del Director Regional del Servicio de Impuestos Internos en un funcionario del mismo Servicio.

El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se basa fundamentalmente en el principio de legalidad que rige el establecimiento de los órganos jurisdiccionales, entendiéndose que esta norma o principio se halla consagrado en el art. 76 y que aseguraría que todo órgano que ejerza jurisdicción deba venir constituido por Ley y sus atribuciones jurisdiccionales dadas también por Ley.

Como consideración y presupuesto previo, antes de entrar al fondo del asunto, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) establece que el Director Regional es un tribunal y que ejerce funciones jurisdiccionales con perfecto apego al principio de legalidad, pues es la misma Ley (arts. 6 y 115 CT) la que lo establece, como se indica en el considerando decimocuarto. De ahí que en el considerando decimoquinto se establezca que los Directores Regionales ejercen funciones jurisdiccionales en primera o única instancia y se añada que conforme al art. 120 CT corresponde a las Cortes de Apelaciones el conocimiento en segunda instancia.

En el mismo considerando decimoquinto se dice que los Directores Regionales serían tribunales especiales de aquellos que se reconocen en el art. 5 inciso cuarto del COT, es decir, tribunales especiales que no forman

---

\* Doctor en Derecho, Universidad de Valencia (ESPAÑA). Profesor de Derecho Procesal de la Universidad Católica del Norte (CHILE). Correo electrónico: cdrio@ucn.cl

parte del Poder Judicial. Invoca en apoyo de esta posición jurisprudencia de la Corte Suprema.

*Segundo.* Tras este razonamiento aparentemente *obiter dicta*, y que permite desbrozar el camino que seguirá el TC en su sentencia, se focaliza en el problema jurídico (aparente), cual es si igualmente la delegación autorizada por el art. 116 CT sigue siendo admisible, valorada la cuestión desde el principio de legalidad que rige el ejercicio de la potestad jurisdiccional y, más precisamente, el establecimiento de órganos que la ejerzan.

Se establece en la sentencia que la delegación se hizo por resolución exenta 1307 de 19 de noviembre de 1998, por la cual la Directora Regional de Valparaíso delegaba sus facultades del art. 115 en la funcionaria que se indica, basándose para ello en el art. 116 CT que permite la delegación. Esa norma posibilita la delegación en un funcionario que no es legalmente reconocido como juez, sino por vía del acto administrativo por el que se delega esa potestad.

*Tercero.* Se dice que la jurisdicción es una función pública emanada de la soberanía y que como tal es indelegable por parte de las autoridades a quienes la Constitución y la Ley la han confiado (considerando vigésimo). Según el TC de ahí derivaría la lesión del art. 6 CPR que "consagra los principios de supremacía constitucional y de vinculación directa de los preceptos de la carta respecto de los titulares e integrantes de los órganos del Estado, como toda persona, institución o grupo" (considerando vigésimo primero).

También se establece en el considerando vigésimo primero la infracción al art. 7 CPR, que se refiere al principio de previa investidura regular de los órganos, como el principio de clausura de Derecho público.

*Cuarto.* Con todo, el verdadero argumento basilar del TC y del cual dependen los otros es el de legalidad del tribunal. Se enuncia el principio de legalidad del tribunal como consistente en que solo la Ley puede crear tribunales con carácter permanente (considerando vigésimo segundo). Y se anuda al mismo principio el del juez legal y predeterminado, y afirma el TC que la legalidad de los tribunales viene en definitiva confirmada en varias otras disposiciones de la CPR, como lo demuestran los arts. 38, 76 y 77.

A partir de aquí el TC dice que si el principio de legalidad enunciado en las normas señaladas no admite que un funcionario público pretenda desempeñarse como juez sin haber sido instituido como tal por la Ley, un "juez" establecido por acto administrativo se constituye en una comisión especial expresamente prohibida por la carta fundamental. Por dichas consideraciones declara inaplicable el art. 116 CT.

## II. ANÁLISIS JURÍDICO PROCESAL DEL FALLO

Nos parece que la decisión de mayoría del TC resulta bastante clásica y ajustada a la tradición jurídica chilena en la materia de que se trata. La opinión jurídica dominante en nuestro medio ha debido llevar adelante su trabajo en un contexto jurídico muy específico y con un correlato determinado a nivel constitucional y legal.

Es esa determinada situación o realidad jurídica la que, en nuestra opinión, explica el espíritu de la decisión constitucional y la doctrina que de ella emana. Explica la declaración de inaplicabilidad del art. 116 CT, atendiendo a que se infringiría el principio de legalidad profusamente consagrado en diversas disposiciones constitucionales y los principios de los arts. 6 y 7 CPR. Pero sobre todo explica el *obiter dicta*, que solapadamente se desliza en la resolución, de que en cambio el art. 115 del CT sería perfectamente constitucional, pues el Director Regional sí viene investido por la Ley como órgano jurisdiccional. Es decir, sería perfectamente constitucional, pues con ello se satisfaría el principio de legalidad y el art. 6 y 7 de la CPR, así, sin más.

A este respecto no se plantea problema alguno con que el Director Regional ejerza funciones jurisdiccionales, ya que la Ley lo establece de esa manera y esa es la garantía orgánica consagrada en la Constitución. Y por esa razón se le califica de tribunal especial de aquellos que reconoce el art. 5 inciso 4º COT.

Es evidente que una interpretación de este tipo es claramente insatisfactoria e incorrecta desde un punto de vista de las garantías orgánicas en el establecimiento de los tribunales de justicia (pertenezcan o no al Poder Judicial como estructura administrativa). En efecto, si reducimos las garantías orgánicas a la mera legalidad del establecimiento y atribuciones de los tribunales llegaremos a la conclusión de que el legislador puede o está autorizado a otorgar potestad jurisdiccional a órganos que sustancialmente no lo son, como es el caso de una larga lista de funcionarios u órganos de la Administración que la ejercen en nuestro sistema. Así es como el legislador chileno ha otorgado en muchos casos potestad jurisdiccional a órganos de la Administración y, sin embargo, sobre la base de la interpretación del TC nada malo hay en eso, pues se cumple con la garantía de la legalidad del tribunal.

Se suele argumentar que nuestra Constitución admitiría el ejercicio de la función jurisdiccional a órganos que no forman parte del Poder Judicial, siendo por tanto dicha función no exclusiva del Poder Judicial (art. 76)<sup>1</sup>. No se puede desconocer que la letra de la Constitución permite

<sup>1</sup> Vid. VERGARA BLANCO, Alejandro, "El contencioso administrativo en materia eléctrica: naturaleza jurisdiccional de las funciones del "panel de expertos"", en *Justicia Administrativa*, AA.VV. (coordinador Ferrada Bórquez), LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 241-270.

sostener esa afirmación (aun cuando *lege ferenda* sea discutible), pero ello no significa, como en la práctica pretende el TC, que baste con que el legislador se decida a crear un *tribunal especial* fuera del Poder Judicial. De esa manera, reiteramos, todo se reduciría a la legalidad de los tribunales y el legislador no tendría límites constitucionales en la creación de los mismos. Nosotros, en cambio, creemos que el legislador debe ante todo asegurar la independencia y solo tras eso se puede hablar en serio de función jurisdiccional. El legislador necesariamente debe establecer unas reglas que efectivamente respondan a las exigencias constitucionales que debe poseer la función jurisdiccional (nuestra Constitución es pobrísima a este respecto)<sup>2</sup>.

La lamentable realidad es que el legislador olvida este *detalle*, y la jurisprudencia de manera bastante poco crítica contribuye con lo suyo poniendo el énfasis en aquello que es fácil de cumplir: que el tribunal venga creado por Ley (¡faltaría más!). Lo *difícil* y donde realmente estriba el carácter genuinamente jurisdiccional del órgano (y de su función) que se crea está en el estatuto orgánico que se disponga para el mismo, y la pregunta a responder es clara: ¿está dotado el estatuto orgánico del "tribunal especial" de verdaderas garantías formales y materiales (equivalentes a las del COT o mejores) que aseguren la independencia del órgano? Si no es así, sencillamente no estaremos ante un órgano jurisdiccional por más que el legislador se empeñe en declarar que el Director Regional, el Panel de Expertos o la Dirección General se constituyen en tribunales independientes.

Nos parece evidente en el caso de nuestro sistema jurisdiccional que no se quiere reconocer que el legislador tiende a crear estos órganos especiales y colocarlos fuera del Poder Judicial justamente con la finalidad de aligerar costos de todo tipo que conlleva la creación de verdaderos tribunales, y de simplificar el complejo y completo estatuto orgánico de los tribunales a extremos inaceptables. Por eso se puede decir que todavía en Chile no se halla asegurada la eficacia del principio de unidad de jurisdicción, y por consiguiente el derecho (la garantía) al juez independiente en lo contenciosos administrativo.

Por otra parte, tampoco se encuentra en la Sentencia del TC ni una sola palabra sobre aquello que más o menos hace cien años estableciera CHIOVENDA<sup>3</sup>: que para ejercer la jurisdicción hay que estar situado procesalmente hablando en una posición de *alienità* o, en otras palabras, que el juez que ejerce jurisdicción deba tener desinterés objetivo. Es decir, el

<sup>2</sup> Basta con consultar la Constitución española (arts. 117 y ss CE) o italiana (arts. 101, 102 y ss CI) o alemana (arts. 92 y ss) para llegar a esta conclusión.

<sup>3</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de Derecho procesal civil*, tomo I, Madrid, 1922, pp. 339 y ss. También *Instituciones de Derecho procesal civil*, tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954 (traducción de Gómez Orbaneja), p. 12.

juez ha de estar en una situación jurídica que asegure que se halla ante el objeto del proceso en posición de indiferencia y de indiferencia jurídica y material ante el resultado del juicio.

Resulta bien palmario que un órgano administrativo que resuelve como tribunal un asunto propio ante un reclamo de cualquier justiciable no tiene ni jurídica ni materialmente desinterés objetivo, sino todo lo contrario: resuelve en causa propia y le interesa el resultado (y más aún, eso es lo que se debe esperar de un órgano administrativo). Esta afirmación es totalmente pacífica en doctrina procesal (Chioyenda, Proto Pisani, Ferrajoli, Montero Aroca, Ortells Ramos, entre muchos). La Administración “juzga” en causa propia y por tanto en ella se encuentra una fórmula autotutelar de “resolución del asunto”<sup>4</sup>, no heterotutelar, que es la naturaleza propia de la función jurisdiccional.

Por la razón precedente se podría decir que ningún órgano de la Administración juzga en el sentido del art. 76 CPR<sup>5</sup>. Es decir, no cabe duda que el Director Regional juzga, pero no juzga en el sentido constitucional del art. 76, que se refiere al juzgar de los jueces que ejercen la función jurisdiccional como medio heterotutelar de solución de conflictos, juzgando en causa ajena, de terceros, y no en causa propia. De eso ya hay claridad hace mucho tiempo<sup>6</sup>.

Ciertamente no es este el problema jurídico de fondo planteado en el recurso y resuelto en la Sentencia –aunque sí está muy presente–, pero es en realidad el verdadero y auténtico problema de nuestro sistema procesal contencioso tributario (y de los demás contenciosos administrativos). Que se haya declarado inaplicable el art. 116 (la delegación) es jurídicamente insignificante frente al problema real, cual es la mayúscula

<sup>4</sup> Vid. CORDERO VEGA, Luis, *El procedimiento administrativo*, LexisNexis, Santiago, 2003, pp. 163-164.

<sup>5</sup> Por esta razón discrepo de aquellos que insisten que la Ley puede crear órganos administrativos con potestades jurisdiccionales con base en que la Constitución no establece la exclusividad de la función jurisdiccional en el Poder Judicial. Si bien (lamentablemente) no existe exclusividad jurisdicción del Poder Judicial en nuestro Derecho (en la Constitución) ello no autoriza a crear órganos administrativos con potestades, así, sin más. En consecuencia coincidimos con la posición que defiende BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “Principios de una nueva justicia administrativa en Chile”, en *Justicia Administrativa*, AA.VV. (coordinador Ferrada Bórquez), LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 357-366. En cambio, la posición criticada es la que sostiene la Sentencia del TC comentada, y también parte de la doctrina. Por todos, *vid.* SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho constitucional*, tomo VIII, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 2002, pp. 64-71, y VERGARA BLANCO, Alejandro, “El contencioso administrativo en materia eléctrica...”, *cit.*, pp. 254 y ss.

<sup>6</sup> Hace muchísimos años CHIOYENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho procesal civil*, *cit.*, p. 12, decía “también la Administración juzga, puesto que no se obra sino sobre la base de un juicio; pero juzga de su propia actividad. En cambio, la jurisdicción juzga de la actividad ajena y de una voluntad de ley que concierne a otros”. Tras él todo el procesalismo científico sostiene lo mismo casi sin fisuras.

inconstitucionalidad del art. 115 y de todas las normas equivalentes que existen en otros cuerpos legales y que entregan potestad jurisdiccional a órganos administrativos, para resolver en causa propia. No se nos debe olvidar que el art. 115 dispone que "El Director Regional conocerá en primera o en única instancia", haciendo referencia a la (primera o única) instancia del "proceso tributario". Tampoco podemos preterir el art. 120 que se refiere a la posibilidad de recurrir de apelación contra la decisión de *primera instancia* ante la Corte de Apelaciones (art. 120 CT).

Frente a esta situación que aparece de manifiesto en nuestro sistema hay dos posiciones posibles y con consecuencias extraordinariamente importantes.

Primera posición: La que expone el voto disidente de la Sentencia en comento y que consiste en definitiva en sostener que lo que pasa en el caso del art. 116 (y en el art. 115 también) es que nos hallamos propiamente ante un recurso administrativo y ante órgano administrativo que resuelve como tal.

Como ello es así, esta posición sostiene que la resolución del asunto por la Administración no constituye función jurisdiccional ni actividad procesal, y en consecuencia estima perfectamente posible delegar la "potestad administrativa", lo cual en principio no reviste problema alguno de inconstitucionalidad.

A partir de esta misma regla, en principio, tampoco habría vicio de inconstitucionalidad en los poderes del mismo Director Regional (art. 115), puesto que se trataría de pura actividad administrativa, y no jurisdiccional.

Esta posición parte de una concepción inicialmente correcta, pero deriva de ella una consecuencia claramente inadecuada, al dejar de considerar el presupuesto esencial para que lo primero sea admisible.

En efecto, es perfectamente posible que un Ordenamiento determinado le otorgue a la Administración el poder de aplicar *ab initio* el Derecho en un procedimiento administrativo o incluso actuar *ab initio* el Derecho administrativo sancionador y establecer procedimientos administrativos de reclamación ante la misma Administración, pero siempre bajo una condición o presupuesto esencial: que la resolución del recurso administrativo se pueda someter a un posterior y genuino juicio jurisdiccional completo, que permita abrir un proceso de cognición y revisión integral del asunto administrativo. Donde se pueda discutir y alegar con amplitud, donde se cuente con una fase probatoria en esas mismas condiciones y con una posterior fase de recursos completa.

Esta condición no concurre en nuestro Ordenamiento. He aquí la trampa de esta posición. La reclamación de apelación ante la Corte de Apelaciones no puede ser considerada un verdadero proceso jurisdiccional integral. Se trata de una vía de impugnación estrechísima que no satisface en absoluto el derecho a la tutela jurisdiccional.

El error del voto disidente estriba en que, aun cuando parte sosteniendo algo que es correcto, que el art. 116 no se refiere a un proceso jurisdiccional, sino a un puro recurso o procedimiento administrativo (en cuanto a su naturaleza jurídica), elude u omite hacer la consideración primordial, cual es que en la práctica ese recurso administrativo opera en lugar o cual si fuera auténtica tutela jurisdiccional de primer grado (que es la fundamental) y en contra de la cual se puede recurrir de manera limitadísima (si se le compara con un verdadero proceso de cognición). Eso es lo que se reconoce y establece abiertamente en el art. 115 y 120 CT.

Segunda posición: Ante esta realidad es evidente que lo que acontece verdaderamente es que la Administración al conocer del procedimiento administrativo (en hipótesis del 115 ó 116 da lo mismo) está sustituyendo (usurpando) de manera inconstitucional el primer o único grado de conocimiento jurisdiccional —que es el más importante—, y en el cual realmente se conoce y resuelve el asunto, quedando la reclamación jurisdiccional como una oportunidad estrecha y abreviadísima de impugnación.

Esta es la solución que nos parece correcta, pero tiene un grave inconveniente: resulta muy gravoso para nuestro Ordenamiento reconocerlo. Es cierto, el art. 116 es inconstitucional, pero más inconstitucional es todavía el art. 115, y con ello todas las demás normas que otorgan potestades administrativas de resolución de asuntos litigiosos, en sustitución de las jurisdiccionales, a órganos de la administración.

### III. INFRACCIÓN DE GARANTÍAS ORGÁNICAS Y PROCESALES

La actuación de potestades administrativas de resolución de asuntos tributarios en lugar de —o como si fuera— un genuino juicio jurisdiccional va a importar la infracción de garantías que se proclaman o que se creen proclamadas en la Constitución y las leyes, pero que en realidad no tienen eficacia normativa.

Podríamos despachar el asunto afirmando simplemente que el sistema tal cual ha sido descrito no satisface la tutela jurisdiccional, ni aun entendida esta en su forma más básica y rudimentaria como el Derecho de acceso al proceso jurisdiccional, pues ni siquiera eso se asegura en el contencioso tributario. Tal afirmación nos parece conclusión obligada, salvo que estemos dispuesto a rebajar los “estándares de calidad” al punto de darnos por satisfechos con la impugnación ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Otra garantía que viene inseparablemente unida al derecho a la tutela jurisdiccional es el *derecho al juez independiente*. Bastaría con negar el respeto a la tutela jurisdiccional para concluir que es imposible que se dé el respecto de esta otra. Pero, pongámonos en la posición del TC que dice que el Director Regional es un juez especial y que enjuicia en toda regla

y sin tacha de inconstitucionalidad, pues se trata de un juez establecido por la Ley, con lo cual se satisfaría el principio de legalidad que tanto importa en la doctrina de dicho TC. Si ello fuera cierto sí que importaría preguntarse por la independencia. ¿Tendría independencia este juez especial, llamado Director Regional del SII? ¿Se respetaría el derecho a un juez independiente? Ni una sola palabra sobre este punto ha dicho el TC.

Ciertamente una característica esencial de todo tribunal que ejerce potestad jurisdiccional es que este sea independiente. Y se es independiente en cuanto el juez no se halle sometido a ninguna autoridad pública o privada (externa o interna), ni a criterios o fines que no sea únicamente la Ley (el Derecho). Se es independiente para quedar sometido solamente al Derecho y consecuencia de ello es que el juez no tiene sobre sí superior jerárquico judicial (en el ejercicio jurisdiccional) ni se halla sometido a autoridad pública o privada.

Casi está de más decir que esta característica esencial de los jueces y tribunales no solo la deben poseer los que forman parte del Poder Judicial, sino también todos aquellos que ejercen jurisdicción. A ese fin va dirigido el o los estatutos orgánico-jurídicos especiales a que son sometidos los jueces y tribunales. En estos, con el fin de asegurar la independencia, se establecen garantías formales y materiales. Es decir, se asegura y consagra un marco orgánico-jurídico que posibilite, que haga real y creíble, decir que los jueces y tribunales son independientes y que por lo tanto resuelven sometiéndose únicamente al Derecho.

Garantía formal de esa independencia es que el estatuto orgánico jurídico deba venir en todo caso regulado por una Ley Orgánica Constitucional, lo que importa que ese estatuto ofrezca seguridad jurídica y estabilidad al órgano en todas las regulaciones esenciales que le tocan.

Las garantías materiales tienen que ver con la larga serie de asuntos expresamente previstos por el legislador con el fin de dar un desarrollo material a la garantía formal, esto es, que la haga efectiva. Por ello se hace una regulación de un sistema de ingreso específico, se regula el sistema de ascensos, así como los deberes y prohibiciones, y, en fin, por eso mismo se consagra la inamovilidad y responsabilidad tan especial de los jueces.

Los funcionarios de la Administración (que ejercen funciones jurisdiccionales o no) son por definición dependientes, pues se hallan sometidos o forman parte de instituciones jerarquizadas, y su función no se agota en la aplicación del Derecho con independencia de sus superiores jerárquicos. Estos precisamente deben instruirles y ordenarles cómo aplicar la Ley.

Nótese que esto está específicamente reconocido en el CT en su art. 6 letra (A) Nº 1, en la cual se establece que el Director del Servicio es la autoridad encargada de "interpretar administrativamente las disposiciones tributarias, fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes



para la aplicación y fiscalización de los impuestos”. El inciso final del art. 6 CT cierra y concluye la disposición estableciendo que el Director Regional, en el ejercicio de sus funciones, debe ajustarse a las normas e instrucciones impartidas por el Director del Servicio<sup>7</sup>.

A su turno la Ley Orgánica del Servicio de Impuesto establece expresamente que ese sometimiento a las instrucciones del jefe del Servicio también opera en el ámbito del ejercicio de las “facultades jurisdiccionales” (art. 19 letra (b), DFL N° 7 de 1980).

Dicha situación de sometimiento al superior jerárquico se explica por infinidad de razones, pero ciertamente todas ellas se justifican en último término en que la función de la Administración no se agota en la aplicación del Derecho, sino que ella debe extenderse a —o mejor, proveer— lo necesario para la obtención de determinados intereses concretos. O dicho de otra manera su función no se agota en la pura aplicación del Derecho y en esa aplicación no es ni debe ser independiente, pues eso haría imposible la articulación del mismo fin de Administrar el Estado. A la Administración le corresponde “diseñar y ejecutar políticas públicas” mientras que a los jueces no<sup>8</sup>.

Se podría insistir con el argumento de que el Director Regional (o su delegado) cuando resuelve como *tribunal especial* deja de ser un órgano sometido al Jefe del Servicio y en esa función actúa como un perfecto juez

<sup>7</sup> Vid. RADOVIC SCHOEPEN, Angela, *Obligación tributaria*, ConoSur, Santiago, 1998, pp. 92-104; ALTAMIRANO CATALÁN, MARCO y MUÑOZ BENAVENTE, Felipe, *Derecho tributario. Parte general*, LexisNexis, Santiago, 2006, pp. 216-225.

<sup>8</sup> Son realmente muy esclarecedoras las palabras de FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995 (traducido por Andrés Ibáñez, Ruiz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco y Cantarero Bandrés), p. 579, cuando dice que: “(...) la actividad jurisdiccional, como todas las actividades cognitivas, no está dirigida a la satisfacción de intereses preconstituidos. Los demás órganos del Estado —las instituciones legislativas, el gobierno, los entes públicos, la administración pública—, aun operando con las formas y dentro de políticas más o menos contingentes, según colocación institucional y su ámbito de autonomía. Discrecionalidad y/o dependencia, autonomía y/o subordinación jerárquica, poder de dirección y/u obediencia a las directrices impartidas, caracterizan en consecuencia todas sus actividades, unas veces informadas por la voluntad de la mayoría, otras por el interés de la administración pública. Los jueces, por el contrario, no persiguen ningún interés prejudicial sino solo la averiguación de la verdad en cada causa de que conocen, después de un juicio contradictorio entre sujetos portadores de intereses en conflicto”.

También MONTERO AROCA, Juan, “La incompatibilidad de funciones en el proceso”, en *Proceso y garantía. El proceso como garantía de libertad y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 670, dice al respecto “(...) hay que recordar que la Administración sirve a los intereses generales (...) y lo hace partiendo de una determinada concepción política de lo que son los mismos y de los medios más aptos para lograrlos, aunque actúe con objetividad y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (...) Ese servicio de los intereses generales se hace desde una perspectiva necesariamente parcial, por cuanto se corresponde con lo que el Gobierno entiende que son esos intereses generales en cada caso y con la que estima es la mejor manera de conseguirlos (...)”.

independiente, siendo su único fin resolver sometido a la Ley. Ante esto habría que preguntarse: ¿cuál estatuto orgánico a que queda sometido ese órgano administrativo que *muta* en Tribunal? Si se le aplica siempre y en todas sus partes el Estatuto de la Administración y del Servicio ¿cómo se puede insistir en calificarle de Tribunal? ¿Qué garantías orgánicas se dan para asegurar que el Director Regional va a actuar con la independencia características de los jueces si se le aplica el estatuto de los funcionarios de la Administración, que por definición son dependientes?

Habría que preguntarse si el “juez tributario” puede (en la práctica) apartarse de las interpretaciones e instructivos del Jefe del Servicio. Y si ello es así, ¿cómo se garantiza materialmente esa independencia? Esto no parece posible según lo que se dispone en el mismo art. 6 inciso final del CT y la Ley orgánica del Servicio.

Respecto al denominado derecho al juez imparcial (que es una garantía distinta), habría que establecer que la eficacia del mismo es radicalmente imposible, si consideramos a la Administración impedida de ejercer funciones jurisdiccionales. Si no hay independencia en la Administración que juzga no tiene sentido plantearse su imparcialidad. Si falta la primera garantía orgánica no podrá existir la segunda.

Basta con recordar lo que CHIOVENDA<sup>9</sup> quería decir con esto de la *alienità* de los jueces que ejercen jurisdicción. La verdadera jurisdicción debe poseer esta característica y la Administración (el Director Regional o cualquiera otro) no la tiene cuando “enjuicia” hechos propios o respecto de los cuales tiene intervención material la institución a la que pertenece.

La Administración (el Director Regional o su delegado) está interesada objetivamente<sup>10</sup> en el asunto que debe resolver y en el resultado del “juicio”. Tanto es así que resuelven como tribunal especial sobre una reclamación en contra de un acto previo del mismo Servicio.

Pero actualmente puede decirse algo todavía más delicado y que compromete de manera radical no solo la imparcialidad propia de los jueces, que supone la falta de interés objetivo en la contienda, sino además la falta de interés personal o subjetivo que debe poseer quien aplica el Derecho al caso concreto. Una situación extrema es la que se da con cierta política de incentivo económico para los funcionarios del SII (in-

<sup>9</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de Derecho procesal civil*, tomo I, Madrid, 1922, pp. 339 y ss; también en *Instituciones de Derecho procesal civil*, tomo II, cit., pp 1 y ss. Actualmente le siguen todos, por ejemplo, PROTO PISANI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1996, p. 10; MONTERO AROCA, Juan, “La incompatibilidad de funciones en el proceso”, cit., p. 669; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal civil*, tomo I, ECERA, Madrid, 1995, pp. 26-27.

<sup>10</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho procesal civil*, tomo I, cit., pp. 23 y ss., dice justamente que la jurisdicción tiene desinterés objetivo en el asunto que se le somete, mientras que la Administración tiene interés objetivo.

cluidos los Directores y sus delegados) vinculado a resultados y que se mide por tasas de recaudación<sup>11</sup>. Una política de remuneración asociada a la "productividad en la recaudación de tributos" de los funcionarios del SII puede ser considerada lesionadora del debido desinterés subjetivo en los asuntos que deben resolver los funcionarios del SII. Desde luego, normas de esta naturaleza son inadmisibles en un sistema donde rija la eficacia de la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales<sup>12</sup>.

#### IV. EL ESPEJISMO DEL DEBIDO PROCESO O, MEJOR, DEL PROCEDIMIENTO RACIONAL Y JUSTO

Se suele argumentar de manera más o menos general sobre el debido proceso y el racional y justo procedimiento que debería aplicarse (?), a los procedimientos concretos que el legislador establezca.

Consideramos que este tipo de preocupación acaba produciendo más confusión que claridad, si no se establecen ciertos presupuestos previos para entender adecuadamente la cuestión.

En efecto, debe esclarecerse, antes que todo, que cuando se habla de la racionalidad de un procedimiento y del establecimiento de ciertas garantías en él, no se quiere decir que estemos necesariamente hablando del debido proceso como garantía de actuación de la jurisdicción. La voz jurídica procedimiento es más amplia y abarca realidades jurídicas no vinculadas al ejercicio de la jurisdicción. Como es ampliamente conocido, puede haber procedimiento sin proceso ni jurisdicción.

En ese caso el procedimiento es un conjunto de actos ordenados y consecutivos más o menos reglamentados, y que tienen por fin encausar una petición que debe ser resuelta, generalmente con conocimiento de ciertos antecedentes, por parte de un órgano decisorio. Esto es lo que sucede cuando la Administración aplica el Derecho objetivo en el caso concreto; no hay detrás de aquellas formas ni jurisdicción ni proceso.

Entonces, ¿puede este procedimiento no jurisdiccional, como el tributario, ser un procedimiento justo y racional?

Nuestra respuesta es rotundamente afirmativa: claro que sí. Pero junto con eso hay que añadir que eso no hace mutar la misma calidad del procedimiento, dejando de ser esencialmente administrativo, no jurisdiccional y pasando a contener un proceso jurisdiccional. El procedimiento puede ser racional, puede contener más o menos garantías para el peti-

<sup>11</sup> Incentivo creado por el artículo 12 de la Ley 19.041 del año 1991. El porcentaje de asignación es fijado anualmente por Decreto de Hacienda, dependiendo de la recaudación del año anterior, el que se aplica sobre el total de remuneraciones permanentes.

<sup>12</sup> Lo han puesto de relieve ALTAMIRANO CATALÁN, Marco y MUÑOZ BENAVENTE, Felipe, *Derecho tributario...*, cit., p. 221.

cionario (lo cual es bueno que así sea), pero detrás de aquellas formas siempre habrá en último término una aplicación Administrativa del Derecho (un seudojuez tributario que aplica el Código del ramo). Ninguna garantía procedimental puede borrar la falta de independencia y de imparcialidad de la Administración cuando con interés objetivo aplica el Derecho, resolviendo sobre hecho propio o sobre un hecho en el que su institución ha intervenido.

Por lo tanto si queremos hablar de debido proceso de veras (y no quedarnos en la superficialidad del procedimiento), antes debemos preocuparnos de establecer verdaderos órganos jurisdiccionales, con un estatuto orgánico que asegure su independencia externa e interna, tanto como su imparcialidad, y con las adecuadas garantías materiales para que así acontezca.