

## LECCIÓN PRIMERA

### CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. El Derecho Administrativo como medio de regular la regulación. II. DE QUÉ HABLAMOS CUANDO NOS REFERIMOS A DERECHO ADMINISTRATIVO 2. Contenido del Derecho Administrativo. 3. El Derecho Administrativo como expresión del Derecho Público. 4. Los dos enfoques sobre los cuales se construyó el Derecho Administrativo. 5. La visión contemporánea del Derecho Administrativo. 6. Las nuevas dimensiones producto del Derecho Administrativo Global. III. LOS ELEMENTOS TRADICIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. 7. Criterios para aplicar su contenido. 8. Criterios para entender su aplicación en Chile. 9. La tradicional distinción entre Derecho público y privado: su permanente utilidad práctica. IV. EL PROBLEMA DE LA DELIMITACIÓN CON OTRAS FUNCIONES PÚBLICAS Y EN ESPECIAL LOS LÍMITES RESPECTO DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL. 10. El Ejecutivo como centro de referencia. 11. Los cambios contemporáneos en las funciones públicas. 12. La Administración ejerce funciones jurisdiccionales. V. QUÉ CARACTERIZA AL DERECHO ADMINISTRATIVO CHILENO. 13. El Derecho Administrativo Chileno durante la CPR de 1925. 14. El Derecho Administrativo Chileno tras la CPR de 1980. VI. LA CONSTITUCIÓN EXIGE UN RÉGIMEN JURÍDICO COMÚN APLICABLE A LA ADMINISTRACIÓN. 15. Tipicidad de la Administración. 16. Espacios normativos comunes exigidos por la Constitución. VII. LA INTERPRETACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO. 17. La interpretación en el Derecho Administrativo. VIII. LA CUESTIÓN REFERENCIAL: ¿CÓMO VER A LA ADMINISTRACIÓN Y SU DINÁMICA NORMATIVA? 18. La importancia del Ejecutivo. 19. Las relaciones del Ejecutivo con el Congreso. 20. La procedimentalización del Derecho Administrativo. IX. ANÁLISIS DE CASO: EL PROBLEMA DE CONFIGURACIÓN DEL PANEL DE EXPERTOS EN MATERIA ELÉCTRICA. 21. La naturaleza jurídica del Panel de Expertos.*

#### I. INTRODUCCIÓN

1. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO MEDIO DE REGULAR LA REGULACIÓN. La presente lección tiene una finalidad introductoria en un doble plano: (a) dogmático, referido a la definición y elementos del Derecho Adminis-

trativo, en tanto Derecho que regula a los organismos de la Administración y su relación con las personas; y (b) práctico, se expone a los lectores las principales controversias de las cuales se tiene que hacer cargo el Derecho Administrativo.

En términos generales, se indica que los objetivos históricos perseguidos tras las regulaciones establecidas por la Administración y en las dinámicas de relaciones entre el Estado y las personas, han puesto en entredicho o sospecha los supuestos tradicionales sobre los cuales han descansado la teoría de las potestades y la titularidad de derechos.

En efecto, el Derecho Administrativo es un modo de “regular la regulación” (Ginsburg) como una vía para que los organismos de la Administración se sometan a ciertas reglas en la interacción con la sociedad. De esta manera, es posible observar su funcionamiento en dos dimensiones: (a) en la determinación de actos asignativos o adjudicativos (permisos, autorizaciones, concesiones, beneficios, sanciones, etc.); y (b) en la definición de las reglas como normas de derecho objetivo sectorial o general de orden sub-legal. Como se afirma, el Derecho Administrativo es una interface entre el Estado y la sociedad: por un lado los funcionarios públicos y las instituciones administrativas; y por el otro los ciudadanos, las empresas, los grupos de interés, las ONG, entre otras<sup>56</sup>.

En este sentido, resulta indispensable tener claridad sobre qué hace diferente a la actividad de la Administración de las demás funciones estatales. Este asunto, que en principio pareciera obvio, no lo es tanto, esencialmente porque los supuestos tradicionales del Estado constitucional que construyeron una trilogía de poderes de separación pedagógica, con el pasar de los años, se ha complejizado en dos sentidos: (a) confiriendo potestades normativas a la Administración cada vez más intensas; (b) el ejercicio de la potestad jurisdiccional ya no es privativa de los tribunales de justicia. De este modo, cada cierto tiempo vuelve entre nosotros el debate sobre la distinción entre la función administrativa y jurisdiccional, y en particular si la Administración puede investir esta última. Parte de esa discusión está centrada hoy en el rol de las Superintendencias.

---

<sup>56</sup> ROSE-ACKERMAN-LINDSETH (2010) 1.

De este modo y en razón a lo señalado, es indispensable realizar unas breves consideraciones sobre las Lecciones de Derecho Administrativo, ahondando en el concepto de derecho administrativo, sus elementos tradicionales, la delimitación de funciones y un resumen de cómo ver a la administración y su dinámica normativa, que servirá de base para el estudio posterior del derecho administrativo.

## II. DE QUÉ HABLAMOS CUANDO NOS REFERIMOS A DERECHO ADMINISTRATIVO

2. CONTENIDO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. Una manera sencilla de hablar del Derecho Administrativo es indicar que es el Derecho propio y peculiar de la Administración pública, no obstante ser una definición correcta o adecuada, esta debe ser matizada. En efecto, el Derecho Administrativo comprende un conjunto diverso de normas jurídicas, que tienen como referencia común a la Administración Pública. Esas normas regulan la organización administrativa, la actividad de la Administración, sus relaciones con los sujetos de derecho, privados y públicos, y los controles jurídicos a que la administración está sometida<sup>57</sup>.

Por otro lado, el Derecho Administrativo es entendido como un poderoso sistema normativo destinado al control de la actividad de los organismos administrativos y sus funcionarios, en la gestión que ellos realizan con habitualidad (regulando, adjudicando, realizando actuación material). En otros términos, el Derecho Administrativo actúa como un gran sistema de escrutinio de la actividad del Gobierno.

En efecto, la Administración regula y gestiona el medioambiente; provee de subsidios a los agricultores o a empresas de menor tamaño; regula la venta y producción de medicamentos y de los alimentos en general; otorga beneficios de seguridad social; dispone de policías para resguardar el orden público; gestiona el transporte terrestre, marítimo y aéreo; garantiza los derechos de los trabajadores; certifica la existencia y muerte de las personas naturales, entre otras tantas funciones.

---

<sup>57</sup> SÁNCHEZ MORÓN (2005) 37; COSCULLUELA MONTANER (2012) 36; ESTEVE PARDO (2014).

De este modo, es vital para cualquier abogado tener sólidos conocimientos de las reglas y principios que regulan el Derecho Administrativo. En nuestro modelo constitucional, como se verá, el eje del sistema descansa en el Presidente de la República<sup>58</sup>, desde el cual o frente al cual se construyen nuestro diseño y competencias, adoptando decisiones de fundamental trascendencia para la vida cotidiana de los ciudadanos. Por ejemplo, es al Presidente de la República a quien, de conformidad a la Ley Ambiental,<sup>59</sup> le corresponde la determinación de la calidad ambiental de la cual disfrutaban los ciudadanos; es a la Administración a través del Ministerio de Transportes a quien le corresponde definir cómo se estructura el sistema de transporte público, cuando decide licitar el uso de las vías públicas en tanto bienes nacionales de uso público<sup>60</sup>; es el Ministerio de Energía quien frente a una condición limitada de abastecimiento puede decretar racionamiento eléctrico, legitimando por esa vía la interrupción del servicio público de distribución de energía eléctrica<sup>61</sup>; es al Ministerio de Salud a quien le corresponde definir el estándar de calidad de los alimentos que consumimos, etc.

En resumen, los organismos administrativos pueden: (a) distribuir beneficios sociales; (b) establecer estándares sobre los cuales deben funcionar ciertas actividades; (c) otorgar permisos y autorizaciones para el funcionamiento de muchas de ellas; (d) definir criterios de aplicación general mediante políticas y planes, pero también mediante el establecimiento de reglas de alcance general; (e) gestionar bienes del dominio público; (f) dictar sus decisiones en el contexto de procedimientos debidamente instruidos; y (g) suscribir contratos, incluso para la gestión de actividades de interés público.

Estos simples ejemplos sobre el nivel de profundidad que llegan a tener los organismos administrativos son suficientes para hacer indispensable disponer de reglas del juego que determinan su actuación, legitiman su intervención y supongan su control.

---

<sup>58</sup> Artículos 24 y 38.1. de la CPR; artículo 1º, LOCBGAE.

<sup>59</sup> LBMA.

<sup>60</sup> Artículo 3, Ley N° 18.696.

<sup>61</sup> Artículo 163, LGSE.

Por eso es relevante construir un régimen jurídico común que dé garantías de esas reglas.

3. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO PÚBLICO. Por consiguiente, el Derecho Administrativo está inserto en las discusiones que rodean al Derecho Público<sup>62</sup> y que están íntimamente ligadas a la evolución que en los últimos 150 años ha tenido el rol del Gobierno. En efecto, una de las cosas que demuestra esa evolución es la dramática expansión y el rango de tareas que ha debido abordar la Administración, producto de la propagación de las responsabilidades públicas. Esa expansión, con distintas denominaciones que no sólo se han traducido en más funcionarios estatales, ha resultado en un grado de interacción sin precedentes entre el Gobierno, la economía y la sociedad. Hoy vivimos en una sociedad altamente regulada. Este crecimiento del rango de tareas asignadas al Ejecutivo ha sido promovido por la ley, lo que ha generado a ratos un verdadero sistema de emergencia de Derecho Administrativo que ha impactado sustancialmente el derecho positivo.

La formación de lo que en algún momento se denominó el Estado Administrativo es resultado de una explosión legislativa, en el contexto de la generación de derechos y deberes, lo que ha dado origen a nuevas agencias administrativas que dan cuenta de nuevas tareas y obligaciones que se deben implementar y que se han transformado en nuevas responsabilidades. Esto ha generado dinámicas de experto cada vez más complejas y exigidas por intervenciones eficientes, el aumento de tales organizaciones con potestades de regulación normativa de alcance general que imponen derechos y obligaciones (semejantes a la potestad reglamentaria del Presidente de la República) y con potestades de resolución de controversias propias de la jurisdicción.

Esta expansión, a ratos inorgánica, ha significado el establecimiento de un conjunto de instituciones con diversas denominaciones, composiciones y atribuciones, que muchas veces hace imposible disponer de un criterio de diseño institucional y ejercicio de atribuciones discernibles, pese a

---

<sup>62</sup> En la denominación Martín LOGHLIN (2003) 1-5, incluye los debates sobre el Gobierno, la Política, la Representación, la Soberanía, el poder constituyente y los derechos.

los esfuerzos que han existido. Lo anterior se complejiza cuando en las últimas décadas la Administración ha procedido a utilizar instituciones organizacionales de Derecho privado para ejercer funciones públicas<sup>63</sup>, o ha entregado la gestión de servicios o actividades de interés general o potestativas a particulares.

La situación recién descrita ha generado una gran confusión entre los juristas, lo que ha dado origen a posiciones interpretativas antagónicas, muchas veces influenciadas por la política. Lo anterior ha permitido a algunos concebir el Derecho Administrativo como una construcción exclusivamente ideológica<sup>64</sup>.

Es este contexto, la literatura legal ha ido desarrollando conceptos tales como legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, debido procedimiento administrativo, con el objetivo de elaborar un marco conceptual del Derecho Administrativo. Pero como se afirma, este edificio conceptual a ratos descansa sobre pilares inciertos. Lo anterior, pues el Estado moderno generalmente emplea “tácticas” más que el “Derecho”, lo que tiende a generar un “uso táctico del derecho” o bien su uso como un “instrumento de gestión de la política pública”<sup>65</sup>. Esto significa que el derecho positivo a veces forma parte –y no necesariamente constituye parte– del régimen administrativo, lo que genera ciertamente problemas de interpretación legal, situación que se ve complejizada en sistemas legales como el nuestro donde la influencia del neoconstitucionalismo ha transformado al Derecho Público en un debate de argumentación de valores, más que de regulaciones.

---

<sup>63</sup> Es el caso de la utilización de Corporaciones o Fundaciones por parte del Estado. En tal caso el artículo 6° de la LOCBGAE señala que no podrán ejercer potestades públicas.

En Chile existe un antiguo caso de una Corporación de Derecho Privado que ejerce potestades públicas, que es la CONAF. Sin embargo, recientemente el TC ha advertido de la irregularidad constitucional de esta situación. Vid, STC Rol N° 1024, C. 8° a 21°.

De igual modo, el CPLT ha señalado que las Corporaciones o fundaciones en las que el Estado participe, aunque se encuentren sujetas al Derecho privado, igualmente están sometidas a la LAIP, dado que finalmente tras su estructura jurídica siempre se encuentra el Estado. Ver en este sentido decisiones A211-09, A327-09, R23-09, C378-09, además del dictamen N° 75.508, de 2010.

<sup>64</sup> Ver en este sentido el planteamiento de SOTO KLOSS, (1996).

<sup>65</sup> LOUGHLIN (2003) 27.

Lo anterior genera interpretaciones sobre el Derecho Público en general y el Derecho Administrativo en particular, altamente polarizadas, como se analizará durante las Lecciones de Derecho Administrativo.

4. LOS DOS ENFOQUES SOBRE LOS CUALES SE CONSTRUYÓ EL DERECHO ADMINISTRATIVO. A fines del s. XIX Dicey realizó la crítica más certera contra el modelo de Derecho Administrativo, que por aquellos años estaba representada por el modelo francés construido tras la revolución. Para Dicey ese era un modelo de privilegios, incompatible con la regla de *rule of law* que reclamaba el establecimiento de un principio de igualdad, de manera que repudiaba cualquiera idea que contuviese potestades con autotutela, sistema de solución de controversias especializados y la idea misma de un Derecho para el poder. Esta crítica fue determinante en el Derecho Inglés de principios del siglo XX, tanto que se sostenía que este era un modelo que no tenía “Derecho Administrativo”.

La tesis de Dicey fue muy influyente. Desde entonces metodológicamente los clásicos profesores de Derecho Administrativo han comparado ambos sistemas para explicar uno sometido a reglas comunes con los particulares, de otro que dispone de reglas especiales o un Derecho común aplicable al Estado. Esa distinción hoy no tiene mucho sentido, entre otras cosas porque el propio Derecho Inglés reconoce un amplio modelo de Derecho Administrativo, pero, por otro lado, porque esta disciplina se ha ido construyendo más que como un régimen en beneficio del “poder” en términos negativos, en un modelo explicativo de la manera en que debemos regular a la Administración en la promoción del interés público. Eso explica la existencia de dos grandes corrientes para analizar ese sistema en la actualidad.

5. LA VISIÓN CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. En efecto, se afirma<sup>66</sup> que se ha ido produciendo un cierto consenso en que el Derecho Administrativo no sólo se puede ver desde la perspectiva del conflicto entre la administración y el ciudadano, tan bien reflejada en la contienda contenciosa administrativa (en la tensión sobre la legalidad y sus alcances, denominada *Red Light Theory*), o desde la perspectiva de los resultados de prestación, reflejado en el debate del servicio público (la condición prestacional amplia y directa del Estado), sino que también es necesario dimensionarlo sobre cierto consenso de los valores que concurren en las

---

<sup>66</sup> HARLOW-RAWLINGS (2009) 46.

regulaciones de las administraciones y representadas por el Derecho Administrativo (denominada *Green Light Theory*). Estos se traducen en una trilogía de valores: transparencia, participación y *accountability* (rendición de cuentas), que se reflejan en la expresión “buena gobernanza”<sup>67</sup>.

Pero existe una razón adicional: la configuración de la distribución de protagonismos en la solución de los asuntos públicos. Mientras en el s. XIX la idea quedó reflejada en el dualismo regla legal-asignación de derechos en tribunales; el s. XX, particularmente tras la crisis del Estado de Bienestar, implicó una verdadera revolución. Por tal motivo se afirma que uno de los desarrollos institucionales más importantes del s. XX es el cambio del paradigma de la regulación desde los tribunales del derecho común a la regulación a través de agencias administrativas<sup>68</sup>.

Pero además, producto de estos cambios, se ha ido consolidando una tendencia denominada “reforma del Derecho Administrativo”, cuya idea central es que el Derecho Administrativo contemporáneo ya no se concibe a sí mismo como un sistema aislado, encerrado en los esquemas y conceptos que lo vieron nacer, es decir, como Derecho típicamente nacional (i), concentrado en el ejercicio de poder o de autoridad (ii), y como Derecho de aplicación cuasi-mecánica de una omnisciente legislación primaria (iii). Ninguna de esas tres coordenadas ha permanecido inalterada a lo largo del tiempo<sup>69</sup>, lo que exige nuevas miradas y conceptos que veremos a través de este libro.

6. LAS NUEVAS DIMENSIONES PRODUCTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL. En la última década un grupo de profesores ha promovido la existencia de un Derecho Administrativo Global. Con esta denominación se quiere destacar la existencia de un conjunto orgánico y normativo de entidades supraestatales y transnacionales de muy diverso orden, es decir, configurados por Estados, empresas, ONG, etc., que desarrollan estructuras de organización y normativas que inciden directamente en los Derechos

---

<sup>67</sup> Esta forma de comprensión, pero con otras expresiones se encuentra en PANTOJA BAUZÁ (1994).

Una visión sintética se puede ver en MONTT OYARZÚN (2010).

<sup>68</sup> SUNSTEIN (2006).

<sup>69</sup> Para mayor abundamiento, véase la obra colectiva BARNES (2012).

Públicos locales, más allá de la denominada “supranacionalidad” del Derecho comunitario<sup>70</sup>.

Son ejemplos de Derecho Administrativo Global las redes y comités de la OCDE, la administración y los comités de la OMC, las estructuras de regulación financiera desarrolladas por el FMI, los Comités de Basilea. El ejemplo de medioambiente es muy adecuado, porque regulaciones de organismos no ambientales tienen impactos en los Derechos locales como en el nuestro. Es lo que sucede con las reglas promovidas por el Banco Mundial para el financiamiento de proyectos, las de OCDE para la regulación de químicos y comercio o las de OMC. Esto da origen a un espacio de gobernanza común, que genera ámbitos de regulación que tiene un propósito muy diverso<sup>71</sup>.

En concordancia de Chile, un caso evidente de Derecho Administrativo Global lo constituye los compromisos que el país asumió en su ingreso a la OCDE en una serie de materias ambientales, que obligan al país a reformar su legislación en materias tan diversas como seguridad química, gestión de riesgos de organismos modificados genéticamente, transporte transfronterizo, carbón y medioambiente, ruidos, manejo de residuos, etc.<sup>72</sup>

### III. LOS ELEMENTOS TRADICIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

7. CRITERIOS PARA APLICAR SU CONTENIDO. El Derecho Administrativo, tradicionalmente, tiene una naturaleza singular dentro del ordenamiento jurídico, que deriva de su especificidad objetiva y de la denominada condición estatutaria. Se define, para muchos, por contradicción al Derecho Privado, pese a que el Estado en muchas ocasiones utiliza este último.

---

<sup>70</sup> Vid. <http://www.iilj.org/GAL/> y el artículo “originario” (el *project overview article* en <http://www.iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceofGlobalAdministrativeLaw.pdf>).

<sup>71</sup> KINGSBURY, KRISCH, & STEWART (2005) 15.

<sup>72</sup> En el “Acuerdo sobre los términos del acceso de la República de Chile a la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico”, suscrito el 11 de enero de 2010, Chile expresamente acepta: “Todos los instrumentos legales de la Organización vigentes a la fecha de la decisión de la OCDE de invitar a la República de Chile a acceder a la Convención con las observaciones señaladas en los Anexos 1 al 5, de la presente declaración, de la cual forman parte integral”.

Esta distinción se construye sobre los siguientes criterios:

(a) *Criterio objetivo del interés*: esta concepción se basa en la doctrina de Ulpiano (*publicum ius est quod statum rei romanae spectat*), y define al Derecho Administrativo como aquel que busca la *satisfacción de fines públicos*, esto es, del interés general.

(b) *Criterio subjetivo*: el Derecho Administrativo se caracteriza porque da lugar a *relaciones jurídicas en las que está presente un organismo de la Administración Pública*, directamente o por medio de alguno de sus medios instrumentales, aunque estas se encuentren constituidas de conformidad a reglas de Derecho privado (corporaciones y fundaciones del Estado)<sup>73</sup>.

(c) *Criterio de la obligatoriedad*: se caracteriza porque es la propia Administración la que, en el ejercicio del *principio de la autotutela*, convierte en obligatorio el sometimiento a las normas que integran el Derecho Administrativo. La autotutela administrativa se traduce en la capacidad que tiene la Administración para decidir y ejecutar sus decisiones directamente, sin estar sujeta a autorización judicial previa. Son expresiones de dicha autotutela: la presunción de legalidad y validez de los actos administrativos<sup>74</sup> y el privilegio de decisión ejecutoria<sup>75</sup>.

(d) *Criterio de los fondos públicos*: el Derecho Administrativo, y algunas de las obligaciones que derivan de él, se aplicaría a quienes no obstante puedan investir la condición de particulares, la circunstancia que administren fondos públicos los somete a un régimen de Derecho público sujeto a control. Es el modelo sobre el cual descansa el sistema de control de Contraloría General de la República<sup>76</sup>, como se verá más adelante.

Las distinciones realizadas son referenciales, pues como lo demuestra la evolución del Derecho Administrativo, él mismo ha estado sujeto a

---

<sup>73</sup> Artículo 6° LOCBGAE y n. 8.

<sup>74</sup> Artículo 3° LBPA.

<sup>75</sup> Artículo 50 LBPA.

<sup>76</sup> Ver en este sentido el artículo 85 de la LOCCGR que obliga a la rendición de cuentas a “todo funcionario, como asimismo toda persona o entidad que reciba, custodie, administre o pague fondos” públicos. La Resolución N° 759, de 2003, de la Contraloría General de la República, que regula el procedimiento de rendición de cuentas.

delimitaciones conceptuales, que provienen de los criterios necesarios para ejercer el control de las decisiones administrativas. Esto explica que en el desarrollo original del régimen administrativo francés, por ejemplo, la determinación de qué era “Derecho Administrativo” fue fundamental para definir las competencias contencioso administrativas del Consejo de Estado Francés, lo que permite entender las obsesiones conceptuales tras la figura del servicio público, el acto y el contrato administrativo. Por su parte, en sistemas como el americano, la identificación de qué es Derecho Administrativo es relevante para efectos de establecer las reglas de control y escrutinio a las cuales deben estar sujetas las decisiones del Presidente y las agencias administrativas.

8. CRITERIOS PARA ENTENDER SU APLICACIÓN EN CHILE. Entre nosotros, la ausencia histórica del contencioso administrativo ha generado, en mi opinión, una discusión innecesaria sobre ciertas categorías del Derecho Administrativo como instrumento de delimitación. Sin embargo, su utilidad se ha manifestado como relevante para las competencias del organismo de control externo por excelencia del sistema administrativo chileno, la Contraloría General de la República<sup>77</sup>. Así, los criterios de Derecho administrativo más evidentes en el derecho chileno son: (a) criterio subjetivo; (b) criterio de obligatoriedad; (c) criterio de los fondos públicos.

En los últimos años se ve una interesante evolución en la jurisprudencia judicial para extender los criterios protectores de Derecho Administrativo a ámbitos subjetivos no sujetos a las leyes administrativas generales. Es lo que ha sucedido con el Poder Judicial, respecto del cual la Corte Suprema ha indicado que en todas aquellas materias administrativas (no jurisdiccionales) deben aplicarse los principios propios del procedimiento administrativo regulado en la Ley N° 19.880<sup>78</sup>.

9. LA TRADICIONAL DISTINCIÓN ENTRE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO: SU PERMANENTE UTILIDAD PRÁCTICA. Qué es lo que define a las normas de Derecho público, y su distinción de sus pares de Derecho privado, no es una cuestión enteramente pacífica. Sin embargo, *a priori* la doctrina lo ha identificado

---

<sup>77</sup> Vid. artículo 98 CPR y art. 1° de la LOCCGR.

<sup>78</sup> Ver en este sentido SsCS roles N°s. 10119-2013 y 27467-2014.

con toda regulación relacionada con el poder público estatal<sup>79</sup>, así como con la regulación o el derecho que organiza el Estado y fija las atribuciones y competencias de los poderes públicos<sup>80</sup>. Más acabadamente, se ha caracterizado como “el conjunto de normas en virtud de las cuales el Estado despliega su actividad en ejercicio de su poder público para satisfacer el interés general, regulando su organización, sus atribuciones y el marco de su relación con los particulares. En ese ámbito, el Estado no puede tener más atribuciones que las que expresamente le hayan sido otorgados por las leyes y los particulares no pueden ejercer más derechos que los que expresamente les hayan sido conferidos por la Constitución y la ley (artículo 7º, inciso segundo, de la Constitución)”<sup>81</sup>.

La jurisprudencia ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre esta materia, entregando ciertas orientaciones y criterios que permiten precisar el concepto. Se cita así un antiguo fallo de la Corte Suprema, en que ésta anuló un contrato administrativo de suministro celebrado por el Presidente de la República durante la Revolución de 1891, sin una ley de presupuesto que lo autorizara. Resolvió la Corte que:

“Sólo en virtud de una ley se puede: fijar anualmente los gastos de la Administración Pública y las fuerzas de mar y tierra que han de mantenerse en tiempo de paz o de guerra, contraer deudas, reconocer las contraídas y designar fondos para cubrirlas; y el Presidente de la República no está autorizado, ni aun en caso de guerra extranjera y mucho menos cuando se trata sólo de una guerra civil, para levantar y mantener por sí solo las fuerzas de mar y tierra, sin autorización del Congreso. No habiéndose dictado en 1891 la ley anual de presupuestos ni la que autoriza la existencia del ejército, el contrato de provisión celebrado voluntariamente por el proveedor con el Gobierno de Balmaceda para el mantenimiento de su ejército, es nulo de nulidad absoluta y no obliga legalmente al Fisco, tanto en virtud del artículo 151 de la Constitución [actual artículo 7º], cuanto porque hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno”<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> CONCHA MACHUCA (2011) 313.

<sup>80</sup> LEÓN HURTADO (1983) 45.

<sup>81</sup> División Jurídico-Legislativa T. II (2000) 51.

<sup>82</sup> *RDJ*, Tomo VII, sec. 1ª, pág. 287.

En la misma línea jurisprudencial, se ha declarado la nulidad por objeto ilícito contrario al Derecho público, de la compraventa de un inmueble urbano, respecto del que no hubo recepción municipal válida de la obra<sup>83</sup>; y el contrato de arrendamiento de una estación radiodifusora, sin la previa autorización del Presidente de la República, que exigía la Ley de Servicios Eléctricos, “*precepto de Derecho Administrativo que como tal forma parte del Derecho Público chileno*”<sup>84</sup>, entre otros.

Estos pronunciamientos ponen en evidencia la consideración de las normas de derecho público, como aquellas que, entre otras, determinan los requisitos de ejercicio de las potestades o atribuciones de las autoridades administrativas, o disciplinan ciertos actos o actividades por razones de interés general.

De este mismo modo lo ha entendido la doctrina, al afirmar que las normas establecidas por los reglamentos “*no están hechas para un sujeto determinado. Son dictadas para regular la actividad de todo un sector. Por lo mismo, no afectan a un sujeto sino que a todos a quienes ejercen dicha actividad (...) Los destinatarios de sus normas se encuentran definidos de modo impersonal, como pertenecientes a una categoría abstracta. Ello determina que la modificación se efectúa por la vía de una normativa con carácter impersonal y general, no pueden oponerse situaciones singulares e individuales*”<sup>85</sup>.

En otras palabras, no hay propiedad privada sobre normas. Las leyes y reglamentos son dictados y dejados sin efecto por los órganos competentes en tanto generan Derecho objetivo, y en la forma prescrita por la Constitución y la ley, quedando vedado a los particulares el alterarlas o dejarlas sin aplicación<sup>86</sup>.

Dicho criterio ha sido acogido por los tribunales ordinarios, en casos en que se perseguía la inaplicabilidad de normas dictadas con posterioridad

---

<sup>83</sup> SCS, 06.09.2007, de fecha 6 de septiembre 2007, Rol N° 108-2006, C. 4.

<sup>84</sup> R.D. J., Tomo XLV, Sec.1ª, pág. 423.

<sup>85</sup> CARMONA SANTANDER (2000) 314.

<sup>86</sup> En este sentido, ver GARCÍA DE ENTERRÍA (2002)172; SILVA CIMMA (1999).

a la celebración de un contrato, que afectaban los derechos y obligaciones que emanaban para las partes del mismo.

Así, en el caso Norgener S.A. con Presidente de la República y Ministro de Minería<sup>87</sup>, confirmado por la Corte Suprema, se falló que los contratos celebrados con una ley antigua no pueden sustraerse del ámbito de aplicación de la ley nueva, en la medida que un contrato no otorga un ámbito de “*impunidad al ordenamiento jurídico*”. Se afirmó que:

“(…) las leyes y reglamentos no pueden ser alterados o dejados sin efecto por los particulares y la propiedad [sobre los derechos que emanan de los contratos] no puede significar infringir el ordenamiento jurídico; es por ello que no puede invocarse la propiedad para establecer una suerte de impunidad al ordenamiento jurídico”<sup>88</sup>.

En este caso, se alegaba que la innovación normativa efectuada en el Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos, al establecer normas de calidad de servicio que deben cumplir las distribuciones y normas de calidad de servicio de responsabilidad de las empresas generadoras y transmisoras, obligaba a Norgener a cumplir con ciertos estándares mínimos en la entrega de electricidad a sus clientes –diversas a las contempladas en los contratos de suministro celebrados con sus clientes–, afectando así los derechos emanados de contratos en curso, con importantes consecuencias patrimoniales para Norgener.

La Corte no retuvo ninguno de los capítulos de impugnación de la recurrente –afectación del derecho de propiedad, del derecho a desarrollar cualquier actividad económica y el derecho a no ser discriminado arbitrariamente–, afirmando que las personas “*deben someterse a las leyes que regulan su actividad económica*”.

En esta misma línea, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha validado la afectación de derechos contractuales por modificaciones del marco legislativo, en el caso de la alteración de los sistemas de precios de contratos celebrados entre particulares, fundado en exigencias de utilidad

---

<sup>87</sup> CARMONA SANTANDER (2000) 302, 307.

<sup>88</sup> CARMONA SANTANDER (2000) 307.

pública, aun cuando con ello se afecten los derechos emanados del respectivo contrato<sup>89</sup>.

Esto explica, de un modo simple, la vigente distinción entre lo público y lo privado.

#### IV. EL PROBLEMA DE LA DELIMITACIÓN CON OTRAS FUNCIONES PÚBLICAS Y EN ESPECIAL LOS LÍMITES RESPECTO DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL

10. EL EJECUTIVO COMO CENTRO DE REFERENCIA. La referencia a la palabra “administrativo” en la frase “Derecho Administrativo”, hace alusión a una cierta idea graficada tras la expresión separación de poderes. En este texto trataremos de dar a conocer la discusión relativa al problema de los límites de las funciones públicas. De esta manera, por ahora sólo realizaré una breve referencia a algunos de los puntos del aludido debate.

Hay dos ideas que se encuentran detrás de esa proposición. En primer lugar, resulta inadmisibles en un Estado democrático la concentración del poder en una sola mano, persona o institución. Esto explica la vieja conceptualización de Montesquieu –quien observaba el debate Inglés ya advertido por Locke– sobre la existencia de tres grandes poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), con competencias claramente delimitadas. En segundo lugar, quien ejerce el poder debe estar sujeto a un sistema de control o escrutinio externo.

Sin embargo, el concepto de “Poder Ejecutivo” es muchísimo más complejo de lo que a primera vista parece. Tradicionalmente, desde la perspectiva liberal del siglo XIX se ha creído que tras él está sólo el Presidente de la República (electo democráticamente) y sus Ministros de Estado (designados de acuerdo a su confianza), que son titulares de una serie de organismos públicos y ejecutan las políticas aprobadas por el Gobierno sin intervenir en las funciones de otros poderes públicos.

---

<sup>89</sup> Ha sostenido así que el legislador puede afectar los derechos emanados de un contrato, siempre que ello sea por razones de utilidad pública; y que con ello no se priva a las partes de algún atributo o facultad esencial de su propiedad, entendiéndose que no se incurre en tal situación con la sola alteración de la cuantía del lucro percibido por una empresa. SsTC roles N°s. 505 y 506, de 6 de marzo de 2007.

11. LOS CAMBIOS CONTEMPORÁNEOS EN LAS FUNCIONES PÚBLICAS. Sin embargo, tal circunstancia se ve alterada contemporáneamente por cinco supuestos:

(a) Hoy existen un sinnúmero de autonomías constitucionales, que al ser creadas como tales se sustraen de la competencia directa del Presidente de la República y sus Ministros<sup>90</sup>.

(b) Existen una serie de autonomías a nivel legal, que no obstante para muchos ser calificadas como servicios públicos, su régimen de nombramiento es mixto (es decir, el Presidente requiere del acuerdo de alguien más) y además están sujetas a un sistema de remoción tasado, por causales y organismo competente (lo que es una restricción a la libertad de remoción)<sup>91</sup>. Estas se han denominado “agencias independientes”.

(c) El Presidente de la República ejerce constitucionalmente un poder para dictar normas de alcance general y obligatorio, creando Derecho objetivo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, siempre y cuando no invada la denominada “reserva de ley”, que analizaremos con posterioridad<sup>92</sup>.

(d) El legislador otorga facultades normativas especiales para la regulación de sectores específicos a diversos organismos públicos, regularmente por razones de carácter técnico y de oportunidad y eficiencia, lo que da origen a un debate sustancial en orden a entregar competencias normativas a agencias subconstitucionales.

(e) El legislador, por razones de carácter técnico, entrega con habitualidad competencias a la administración para resolver disputas que afectan a particulares, lo que para muchos implica conferir jurisdicción.

---

<sup>90</sup> Es el caso del Banco Central, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público y las Municipalidades.

<sup>91</sup> Es el caso del Director del Servicio Electoral, el Consejo de Defensa del Estado, Consejo para la Transparencia, la Comisión Nacional de Acreditación, entre otras.

<sup>92</sup> Como deben saber por sus clases de Derecho Constitucional, nuestro modelo proviene del sistema de la V República Francesa (1958), lo que dado el modelo presidencial chileno corregido y aumentado, hace que este sea un poder significativo.

12. LA ADMINISTRACIÓN EJERCE FUNCIONES JURISDICCIONALES. Si bien los temas señalados en las letras (c) y (d) son debatidos, quizás el que mayor conflicto ha generado entre nosotros en los últimos años sea el relativo a la entrega de “potestades jurisdiccionales” a la Administración, pues para muchos esta es una atribución propia y privativa de los Tribunales de Justicia<sup>93</sup>.

Sin embargo, ha sido el propio legislador, así como la jurisprudencia administrativa y constitucional, quien ha reconocido a la Administración poderes amplios para resolver casos que afectan a particulares mediante un acto de contenido singular. Cinco son los criterios que se han utilizado para el ejercicio de atribuciones de este tipo:

(a) El ejercicio de esas atribuciones debe someterse a un estándar constitucional de debido proceso administrativo, haciendo extensiva la regla de debido proceso del artículo 19 N° 3 de la CPR<sup>94</sup>.

(b) Las decisiones que adopte la Administración por medio de este tipo de atribuciones nunca se entenderán firmes sin que exista previamente un procedimiento de reclamación judicial, en donde los jueces puedan controlar la decisión *ex novo*<sup>95</sup>.

(c) Cuando se considera esa atribución propiamente jurisdiccional, es decir, la administración como juez, se aplican las reglas propias que la definen, entre otras, la indelegabilidad de su ejercicio<sup>96</sup>.

(d) Estas decisiones sólo se pueden adoptar cuando exista una disputa de derechos sujetos a Derecho Público gestionado por el organismo de que se trate (sanción administrativa, la exigencia del cumplimiento de obligaciones provenientes de un acto administrativo, etc.). De esta manera, no podría ejercer esa atribución cuando lo que se encuentra en juego son

---

<sup>93</sup> Entre otros, SOTO KLOSS (1996) y FERNANDOIS (2006).

<sup>94</sup> Vid. SsTC Roles N°s. 376, c. 30, y 389, c. 38.

<sup>95</sup> Vid. STC Rol N° 792.

<sup>96</sup> Vid. STC Rol N° 681 de 2007, sobre inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario.

derechos de naturaleza claramente privada (por ejemplo, la interpretación de un contrato)<sup>97</sup>.

(e) Jamás puede por vía de la potestad adjudicativa disponer de bienes jurídicos de mayor entidad como la libertad, pues ésta constitucionalmente está reservada sólo a los jueces<sup>98</sup>.

## V. QUÉ CARACTERIZA AL DERECHO ADMINISTRATIVO CHILENO

13. EL DERECHO ADMINISTRATIVO CHILENO DURANTE LA CPR DE 1925. La CPR de 1925 tuvo como pretensión robustecer el funcionamiento de la Administración. Varias razones explicaban eso, entre otras la inestabilidad institucional de la primera parte del s. XX<sup>99</sup>. Esto explica, en parte, la vocación de la CPR de 1925 por constitucionalizar algunas cuestiones básicas de la función administrativa. Eso implicó demandar la existencia de un modelo de descentralización en Asambleas Provinciales (ley que nunca se dictó); reconocer la existencia de un modelo normativo único aplicado a los funcionarios de la Administración denominado Estatuto Administrativo; y el establecimiento de tribunales especiales que resolvieran las controversias entre los particulares y el Estado, denominado contencioso administrativo, en el mítico artículo 87 que condicionaba su creación a una ley que nunca se dictó.

El período de consolidación de la CPR de 1925 tras la normalidad constitucional de fines de los 30 coincidió con la existencia y desarrollo del Estado de Bienestar, que implicó la expansión de funciones, organización y empleados públicos<sup>100</sup>. Pero también coincidió con el progresivo desarrollo de una demanda de distribución social que comenzó en los 50 hasta principio de los 70, con la aprobación e implementación de la reforma agraria.

---

<sup>97</sup> Vid, SCS “Áreas S.A. con Dirección Provincial del Trabajo de Temuco”, Rol N° 2147-2010 (30.05.2010) y SCS “Sociedad Miranda Rojas Ltda. con Inspector Comunal del Trabajo de Viña del Mar, Rol N° 2579-2010 (18.05.2010).

<sup>98</sup> Vid. STC Rol N° 1518.

<sup>99</sup> Vid. HEISSE (1996)

<sup>100</sup> Para un análisis detallado de ese crecimiento ver URZÚA VALENZUELA-GARCÍA BARZELATTO (1971).

Esto implicó, naturalmente, conflictos permanentes entre la Administración y los particulares, en especial sobre los derechos de propiedad, materia que por definición era competencia de los tribunales de lo contencioso administrativo. Su ausencia de implementación generó que los tribunales ordinarios se declararan permanentemente incompetentes hasta casi fines de los 60. La Corte Suprema sólo entonces buscará medios para el conocimiento de estos asuntos, como veremos más adelante en este curso.

La doctrina reaccionó airadamente y sostuvo que en Chile si no había tribunales que conocieran de estos asuntos, sencillamente no existía Estado de Derecho. Esta fue la tesis de Soto Kloss, que tendrá importantes consecuencias con posterioridad.

14. EL DERECHO ADMINISTRATIVO CHILENO TRAS LA CPR DE 1980. Tras el Golpe Militar de 1973, el modelo sobre el cual fue construido el sistema legal chileno respondió a cuatro ideas básicas: (a) *subsidiariedad*, como idea que reconducía el Estado a las labores de orden, dejando el desarrollo a la libre iniciativa privada y rescatando de ese modo el viejo discurso de la legalidad estática para el funcionamiento de la Administración; (b) una *subjetivización* del sistema legal, que concentrará sus esfuerzos en explicar todo el sistema legal desde la lógica de los derechos individuales, que además son “derechos naturales” para los autores de la CPR; (c) un sistema de solución de controversias que sólo puede recaer en los *tribunales ordinarios*, porque ellos eran los llamados a proteger los “derechos de las personas”; (d) la *constitucionalización* del sistema legal, no sólo como expresión de protección de derechos –como fue la experiencia europea tras la guerra– sino que como un arreglo institucional que estaba destinado a limitar las decisiones de la mayoría.

El instrumento que desarrolló ese modelo en propiedad fue el *Recurso de Protección*, la acción de amparo de derechos fundamentales que reunía en sí mismo las tesis que estaban en la CPR de 1980. Eso explica por qué finalmente fue esa acción la que se transformó en el sistema de lo contencioso administrativo entre nosotros, con todas las consecuencias que se apreciarán con posterioridad.

Sin embargo, paralelamente a esa filosofía, en la década de los 80 se consolidaron los procesos de privatización de empresas o activos estatales, así como la reestructuración de mercados de servicios de interés general.

Es la década de la expansión de las Superintendencias. Estas, creadas bajo la lógica de las agencias del Derecho Americano, terminaron por consolidar un modelo de potestades administrativas que los autores del modelo constitucional de 1980 no esperaban. Como esos mercados requerían de intervenciones oportunas para corregir sus fallas, estos organismos no sólo fueron ejecutivos, sino que también fueron dotados de potestades normativas y de solución de controversias. De otro modo, sencillamente esos mercados no se podían gobernar.

Por otro lado, la década de los 90 implicó el desarrollo de reformas que buscaban democratizar algunos enclaves del modelo constitucional de la Administración establecidos en 1980 como en materias de Gobiernos Regionales y Municipalidades. Pero además, coincidió, con la creación de un conjunto de organismos administrativos encargados de competencias de nuevo orden (medioambiente, indígenas, mujeres, jóvenes, etc.). Pero esta década, además, coincidirá con el desarrollo de instrumentos administrativos para implementar infraestructura pública. La expansión del modelo de concesiones y sus alternativas de participación público-privada terminarán por contractualizar el Estado. Adicionalmente, a fines de esta década, como se verá más adelante, el sistema de solución de controversias entre los particulares y el Estado progresivamente se irá administrativizando, porque la Contraloría comenzará a resolver esas controversias a través de su procedimiento de dictaminación. En esa jurisprudencia estarán los grandes principios del Derecho Administrativo chileno.

La década del 2000 implicará el desarrollo tardío de un Derecho Administrativo legislado. El 2003 se dictó lo que es en el derecho comparado el sistema de garantías codificado, la Ley de Procedimiento Administrativo. Ese mismo año se dictó la Ley de Compras Públicas. Con la dictación de la Ley de Acceso a la Información Pública y su entrada en vigencia el año 2009, se ha generado otra cantidad de cambios significativos en la manera de entender el Derecho Administrativo de cara a la protección del interés público y los derechos de los particulares. La entrada en vigencia de la Ley de Lobby el año 2014, a su vez está implicando el cambio de comportamientos de autoridades públicas y grupos de interés.

Sobre esa base quizá hemos reactivado un Derecho Público jurisprudencial en la última década, cuestión especialmente clara con el rol que la Corte Suprema y la Contraloría han jugado en el último tiempo.

Como se verá más adelante, existe pleno consenso en la doctrina chilena en que el recurso de protección se ha transformado en la principal acción contenciosa administrativa de nulidad de los actos administrativos, dejando de lado en una buena cantidad de casos la filosofía de acción de urgencia que justificó su establecimiento. La manera en que durante los últimos años subsidió el inexistente modelo de solución de controversias con Contraloría, en el caso de las sociedades de inversión pasiva, o bien el rol de la Corte en las nulidades de las resoluciones de calificación ambiental, son dos buenos ejemplos de los incentivos de nuestro modelo institucional.

Pero también hay otra razón que explica este fenómeno. La manera en cómo hemos concebido el Derecho Público en los últimos treinta años. En efecto, bajo el establecimiento de la Constitución de 1980 se produjeron tres fenómenos, conocidos en el Derecho comparado igualmente<sup>101</sup>, que explican el rol de los jueces en el debate jurisdiccional de políticas públicas. Por un lado, está la “subjetivización” del sistema institucional que ha obligado inevitablemente a construir el discurso legal desde la lógica de los derechos y en especial de los Derechos Fundamentales; el efecto más obvio de esto es que corresponde a los jueces –eso dice la Constitución– su protección y amparo, de manera que si las decisiones públicas afectan esa “subjetividad”, entonces el rol de los jueces en ese espacio resulta inevitable, sobre todo a través de la “acción de urgencia”. En segundo lugar, los procesos de desregulación y privatización sacaron a la Administración de un rol de prestador de servicios públicos y lo llevaron a un rol de regulador o de disposición de reglas para que los mercados funcionen bien; el efecto de esa medida es que la Administración comenzó a tener un rol clave en la determinación de normas, la adjudicación de posiciones de ventaja en los mercados y sobre todo de las reacciones negativas frente a los incumplimientos, denominadas sanciones; por eso la manera en cómo se diseñan instituciones públicas y el procedimiento administrativo se transformaron en tan relevantes. En tercer lugar, las nuevas demandas de solución de problemas públicos obligaron al Congreso a entregar más atribuciones a la Administración para la adopción de adecuadas políticas públicas, las soluciones a problemas

---

<sup>101</sup> WAHL (2013).

futuros no pueden esperar a la reacción del Congreso; el efecto de eso son leyes que aprueban sólo infraestructura normativa (organización y procedimiento), dejando las decisiones sustantivas a organismos administrativos y en consecuencia ampliando la denominada discrecionalidad técnica (la regulación contingente y prospectiva en medioambiente es un buen ejemplo).

No está de más recordar que los conflictos que llegan a tribunales son aquellos en donde la discusión de dos partes, que piensan que tienen argumentos jurídicos plausibles para ganar, se dan respecto de debates que se encuentran en los contornos de las reglas (en su núcleo hay plenas certezas), precisamente las que permiten sostener distintas interpretaciones de la misma. Esta lógica del funcionamiento del sistema legal se denomina “efecto selección” y se llama así porque los incentivos del sistema jurídico crean un mundo en el cual sólo ciertas aplicaciones del derecho o de las reglas se seleccionan para discutirlos judicialmente, y aquellas elegidas tienen la característica especial de situarse en los contornos de las reglas jurídicas o, de un modo más amplio, en los límites del derecho. El “efecto selección” es el factor más determinante para explicar qué discusiones o eventos controlados por el derecho se ventilarán en tribunales<sup>102</sup>.

Dado que el “efecto selección” es el que permite entender qué casos conocen los tribunales, entonces parece obvio que la Corte Suprema seguirá sumando dentro de sus principales asuntos los de Derecho Público por la manera en que ha evolucionado su desarrollo conceptual (subjektivización, protagonismo normativo y decisorio en agencias públicas, y discrecionalidad conscientemente entregada), a menos que reformemos con urgencia el modelo de solución de controversias.

En el establecimiento de un razonable sistema de solución de controversias sigue estando el principal desafío del Derecho Administrativo chileno.

---

<sup>102</sup> SCHAUER (2009).

## VI. LA CONSTITUCIÓN EXIGE UN RÉGIMEN JURÍDICO COMÚN APLICABLE A LA ADMINISTRACIÓN

15. **TIPICIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.** Como sabemos, la actuación de la Administración está sometida al poderoso principio de legalidad que supone el sometimiento completo a la ley y el Derecho<sup>103</sup> (arts. 6º, 7º CPR y art. 2º LOCBGAE). De este modo, la actuación administrativa es una actividad típica en el sentido que ha de realizarse dentro de los límites que las normas establecen<sup>104</sup>.

Como veremos más adelante,<sup>105</sup> la Administración esta sometida a cinco tipos de tipicidad<sup>106</sup>. En primer lugar, la *tipicidad organizacional*, en el sentido que corresponde a la ley definir qué organismos administrativos se crean<sup>107</sup> y cuáles son sus estructuras orgánicas<sup>108</sup>. En segundo lugar, la *tipicidad competencial*, ya que la misma se otorga por la ley a un órgano determinado que es el único que la puede ejercer, salvo los casos de alteración de la misma previstos por la ley<sup>109</sup>. En tercer lugar, una *tipicidad procedimental*, que se expresa mediante las normas de procedimiento establecidas que la Administración ha de respetar en su actuación<sup>110</sup>. En cuarto lugar, a una *tipicidad teleológica*, ya que las potestades solamente pueden ser ejercidas para los fines previstos por las normas que las otorgan, de manera que de no hacerlo se dictan actos arbitrarios<sup>111</sup> o con

---

<sup>103</sup> A esta visión también se le denomina “constitucionalización de la legalidad”, MUÑOZ MACHADO (2004) 394.

<sup>104</sup> ESCUIN PALOP (1993) 464. Sobre este criterio hay consenso en las más discrepantes visiones doctrinarias en la literatura nacional: SOTO KLOSS (1996) 24; PANTOJA BAUZÁ (1994) 205-208. Para un criterio más estandarizado ver OELCKERS CAMUS (2000) 455.

<sup>105</sup> CORDERO VEGA (2006).

<sup>106</sup> Vid. NÚÑEZ GÓMEZ (2005) 91, 92.

<sup>107</sup> STC Rol Nº 131, C. 10.

<sup>108</sup> SSTC Roles Nºs. 379 y 444. El mismo criterio en la jurisprudencia administrativa, dictamen Nº 4275 de 25 de enero de 2006.

<sup>109</sup> Vid. artículo 103 de la CPR en relación a los artículos 67 y 101 de la LOCGAR; en la misma orientación artículos 37 y 38 LOCBGAE.

<sup>110</sup> En este sentido artículo 63 Nº 18 de la CPR; artículo 8º LOCBGAE y LBPA.

<sup>111</sup> Artículo 20 de la CPR.

abuso<sup>112</sup>, que pueden ser constitutivos de desviación de poder. Por último, la *tipicidad presupuestaria*, que supone la necesidad de autorización de la Administración [por parte de la ley] para proceder al gasto público, la limitación de la cantidad a gastar y la fijación del destino de los créditos aprobados<sup>113</sup>.

16. ESPACIOS NORMATIVOS COMUNES EXIGIDOS POR LA CONSTITUCIÓN. En virtud de este contenido de la legalidad y de sistematización de las competencias de las autoridades administrativas, es consistente señalar que la Administración Pública se mueve en espacios normativos comunes.

En efecto, el carácter unitario del sistema Administrativo chileno (arts. 3º, 24 y 38 de la Constitución) impone como exigencia que los órganos de la Administración tengan sistemas normativos comunes que operen como elementos adecuados de garantía para los ciudadanos que se relacionan con habitualidad con ellos, además de dotar de criterios comunes al sistema legal que evite discriminaciones injustificadas.

Por esa razón, la Constitución (art. 38.1) impone como exigencia que la Administración tenga “Bases Generales” comunes para todos los sujetos administrativos sometidos a principios comunes como “carrera funcionaria”, así como los de “carácter técnico y profesional”. Por su parte, la Carta Fundamental condiciona que los actos administrativos que sean dictados por la Administración sean sometidos a reglas “comunes”, de manera que la ley regule las “bases de los procedimientos administrativos” (art. 63 N° 18). En el mismo sentido, la Constitución impone condiciones comunes de control administrativo a través de la Contraloría General de la República (arts. 98 y 99).

A nivel legal, estas reglas comunes se ven expresadas en la existencia de normas de empleo público (Ley N° 18.834), de un sistema de administración financiera (DL N° 1.263) y de contratación pública (Ley N° 19.886); que tienen también una pretensión general.

---

<sup>112</sup> Artículo 2º LOCBGAE.

<sup>113</sup> Vid. en este sentido artículos 32 N° 20, 63 N° 7, 67 y 100 de la CPR; DL N° 1.263 de 1975, LOAFE. Para este análisis debe considerarse también la STC Rol N° 254 de 1997.

Esto explica que estén sometidos a un sistema uniforme de control e interpretación de la ley administrativa a cargo de la Contraloría General de la República, en tanto se indica explícitamente que “sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de jurisprudencia administrativa” (art. 6°. 4 Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República). Por esta razón, los funcionarios de las “oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría (...) quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia (...) deberá ser observada” (art. 19). El sistema legal busca, además, que los criterios interpretativos de la ley Administrativa sean uniformes, precisamente para la existencia de un régimen jurídico común de la Administración del Estado que dé garantías a los ciudadanos.

De este modo, *tipicidad* y sistema jurídico *común* son dos elementos constitutivos básicos del diseño constitucional de la Administración Pública, lo que exige entenderlos como condiciones para los desarrollos legislativos posteriores, siguiendo a su vez una interpretación lógica y armónica *en* la Constitución.

## VII. LA INTERPRETACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

17. LA INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. Uno de los problemas clásicos del Derecho Administrativo tiene que ver con el rol que les corresponde a los organismos administrativos al momento de interpretar la ley. La razón que explica la importancia de esa discusión se vincula a la tradicional posición ejecutiva de la Administración y a la natural desconfianza con la cual el Derecho liberal miró ese rol, de modo que siempre buscó limitar la “creatividad” de los operadores del sistema legal al momento de aplicar el Derecho, evitando de ese modo la creación de reglas que no estuviesen en la “voluntad soberana”. Eso explica, como se sabrá, las reglas canónicas de interpretación del Código Civil.

En la actualidad, la interpretación es relevante en Derecho Administrativo, por dos motivos: (a) el primero, porque progresivamente el legislador, al margen de las potestades discrecionales que le entrega a la Administración, ha estado regulando sobre el desarrollo de conceptos jurídicos indeterminados o márgenes de apreciación, que estructuralmente implican llevar

la potestad interpretativa a elementos normativos; (b) el segundo, porque el legislador progresivamente también, y con un ánimo derechamente de complementación normativa, entrega a autoridades administrativas las facultades de interpretación de la ley o de actos administrativos con alcances vinculantes. Dicho de otro modo, la interpretación en Derecho Administrativo se ha transformado en una modalidad de intervención.

Así las cosas, si el Derecho Administrativo no sólo implica el respeto a la ley, sino que también a los valores públicos que subyacen a la regulación de interés general, entonces la interpretación también está cubierta por esa modalidad.

Sin perjuicio de que la jurisprudencia administrativa utiliza las reglas del Código Civil en ocasiones para resolver problemas interpretativos, el sistema de interpretación que ha terminado por consolidarse es el de la denominada “interpretación finalista”, considerando que el objeto principal de los organismos administrativos es llevar a cabo los propósitos de política pública al momento de establecer la regla. Concretamente se ha señalado que:

“La existencia de reglas precisas sobre la interpretación de la ley, contenidas en el título preliminar del Código Civil, no obsta al planteamiento de estas consideraciones, ni ellas significan ignorar o prescindir de tales reglas de hermenéutica, *porque aunque ellas tienen carácter general, en la aplicación de la ley administrativa surgen problemas peculiares, derivados de su propia naturaleza, de las materias a que se refieren y del sello dinámico que distingue a la acción administrativa que debe ser examinada según tales normas*”<sup>114</sup>.

Así, entonces, la interpretación de una norma exige utilizar una serie de elementos, que al combinarse, permiten determinar de una mejor manera cuál es el sentido perseguido por la norma analizada, y compatibilizar los efectos generados por la interpretación de la norma con otros bienes jurídicos protegidos a su vez por nuestra legislación. En este sentido, y al referirse al criterio finalista de interpretación, Contraloría ha sostenido que este:

“implica que los elementos y reglas de la hermenéutica jurídica se utilizan de modo que se respeten los fines cuya realización ordena la voluntad del legislador, por cuanto la norma legal es un medio para alcanzar finalidades

---

<sup>114</sup> Dictamen N° 70.118 de 1970.

determinadas por el Poder Público que las aprueba, *dentro de un sistema que asegura la protección de valores reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico nacional*”<sup>115</sup>.

### VIII. LA CUESTIÓN REFERENCIAL: ¿CÓMO VER A LA ADMINISTRACIÓN Y SU DINÁMICA NORMATIVA?

18. LA IMPORTANCIA DEL EJECUTIVO. Aunque probablemente pueda ser muy luego, en las páginas que siguen trataré de resumir las cuestiones que son esenciales en la discusión actual del Derecho Administrativo y que en el transcurso de las Lecciones de Derecho Administrativo se irán aclarando.

En la actualidad existe suficiente evidencia en el mundo occidental sobre el rol protagónico del Ejecutivo en las diversas actividades estatales; en los últimos años la ejecutivización de las potestades estatales<sup>116</sup> ha puesto en serio peligro las libertades públicas<sup>117</sup>. Por esta razón debemos preguntarnos cuáles son los roles institucionales que tiene la Administración.

Aunque resulte redundante, las competencias conferidas a la Administración son consecuencia del clásico pero valorado sistema de separación de poderes o distribución de competencias<sup>118</sup>. Lo cierto es que la Constitución establece una distinción y separación de carácter organizativo y funcional

---

<sup>115</sup> Dictamen N° 3.234 de 2006, que aplica dictamen N° 70.118 de 1970.

<sup>116</sup> Es lo que denomina SASSEN (2010) 232-253, “la redistribución del poder en el seno del Estado”.

<sup>117</sup> Vid. SUNSTEIN (2005), 2263; TUSHNET (2005) 2673; Amnesty International, *Report: Guantánamo and beyond: The continuing pursuit of unchecked executive power*, 13 de mayo de 2005. En <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGAMR510832005>.

Los elementos en común de la Administración pública punitiva se aprecian con total notoriedad en los aspectos vinculados a seguridad pública (ciudadana) como matriz de interés general, que admite la intervención de las potestades administrativas de policía, al margen de la tutela judicial y de estándares de legalidad estrictos, como factores centrales de prevención. Ejemplo son cámaras de videovigilancia, potestades sanitarias, controles de inmigración, etc.

<sup>118</sup> Cfr. PANTOJA BAUZÁ (1998). Para una explicación sobre las diversas expresiones de la separación de poderes, desde su conceptualización tradicional a las contemporáneas, ver ARAGÓN REYES (1995), 15-38, MUÑOZ MACHADO (2004) 506.

que postula como principio que sirve desde luego a la división o reparto del poder político, pero también al control de los titulares del poder; con lo que se pretende que las decisiones públicas se adopten, en la medida más amplia posible, correctamente, esto es, por aquellos órganos que por su organización, composición, función y procedimiento de actuación, dispongan de las mejores condiciones al efecto, lo que da origen a reservas institucionales<sup>119</sup> que suponen límites formales y materiales a los poderes de sustitución de los otros poderes públicos, pero bajo ningún evento implican exenciones de control público<sup>120</sup>. Asimismo, el principio de separación de poderes persigue facilitar una moderación del poder público en su conjunto<sup>121</sup>. En definitiva, la finalidad fundamental de la separación de poderes debe ser generar racionalidad en las decisiones estatales a través de estructuras diferenciadas<sup>122</sup>.

Por esta razón, el Estado constitucional es aquel y sólo aquel cuyo poder está racionalizado y, por tanto, limitado; la racionalización y limitación del poder estatal implica, a su vez, la necesidad de su división y distribución entre órganos e incluso entes distintos, dotados cada uno de ellos de un repertorio de atribuciones o competencias y que, por último, el mantenimiento de cada órgano esté dentro de su ámbito competencial propio o, lo que es lo mismo, la preservación de la división del poder constitucionalmente

---

<sup>119</sup> SCHMIDT-ASSMANN (2003) 190.

<sup>120</sup> Esta es la forma en que es posible concebir la existencia de contiendas o conflictos de competencias entre poderes públicos.

<sup>121</sup> PIERCE, SHAPIRO y VERKUL (1999) 27-29.

La crítica funcional hacia la separación de poderes se ha centrado en los desplazamientos internos de diversos tipos de funciones, siendo un ejemplo muy ilustrativo de ello la creciente burocracia ministerial sobre el procedimiento administrativo, y en el mismo sentido el desplazamiento de los controles parlamentarios sobre la ejecución presupuestaria. Ver CORDERO VEGA (2003 b) 88; en el mismo sentido, VALENCIA CARMONA (2002) 167; VALENCIA ESCAMILLA (2002).

<sup>122</sup> Como señala HABERMAS (1998) 524, el hablar del “legislador”, de la “justicia” y de la “administración”, no hace sino velar o tapar la lógica de esa división de poderes ligada al Estado de derecho; y además, en un plano de abstracción distinto regula quién y cómo puede disponer de qué clases de razones y el modo de hacerse de esas razones. La lógica de la división de poderes exige la institucionalización de distintos tipos de discursos y de las correspondientes formas de comunicación que –cualquiera sea el contexto de que se trate– abren posibilidades de acceso a las correspondientes razones.

establecida exige la existencia de instituciones de control que impidan o corrijan las transgresiones<sup>123</sup>.

Por esta razón, la vinculación de la Administración a la ley tiene un lugar central en la dogmática del Derecho Administrativo, toda vez que sigue siendo el instrumento adecuado para la estructuración de los procesos decisorios operativos de ésta. Sin su efecto legitimador, que acota y facilita la aplicación e interpretación del Derecho, no sería posible alcanzar la transparencia del proceso decisorio administrativo<sup>124</sup>.

19. LAS RELACIONES DEL EJECUTIVO CON EL CONGRESO. Así, el Parlamento, dentro del ámbito de sus competencias, tiene ciertas libertades regulatorias que frente a la Administración resultan más evidentes, en el entendido que corresponde a este, de conformidad a la clave democrática (política) de la Constitución, definir las competencias y potestades que le corresponden a cada órgano administrativo.

En efecto, el artículo 65, inciso 4º, N° 2 de la CPR, establece explícitamente que es materia de ley, de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, “[C]rear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y *determinar sus funciones o atribuciones*”. De esta manera, la Constitución exige que sea la ley, como consecuencia de la deliberación Parlamentaria, la que defina qué órganos Administrativos y potestades públicas deben ser de titularidad de la Administración<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> RUBIO LLORENTE (1997) 226.

<sup>124</sup> En este sentido, SCHMIDT-ASSMANN (2003)195; HABERMAS (1998) 241, 255.

Sin embargo, la indicación realizada es una simplificación que supone en verdad el sometimiento de la Administración a un concepto genérico de juridicidad, en que obliga a la Administración no sólo a someterse a la ley (strictu sensu), sino que a las demás reglas del sistema jurídico que sustantivizan su accionar (valores, principios, reglas, finalidad, etc.). Vid. en este sentido RUBIO LLORENTE (1997) 300; GARCÍA DE ENTERRÍA (1997); PANTOJA BAUZÁ (2000) 487.

Otra forma de aproximarse a esta forma de sujeción de la Administración al Derecho es desde el modelo de derechos. Por un lado, el basado en el sistema de reglas y, por el otro, el del sistema de derechos. Esto ha implicado a juicio de SARMIENTO (2004) 70, 114 la irrupción del paradigma de los derechos, que cambia los enunciados de legitimidad de la intervención administrativa hacia los aspectos materiales, que suponen la exigencia de estándares de control no necesariamente positivizados.

<sup>125</sup> Vid. SSTC Roles 325, 370, 379, 400 y 444.

En otros términos, cada vez que se establece un órgano administrativo, se define un espacio público en el cual se deben diseñar e implementar políticas públicas exigidas por la ley y llevadas a cabo por la Administración, respecto de las cuales será necesario establecer luego formas, metodologías y procedimientos de intervención y control.

Como he señalado, el sistema de distribución de competencias de la Constitución dispone de reservas institucionales, esta circunstancia nos lleva a afirmar que a la Administración se le debe reconocer un ámbito de autonomía e independencia para que la cláusula constitucional de poderes limitados tenga sentido, de manera tal que esta autonomía se refleje inevitablemente en su vinculación a la ley, bajo dos líneas de argumentación: (a) la determinación de los hechos normativos; (b) las regulaciones legales, por su propia estructura general y abstracta, pueden prever las circunstancias vitales altamente cambiantes y diferenciadas con las que a diario debe enfrentarse la Administración de manera muy incompleta.

De ahí que, desde el punto de vista metodológico, la ejecución de la ley no se agote nunca en una mera deducción esquemática o automática de decisiones singulares ya prefiguradas por el legislador, como durante años ha entendido un sector importante de la doctrina chilena<sup>126</sup>, sino que consiste siempre en un proceso jurídicamente creativo en el que las instancias aplicadoras de la ley retienen espacios de decisión propia. Es decir, el modelo constitucional y la realidad exigen una “necesidad de concreción ineludible” de los supuestos abstractos de la ley<sup>127</sup>.

Por otro lado, es inevitable que la programación normativa de la Administración esté en manos de la ley, y en consecuencia, del Parlamento. De manera que el legislador ocupa, y en la actualidad con mayor habitualidad, pluralidad de tipos normativos y diferencias estructurales que dirigen la capacidad de la Administración (discrecionalidad, evaluación táctica, evaluaciones técnicas, márgenes de apreciación, planificación, gestión). De esta manera, la Administración tendrá mayores o menores niveles de

---

<sup>126</sup> Vid. Por todos SOTO KLOSS (1996).

<sup>127</sup> En este sentido ver HABERMAS (1997) 255, 256.

decisión como consecuencia de que la ley lo quiso explícitamente, y no porque esta hubiese callado<sup>128</sup>.

Lo que sucede es que enfrentado a la definición normativa, el Parlamento puede disponer de un principio de política, que la Administración Pública luego deberá diseñar e implementar por la vía competencial; o bien puede definir la política que la Administración simplemente ejecutará. En esta condición existen decisiones no sólo casuísticas de los enunciados competenciales o potestativos, sino que además lingüísticas<sup>129</sup>.

20. LA PROCEDIMENTALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. Con este criterio, las leyes administrativas, la doctrina y la jurisprudencia pusieron el énfasis en la regulación material o sustantiva, mientras que los aspectos procedimentales, incluidos los de control, se concebían como

---

<sup>128</sup> En este sentido, SCHMIDT-ASSMANN (2003) 212-215.

<sup>129</sup> Esta cuestión se encuentra vinculada al debate sobre la reserva de ley. Esa última es entendida como la limitación que tiene la Administración, en las materias alcanzadas por la reserva, que no pueden ser reguladas originalmente por la Administración. Esta ha sido siempre fruto de una larga discusión, que ha estado vinculado a las transformaciones en las cuales incide la Administración: la técnica, económica, ciencia, medioambiente. Esta circunstancia ha dado origen a dos doctrinas: la primera que vincula la reserva de ley en la actividad de intervención o limitación y, la otra, que opera en el plano institucional. Pero con indiferencia de lo anterior, lo relevante es señalar que la reserva de ley debe ser vista desde un criterio utilitario y consecuencialista. En otros términos, el sistema de reparto de competencias decisorias al interior del sistema de separación de poderes no puede verse desde una perspectiva abstracta (esencialidad). La hipotética aseveración de que todas las decisiones en una democracia deben ser adoptadas por el Parlamento no se corresponde con el principio constitucional de distribución de funciones.

Si consideramos el debate de nuestro Tribunal Constitucional desde la década de los 90, podremos apreciar el hecho de que este define los límites de la intervención administrativa y la distribución de las competencias públicas en nuestro modelo constitucional. Son parte de este debate: STC Rol N° 146. Letreros Camineros I; STC Rol N° 167. Letreros Camineros II; STC Rol N° 185. Medio Ambiente; STC Rol N° 198. CDE-Drogas; STC Rol N° 220. Trasplante de Órganos; STC Rol N° 226. Prensa; STC Rol N° 244. Caza; STC Rol N° 245. Playas; STC Rol N° 253. Vivienda; STC Rol N° 254. Presupuestos; STC Rol N° 276. Plantas OOPP; STC Rol N° 282. Ace-Bolivia; STC Rol N° 325. Restricción vehicular; STC Rol N° 370. Estudio de impacto urbano; STC Rol N° 373. Áreas Verdes; STC Rol N° 376. Gasto Electoral; STC Rol N° 388. Tarifas transporte público; STC Rol N° 389. UAF; STC Rol N° 437, DOM; STC Rol N° 465, Educación Parvularia.

una competencia accesoria. Sin embargo, es evidente que luego de los procesos de privatización y desregulación en la década de los 80, el modelo administrativo fue variando paulatinamente desde la perspectiva factual. La demanda de funcionamiento de la Administración queda volcada a las condiciones de regulación económica, como paradigma del nuevo bienestar, de manera que la accesibilidad procedimental y de control comienza a desaparecer y los procedimientos administrativos se transforman en medios de determinación de contenidos de las competencias públicas, es decir se trasladan a la ejecución material de las potestades y no a las accesorias<sup>130</sup>, lo que implica que el control público comienza a expandirse a dicho espacio. Manifestaciones de estas circunstancias son las regulaciones ambientales, técnicas y económicas, en la medida que amplían los sujetos legitimados en la decisión administrativa terminal<sup>131</sup>, lo que ciertamente produce una densificación de las potestades de control, en tanto varían en igual sentido del péndulo de la procedimentalización formal a la material.

Por consiguiente, para la Constitución, los límites estructurales a que se encuentra sometida toda programación normativa, ya sólo por necesidad de formular en los limitados medios del lenguaje a un supuesto de hecho

---

<sup>130</sup> Vid. CIRIANO VELA (2000) 71; Cfr. SCHMIDT – ASSMANN (2003) 197.

<sup>131</sup> Como ha dicho CABO MARTÍN (2000) 95, en la medida en que la “lógica intervencionista se impone y la legislación pierde su carácter general y pasa a incorporar, de un lado, y a afectar, de otro, a intereses concretos, se entiende que ahora el espacio de la decisión ya no corresponde a la representación general, sino que debe ser compartida con los intereses concretos implicados, a los que, desde la óptica garantista individual, es necesario integrar en el procedimiento. Así, el procedimiento parlamentario actual incluye efectivamente intereses particulares extraparlamentarios que intervienen, bien en el momento de la iniciativa, bien en el de las fases posteriores y de las más distintas formas, y que desvirtúan aquellos dos objetivos generales a los que servía el procedimiento parlamentario como instrumento democrático e imparcial en la elaboración de la ley. Por esta vía vuelve a aparecer el impacto administrativista, no sólo por su contenido, sino porque el procedimiento parlamentario se convierte a la lógica del procedimiento administrativo en cuanto toda esa inclusión de los intereses afectados adquiere el sentido que en este último se asigna a la “audiencia del interesado”. Hay que tener en cuenta que con ello, además, se legitiman nuevos sujetos capaces de aumentar la complejidad de las demandas tanto desde fuera como dentro del procedimiento, dadas las posibilidades que ofrece la deducción de inconstitucionalidad por vicios procedimentales”.

abstracto, son expresiones de un estado de normalidad. Precisamente en este contexto se inscribe la utilización por el legislador de conceptos normativos indeterminados, de cláusulas generales y de habilitaciones discrecionales<sup>132</sup>.

Estas cláusulas, tan habituales en materia ambiental (mejor tecnología disponible), social (política sanitaria), económica (empresa eficiente) son cláusulas recepticias, que por lo general combinan elementos sustantivos y procedimentales, y los procedimientos, para su concreción, deben incorporarse justamente por la importancia creciente de los ámbitos sectoriales de referencia en que operan. Precisamente, los importantes ámbitos en que estas cláusulas existen no se regulan adecuadamente sino a través de la procedimentalización de las estructuras que sirven para la concreción de los supuestos de hecho de las normas<sup>133</sup>, lo que exige controlarlas, considerando el protagonismo de las nuevas reglas.

Así, entonces, el mayor grado de la precisión legal exige determinados tipos y estructuras de los procedimientos que permiten operacionalizar la política pública pretendida, y que garantiza su control. La indeterminación de la ley es más tolerable cuando dichos procedimientos y controles ofrecen garantías suficientes de que el proceso de concreción de la inicialmente vaga regulación legal se llevará a cabo de manera especialmente diligente y en condiciones de imparcialidad y no discriminación respecto de los distintos niveles implicados. La actividad legislativa y la de aplicación de la ley son entendidas de este modo, como partes de un mismo circuito directivo en el que los procedimientos administrativos, de control y jurisdiccionales tienen la función de compensar la indeterminación de la ley<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> Pese a esto es necesario precisar, como lo hace ALONSO MAS (1998) 68., que aun cuando la ley sea de contornos imprecisos, o aun cuando la misma otorgue aparentemente libertad electiva a la Administración, sin embargo la misma sólo puede inclinarse, al dictar el acto administrativo, por una solución: *la mejor*.

<sup>133</sup> Ningún procedimiento de regulación económica es posible de ser entendido, por ejemplo, sin la condición procedimental básica que debe dar cuenta de los supuestos de hecho esenciales para iniciar un procedimiento de tal entidad. Vid. HANCHER y MORAN (2002) 11; BREYER, STEWART, SUNSTEIN, SPITZER (2001) 26-27.

<sup>134</sup> A esta cuestión HABERLE (2002) 237-244.

En consecuencia, la Administración no elige nunca libremente una opción determinada, ya que como poder, en todo momento regulado por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de una habilitación. Estos parámetros están constituidos, en primer lugar, por los objetivos o fines deducibles de la programación contenida en la ley. A estos parámetros se une la Constitución, en particular los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad e igualdad<sup>135</sup>.

Entonces, la precisión normativa no es necesariamente una característica de nuestros tiempos. En la perspectiva clásica de Weber, frente a una racionalización formal del Derecho, tendiente a la vinculación jurídico formal más precisa y favorable para el cálculo de las probabilidades y la seguridad jurídica, se contraponía una racionalización material del Derecho, conducente a aquello que mejor satisface, desde el punto de vista del contenido, las exigencias prácticas, utilitarias y éticas, de autoridades tales como jerarcas, déspotas o demagogos, del predominio de postulados materiales (éticos, políticos), de perspectivas concretas de equidad no formalizados. En esta dicotomía, la Administración burocrática supone “la forma más racional de ejercerse una dominación; y lo es en los siguientes sentidos: en precisión, continuidad, disciplina, rigor y confianza; calculabilidad, por tanto, para el soberano y los interesados; intensidad y extensión en el servicio; aplicabilidad formalmente universal a toda suerte de tareas; y susceptibilidad técnica de perfección para alcanzar el óptimo en sus resultados”<sup>136</sup>. La racionalidad formal del Derecho da lugar, pues, a una Administración burocrática que es racional en el sentido de aplicación automática de premisas ya dadas. Este modelo ha sufrido una metamorfosis, puesto que de una administración burocrática-legal, como la descrita, se ha producido el paso al modelo por él denominado de la “política administrativa”, en que las normas simplemente marcan objetivos, resultados a obtener, siendo la Administración quien decide las premisas de actuación jurídicas, personales y organizativas para el

---

<sup>135</sup> SCHMIDT-ASSMANN (2003) 221. En este sentido SARMIENTO (2004); RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000); CIANCARDO (2004).

<sup>136</sup> WEBER (2004) 178.

logro de los mismos<sup>137</sup>, lo que debe reorientar los instrumentos de control como se podrá apreciar.

Esta cuestión da origen a regulaciones administrativas que dan mayor flexibilidad a los modelos jurídicos, con la correlativa pérdida de programación de las actividades administrativas y con cierta regularidad con la incorporación de criterios metajurídicos, los que evidentemente tiene impactos en la intervención de la Administración (por ej., moral, art. 19, N° 21 de la CPR). En el mismo sentido, la necesidad de tener actuaciones administrativas más rápidas, consecuencia de los cambios tecnológicos, con sus secuelas económicas y sociales<sup>138</sup>, lo que provoca que la legislación administrativa tienda a hacerse más flexible, a veces etérea, más principal o directiva, remitiendo su concreción a reglamentos o planes, o dejando a la Administración la tarea de adoptar la regla aplicable para el caso concreto, previa ponderación de todas las circunstancias y de los intereses en presencia<sup>139</sup>.

Esta situación genera conflictos al momento de definir adecuadamente los límites sobre los cuales debe intervenir la Administración, de manera tal que frente a estas reglas generales, dotadas de ambigüedad aplicativa, genera efectos complejos en la discusión jurídica que proviene del control público, en la cual la exigencia de un estándar delimitado es su condición esencial<sup>140</sup>.

En definitiva, el principio estructural del Estado que propugna el sometimiento de la Administración al Derecho y que a ella le corresponden roles institucionales definidos en la Constitución a través del sistema de separación de poderes, quedaría en pura retórica si su aplicación se dejara al buen criterio de una de las partes implicadas en el problema que se trata de resolver. Por ello, además de las características de la función ejecutiva y la configuración institucional de los órganos administrativos, serán de

---

<sup>137</sup> OFFE (1988) 7, 25.

<sup>138</sup> Cfr. BROHM (1993) 116, 117.

<sup>139</sup> SÁNCHEZ MORÓN (1995) 157.

<sup>140</sup> Cfr. BAUZÁ MARTORELL (2001) 39, 46.

fundamental importancia el alcance o los diferentes procedimientos que se dispongan para hacer efectivo el control<sup>141</sup>.

#### IX. ANÁLISIS DE CASO: EL PROBLEMA DE CONFIGURACIÓN DEL PANEL DE EXPERTOS EN MATERIA ELÉCTRICA

21. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PANEL DE EXPERTOS. El Panel de Expertos (“Panel”) fue creado el año 2004 por la ley N° 19.940<sup>142</sup>, conocida como *Ley Corta I*, que introdujo una serie de modificaciones a la normativa eléctrica e incorporó un nuevo Título VI a la LGSE, en que se reguló este organismo técnico llamado a resolver ciertos conflictos que se generaren en materia técnica y tarifaria.

La competencia del Panel, se ha señalado, sería de doble naturaleza, pues por una parte este órgano resuelve controversias que se susciten entre las empresas eléctricas y la Administración, en cuyo caso ejercería funcionalmente una jurisdicción contencioso administrativa, como un verdadero tribunal especial determinado por la ley (art. 208 N°s. 1 a 9 de la LGSE); por la otra, el Panel se dedica a resolver controversias entre las empresas eléctricas, caso en el que ejercería una jurisdicción arbitral (art. 208 N°s. 10 y 11 e inciso final de la LGSE)<sup>143</sup>.

Si bien existen en doctrina autores que consideran al Panel como un órgano administrativo que no ejerce jurisdicción, la mayoría concuerda en que el Panel es un órgano que ejerce jurisdicción<sup>144</sup>.

---

<sup>141</sup> PEÑA FREIRE (1997) 279.

<sup>142</sup> Ley N° 19.940 que “Regula sistemas de transporte de energía eléctrica, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléctricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la Ley General de Servicios Eléctricos”, publicada en el Diario Oficial el 13 de marzo de 2004.

<sup>143</sup> Ver el resumen en VERGARA BLANCO (2005 A) 253-254.

<sup>144</sup> EVANS ESPÍNEIRA-SEEGER CAEROLS (2010) 329. Agregan estos autores que “el Panel de expertos cumple una función pública jurisdiccional, dentro de su competencia, en un debido proceso legal y con el objeto de resolver conflictos de relevancia jurídica con eficacia de cosa juzgada”.

Si bien la naturaleza de tribunal especial<sup>145</sup> atribuida al Panel puede ser discutible, en atención a lo indicado en la historia fidedigna de su establecimiento, su carácter de órgano que ejerce jurisdicción ha sido ratificado en forma reciente por la Ley de Transparencia<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> EVANS ESPÍNEIRA-SEEGER CAEROLS (2010) 320-321.

<sup>146</sup> Ley N° 20.285 de 2008, sobre acceso a la información pública. El inciso segundo de su artículo octavo transitorio dispone lo siguiente: “Los demás tribunales especiales de la República, tales como el Tribunal de Contratación Pública o el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y los órganos que ejercen jurisdicción, como la Dirección General de Aeronáutica Civil o el Panel de Expertos a que se refiere la ley N° 19.940, cumplirán la obligación dispuesta en el inciso precedente mediante sus propios sitios electrónicos o en los de él o de los servicios u organismos de que dependan o formen parte o tengan más próxima vinculación, en caso de que no dispongan de un sistema propio”.