

## LECCIÓN TERCERA

### PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

*SUMARIO: I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. A. DELIMITACIONES CONCEPTUALES. 38. Contenido del principio de legalidad. 39. El principio de legalidad y la asignación de potestades. 40. El concepto de potestades. 41. Poderes jurídicos implícitos. B. POTESTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES. 42. Descripción de las potestades regladas y discrecionales. 43. Elementos de la discrecionalidad. 44. Tipos de discrecionalidad. 45. Control de la discrecionalidad. 46. Los conceptos jurídicos indeterminados. 47. Márgenes de apreciación. 48. ¿Por qué importa la motivación en el control de la discrecionalidad? 49. El principio de proporcionalidad como elemento de control de la discrecionalidad. 50. Análisis de caso: el Comité de Ética Policial. II. PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL. 51. Las dimensiones de la tutela judicial. 52. Los privilegios de la Administración. III. PRINCIPIO DE GARANTÍA PATRIMONIAL. 53. Contenido de la garantía patrimonial. 54. La expropiación. IV. TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. 55. Los Derechos Fundamentales y la Administración. 56. Los Derechos Fundamentales como condicionantes del Derecho Administrativo. 57. ¿Cómo ha entendido el TC la relación entre legalidad administrativa y Derechos Fundamentales? V. EL PRINCIPIO DE SERVICIALIDAD. 58. Contenido de la servicialidad. 59. El principio de confianza legítima como manifestación de la cláusula de servicialidad. VI. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO. 60. El principio democrático en la Administración. VII. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD. 61. La importancia de la publicidad en el funcionamiento administrativo. 62. La regulación legal de la publicidad. VIII. PRINCIPIO DE PROBIIDAD. 63. El contenido normativo del Principio de Probiidad. IX. PRINCIPIO DE DESCENTRALIZACIÓN. 64. El mandato constitucional de descentralización. 65. Sistemas de organización Administrativa. 66. La centralización. 67. La descentralización. 68. Desconcentración. 69. Autonomía Constitucional. 70. Principios de organización administrativa para las relaciones a nivel nacional, regional y local. X. ANÁLISIS DE CASO: LOS PRESUPUESTOS DE ACTUACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL. 71. Los impactos de los Derechos Administrativos especiales.*

## I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

### A. *Delimitaciones conceptuales*

38. CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. Este principio, del cual han oído hablar desde su ingreso a la Universidad, es central para los análisis de Derecho Administrativo, pero también es relevante saber que la manera como se aborda explica habitualmente la discrepancia sobre la legitimidad de las intervenciones de los órganos de la Administración del Estado.

En efecto, la ley puede condicionar las acciones de la Administración en dos formas básicas y opuestas: (a) la norma se puede erigir en el fundamento previo y necesario de una determinada acción, la cual, por lo tanto sólo podrá realizarse válidamente en la medida que la norma habilite al sujeto para ello (vinculación positiva); (b) la norma puede constituir un límite externo a la del sujeto, el cual podría realizar válidamente cualquier conducta sin necesidad de previa habilitación, con la única condición de que no contravenga la norma (vinculación negativa)<sup>190</sup>.

De la primera de las manifestaciones, son un abierto partidario la literatura y la jurisprudencia constitucional. El famoso estándar de precisión y determinación, acuñado por el TC para evaluar la constitucionalidad de las potestades entregadas a la Administración, es una abierta manifestación de la lógica de la vinculación positiva<sup>191</sup>. En cambio, la vinculación negativa es utilizada por la jurisprudencia para buscar soluciones a situaciones en donde es inevitable la intervención pública. De esta manera, el único modo para justificar la intervención administrativa, en función del interés

---

<sup>190</sup> Existe acuerdo en que la doctrina dominante es la que preconiza la vigencia total del principio de vinculación positiva (que por supuesto se halla en franca contradicción con la práctica). Sin embargo, dado el modelo constitucional de dominio legal máximo y potestad reglamentaria un criterio razonable de comprensión será el conocido principio de la reserva legal (que va más allá de los supuestos del art. 63 de la CPR) y que determinarán qué necesita previamente la Administración para actuar y luego hasta dónde puede regular con el reglamento, respectivamente. Esta discusión estará asociada a los tipos de reserva y, en consecuencia, su intensidad.

<sup>191</sup> La tesis de precisión y determinación la comenzó a utilizar en el caso de restricción vehicular el año 2005 (STC Rol N° 325) y desde entonces lo ha invocado como un estándar permanente. Ver SsTC roles N°s. 370, 373 y 388.

público, será a través de la figura de la vinculación negativa (aunque nunca lo reconoce de ese modo)<sup>192</sup>.

Por otro lado, también hemos sido testigos de una evolución conceptual en el Derecho público, desde el sometimiento de la autoridad al denominado principio de legalidad estricto (art. 6° CPR), al denominado *principio de la juridicidad*, que supone la subordinación de la Administración al ordenamiento jurídico (art. 2° LOCBGAE), en donde no sólo importa la habilitación para actuar, sino que también la legitimidad del contenido material de la decisión. Esto no es menor, porque por esta vía no sólo se ha transformado el título de legitimación de la intervención, sino que esencialmente el estándar de control, pues ha implicado que por la vía de la aplicación de un principio de legalidad material (juridicidad), a la Administración le sean aplicables principios generales del ordenamiento jurídico, como mecanismo de control de legalidad de sus actos administrativos<sup>193</sup>.

Así las cosas, la característica central del principio de legalidad es que mediante él se asignan potestades y atribuciones a los órganos de la Administración, que habilitan a los órganos a intervenir en las áreas en donde se ha conferido competencia (art. 6°, 7°, 65, inc. 4° N° 2 CPR), por lo que estas serán siempre de carácter heteroatributivas. Sin embargo, como se analizará, la asignación de potestades no siempre es explícita, en muchas ocasiones (más de lo que se cree) el legislador es ambiguo en esa asignación, dando origen a los problemas del ejercicio de potestades implícitas o inherentes, así como a las cláusulas generales de apoderamiento.

---

<sup>192</sup> Un caso evidente de vinculación negativa ha sido históricamente el tratamiento de la legalidad presupuestaria y que el TC lo dejó en evidencia en el caso Rol N° 254.

La Contraloría, a su vez, lo ha utilizado para legitimar intervenciones inevitables. Un caso es el dictamen N° 29.477, de 2004, que permitió la modificación de una resolución de calificación ambiental (autorización de funcionamiento), cuando se alteraban las variables proyectadas o estas se comportaban de un modo diferente al esperado. En ese caso la CGR aceptó la modificación de la Resolución de Calificación Ambiental, pese a que no existía habilitación legal explícita para ello, pero se justificó en la naturaleza preventiva del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

<sup>193</sup> Como veremos más adelante en el curso, la institución a cargo de ese control de legalidad por mandato constitucional es la Contraloría General de la República, quien a través de sus dictámenes (precedentes generales y obligatorios en la Administración), ha terminado por establecer un estándar de control de legalidad general, material y aplicable a través de su jurisprudencia administrativa.

39. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA ASIGNACIÓN DE POTESTADES. Como se estudió, la actuación de la Administración está sometida al poderoso principio de legalidad, el que supone el sometimiento completo a la ley y el Derecho<sup>194</sup>. 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>195</sup>. (Ver N° 15).

Considerando las diversas modalidades de tipicidad a que está sometida la Administración y a la que se ha hecho mención, se puede distinguir entre las facultades que corresponden a funciones objetivos y a funciones competencias<sup>196</sup>. Entendemos por *funciones objetivos* aquellos mandatos contenidos en normas legales que disponen el establecimiento de resultados (deseables) a obtener como cuestión prioritaria del servicio, pero que carecen de contenidos específicos y concretos para llevarlas a cabo directamente por las instituciones, de manera que es difícil identificar la potestad concreta de que se trata. Lo anterior no significa que dichas funciones carezcan de contenido, sino que requieren de la identificación precisa de otras normas para poder individualizar claramente el contenido de la potestad, lo que será sin perjuicio de que ellas también puedan servir como criterios de interpretación teleológica de otras normas. Por su parte, las *funciones competencias* corresponden a aquellas funciones que tienen asociadas claramente el contenido de una potestad, de manera que resulta fácil identificar qué hacer, cómo hacerlo y cuáles son los resultados de la intervención u omisión.

Esta distinción resulta adecuada al momento de definir a quiénes corresponden las funciones y atribuciones asignadas por la ley a cada órgano del servicio, es decir, qué potestades les corresponde ejercer.

El principio de legalidad de la Administración se expresa en un mecanismo técnico preciso: *la legalidad atribuye potestades a la Administración*.

---

<sup>194</sup> A esta visión también se le denomina “constitucionalización de la legalidad”, MUÑOZ MACHADO (2004) 394.

<sup>195</sup> 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>196</sup> La distinción entre funciones, competencias y finalidades corresponde a CORDERO VEGA (2005).

La legalidad otorga facultad de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente.

40. EL CONCEPTO DE POTESTADES. La legalidad atribuye potestades a la Administración y esa es una de sus principales características. No puede esta autoasignárselas, por eso la delimitación técnica de qué hablamos cuando nos referimos a potestades es tan importante<sup>197</sup>.

Como se ha afirmado tradicionalmente, el concepto de potestad se perfila a través de su contraste con el de derecho subjetivo. Ambas figuras son manifestaciones de poderes jurídicos. A partir de este núcleo común, todas las demás notas son diferencias entre la potestad y el derecho subjetivo. Así, el derecho subjetivo se caracteriza por tener su origen en una relación jurídica concreta, recaer sobre un objeto específico y determinado, consistir en una pretensión concreta y corresponder con un deber atribuible a un sujeto pasivo, que es, en este sentido, un sujeto obligado. El ejemplo será el derecho del contratante que surge de una relación jurídica contractual, creada por un contrato, que recae sobre una prestación específica y concreta definida por el convenio, correspondiendo con el deber correlativo del deudor, sujeto obligado. Pues bien, ninguna de esas características está en la potestad<sup>198</sup>.

En efecto, la potestad<sup>199</sup>:

(a) No se genera de una relación jurídica. La potestad procede directamente de la ley.

(b) No recae sobre ningún objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en los propósitos de política pública establecidos al consagrarse.

---

<sup>197</sup> Para un análisis detenido y detallado del modelo de potestades en Chile, ver ROJAS CALDERÓN, C. (2014).

<sup>198</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ (2006) 465.

<sup>199</sup> SANTAMARÍA PASTOR, 2004; ROJAS CALDERÓN, 2014, 38; BLANQUER (2010 i), 172.

(c) No consiste en una pretensión particular, sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, de donde eventualmente pueden surgir, como una consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares.

(d) A la potestad no le corresponde ningún deber, positivo o negativo, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos (normalmente de un círculo de sujetos), a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad; esa sujeción puede ser para esos sujetos ventajosa (si del ejercicio de la potestad deriva para ellos un beneficio), o desventajosa (si de la potestad surge para ellos un gravamen; sería la sujeción *stricto sensu* o por excelencia), o indiferente (si no llega a afectar a su esfera jurídica), pero en ningún caso implicará un deber o una obligación, los cuales podrán surgir eventualmente de la relación jurídica que el ejercicio de la potestad es capaz de crear, pero no del simple sometimiento a la potestad misma.

No hay, por ello, frente a la potestad un sujeto obligado, sino una “situación pasiva de inercia” (Giannini), que implica un sometimiento a los efectos que la potestad puede crear en su ejercicio, la inexcusabilidad de soportar que tales efectos se produzcan y que eventualmente afecten a la esfera jurídica del sometido<sup>200</sup>.

Como consecuencia de este origen legal y no negocial, *las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables*, justamente porque son indisponibles por el sujeto en cuanto creación del Derecho objetivo supraordenado al mismo. El titular de la potestad puede ejercitarla o no, pero no puede transferirla; la propia ley, a lo sumo, permitirá implícitamente su delegación de ejercicio. Las potestades son también imprescriptibles, aunque su ejercicio puede estar sometido a caducidad o decadencia. Las potestades son, en fin, inagotables e idénticas a través de su ejercicio, que más que consumirlas las confirma. Son también insusceptibles de modificación por el titular; sólo la ley, en que tienen su origen, puede alterarlas o extinguirlas<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ (2006) 466.

<sup>201</sup> SANTAMARÍA PASTOR, 2004.

Actuar de otro modo implicaría alterar las reglas constitucionales básicas que legitiman el ejercicio de las potestades públicas, de conformidad al contenido y redacción del art. 7º de la CPR, de manera que actos en contravención a las mismas pueden adolecer de causal de nulidad de derecho público según la entidad del vicio.

Como ya se ha visto, las potestades se asignan a la Administración siempre con características heteroatributivas, es decir, es el legislador el que determina, siguiendo una clásica explicación pedagógica de nuestro Derecho, los elementos de la potestad, en los cuales se distingue: (1) el quién, es decir, el titular del órgano que tiene atribuida la potestad; (2) el cómo, es decir, el procedimiento administrativo a través del cual debe ejercer sus atribuciones; (3) el cuándo, que responde al momento u oportunidad de su ejercicio; (4) el por qué, es decir el motivo para actuar; (5) el para qué, que se traduce en la finalidad perseguida con el ejercicio de la potestad y (6) el qué, estos es, la decisión adoptada<sup>202</sup>.

41. PODERES JURÍDICOS IMPLÍCITOS. Uno de los temas controvertidos es si esas potestades, que deben atribuirse en forma expresa, deben ser asignadas en forma explícita o, dicho de otro modo, si son admisibles poderes jurídicos implícitos. Para buena parte de la literatura, que una potestad sea expresa es equivalente siempre y en todo caso a que esa potestad sea explícita, es decir, agotada en sus mínimos contenidos, de manera que no resultarían admisibles el ejercicio de poderes jurídicos implícitos, pues eso significaría violentar el principio de legalidad<sup>203</sup>.

Sin embargo, la Administración ejerce todos los días competencias que no se encuentran descritas en detalle y que suponen siempre el ejercicio de poderes jurídicos implícitos. En mi opinión, estos forman parte del principio de legalidad, pero son necesarios ciertos criterios para su ejercicio.

En efecto, al lado de las facultades expresas deben existir las facultades implícitas, es decir, aquellas potestades que resultan imprescindibles o necesarias para que la autoridad pueda realizar las funciones que le han sido

---

<sup>202</sup> SOTO KLOSS (1996) 54.

<sup>203</sup> SOTO KLOSS (1996) 49.

encomendadas por ley, sin que ello implique que la competencia del órgano sea rebasada o desconocida<sup>204</sup>. Para que estas sean procedentes se requiere: (a) la existencia de una facultad expresa en relación a un procedimiento administrativo que por sí sola sea imposible de ser ejercida; (b) que entre la facultad expresa y la implícita haya una relación de medio fin; (c) que la potestad implícita sea una consecuencia obvia y natural del núcleo esencial de la potestad asignado por la ley al órgano administrativo que instruye el procedimiento, y que en consecuencia no se encuentra depositada en o ejercida por otra autoridad administrativa<sup>205</sup>.

### *B. Potestades regladas y discrecionales*

42. DESCRIPCIÓN DE LAS POTESTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES. Esta es una de las distinciones más polémicas y a la vez útiles en el Derecho administrativo. Lo debatido finalmente no es la distinción, sino que los alcances que se pueden hacer de la potestad discrecional, considerando especialmente su mecanismo de control.

Las normas jurídicas que regulan la actividad administrativa pueden establecer una regulación minuciosa y completa de esa actividad, de manera que ante un supuesto de hecho –por ejemplo, la solicitud de una posesión efectiva ante el Registro Civil en relación a los bienes de una persona fallecida que satisface el contenido del formulario–, la Administración sólo puede actuar de una manera precisa –admitir y tramitar la solicitud de posesión efectiva–. En este caso la Administración ejercita una potestad que suele denominarse reglada. Toda su actuación está predeterminada por las normas jurídicas aplicables, de forma que, constatada la ocurrencia del supuesto de hecho previsto por la norma jurídica de aplicación, no hay más que una decisión posible y lícita en Derecho. La decisión administrativa es en este caso la pura y simple ejecución de ley. Es una tarea estrictamente jurídica, que se limita a determinar cuál es la legislación aplicable, a comprobar que los hechos se subsumen en el supuesto fáctico definido por ella y adoptar la consecuencia igualmente tasada por dicha legislación<sup>206</sup>.

---

<sup>204</sup> CÁRDENAS GRAMA (2002) 23.

<sup>205</sup> CORDERO VEGA (2003).

<sup>206</sup> SÁNCHEZ MORÓN (2005), 89.

En Derecho administrativo es posible observar dos grandes visiones sobre la discrecionalidad. La primera, que ve en ella una permanente sospecha, pues a través de su ejercicio es posible que el Estado actúe de un modo contrario a los derechos de las personas, de manera que todo el sistema debe construirse para acotar y anular el ejercicio de dicha potestad<sup>207</sup>. La segunda, es entender que la discrecionalidad es una cuestión estructural del sistema legal actual, donde no es posible concebir organismos administrativos sin potestades discrecionales, pues a través de su entrega es posible dar cumplimiento a los objetivos de promoción social que buscamos como sociedad. De este modo, lo relevante no es detener la discrecionalidad, sino cuáles son los estándares básicos para poder ser titular de ella y cuáles son los mecanismos de control de su ejercicio<sup>208</sup>.

En resumen, la potestad reglada constriñe a la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar la consecuencia que ha previsto la ley, aunque ello no quiere decir que desaparezca por completo la interpretación administrativa que ineludiblemente puede conllevar determinadas valoraciones. Por el contrario, la potestad discrecional introduce en el proceso aplicativo una estimación subjetiva de la Administración, al permitirle decidir entre una pluralidad de opciones o alternativas<sup>209</sup>.

43. ELEMENTOS DE LA DISCRECIONALIDAD. En términos simples podemos decir que la potestad discrecional se dará en los casos en que el legislador le confiere a la Administración un espacio de autodeterminación, un margen o libertad de decisión para elegir entre varias alternativas o soluciones posibles. La adopción de los actos que se dicten en ejercicio de una potestad de esa naturaleza se basará, entonces, en criterios no predeterminados por la norma que concede el margen de decisión, sino en criterios que quedan a la libre consideración de la Administración<sup>210</sup>.

---

<sup>207</sup> En este sentido ver SOTO KLOSS (1996). En el Derecho comparado ver la ácida discusión entre RAMÓN FERNÁNDEZ (1991); y PAREJO ALFONSO (1993).

<sup>208</sup> Ver en este sentido HARLOW-RAWLINGS (2009), MASHAW (2010), SCHMIDT-ASSMAN (2003).

<sup>209</sup> FERNÁNDEZ FARRERES (2014).

<sup>210</sup> MENÉNDEZ (2005) 969.

Sin embargo, para entender adecuadamente la discrecionalidad es necesario señalar algunos presupuestos para su operación<sup>211</sup>:

(a) La discrecionalidad no es una característica que pueda globalmente predicarse de una potestad, sino de alguno de sus elementos o condiciones de ejercicio: no hay potestades íntegramente discrecionales, sino potestades donde algunos de sus elementos son discrecionales.

En toda potestad discrecional hay elementos que lo son, efectivamente, y otros, en cambio, que son reglados. Son siempre elementos reglados de toda potestad: (1) el hecho de su existencia (esto es, si la potestad ha sido atribuida por la norma, o no); (2) el supuesto fáctico que legitima su empleo (esto es, los casos y condiciones bajo las que puede ser utilizada); (3) la competencia (esto es, la determinación del órgano u órganos a que se atribuye), y (4) el fin de la potestad (es decir, la finalidad concreta que el uso de la potestad debe perseguir).

(b) La discrecionalidad no es el producto del reconocimiento de un ámbito de libertad a la Administración, sino la consecuencia de una remisión normativa consciente. La discrecionalidad no puede entenderse como la consecuencia de una laguna de la ley, cuyo silencio permite la libertad de la Administración, sino como el resultado de una decisión deliberada: la Administración posee potestad discrecional no porque la ley calle, sino porque la ley quiere.

(c) La discrecionalidad, en cuanto decisión consciente del legislador, no puede ser confundida con la mayor o menor indeterminación de los conceptos jurídicos. Todos los conceptos utilizados por las normas son, en mayor o menor medida, imprecisos; pero en ocasiones las normas utilizan deliberadamente conceptos vagos, bien sean de experiencia social (por ej. buena conducta, tranquilidad, etc.) o éticos (por ej. buena fe, causa ilícita, etc.). Durante bastante tiempo algunos creyeron entender que tras los conceptos jurídicos indeterminados, la constatación de su concurrencia en cada caso correspondía en exclusiva a la Administración, cuya valoración no podría ser revisada ni sustituida por los particulares ni por la de un organismo jurisdiccional. Sin embargo, dicha idea ha sido descartada

---

<sup>211</sup> SANTAMARÍA PASTOR (2004, I) 428, 429.

sistemáticamente en los últimos años. Existe acuerdo de que los conceptos jurídicos indeterminados son diversos a la discrecionalidad, y que si bien la Administración puede efectuar una determinación inicial de la ocurrencia o no del concepto, esta apreciación puede ser sustituida y revisada por el juez (y ello sin desconocer el margen de deferencia de experto que es posible de reconocer en la Administración en casos de decisiones de experto).

(d) La discrecionalidad supone la creación de un ámbito de indiferencia relativa: en los supuestos remitidos a su decisión, la Administración puede elegir entre diferentes soluciones, todas igualmente válidas. Sin embargo, esta indiferencia no es total, sino, que como se ha dicho, relativa: la decisión que se adopte deberá respetar en todo caso los estándares de razonabilidad exigidos a cualquier decisión pública.

44. TIPOS DE DISCRECIONALIDAD. Si bien toda clasificación es arbitraria, pues es útil a los fines de quien las promueve, en materia de discrecionalidad regularmente esta se clasifica en dos tipos: (a) la de política pública y (b) la técnica<sup>212</sup>.

La discrecionalidad de política pública se da cuando se atribuye o reconoce un margen de decisión propio e individual a las autoridades competentes para que adopten una medida (previo procedimiento administrativo) valorando los aspectos y consecuencias políticas de la misma, incluida su propia estimación subjetiva o ideal de la solución correcta (por ej. el nombramiento de un Ministro de Estado o una política de desarrollo regional). Para muchos esto es un caso de discrecionalidad fuerte.

La discrecionalidad técnica ocurre cuando el sistema legal reconoce a favor de un organismo administrativo un ámbito de decisión propio para emitir una decisión en función de evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica o características de un saber profesional. Puede tratarse de valoraciones económicas, científicas o técnicas en sentido estricto. Es el caso de la resolución de un concurso público en donde se evalúan las capacidades de los candidatos; la dictación de una Resolución de Calificación Ambiental, que se funda en los análisis de los efectos que sobre el medioambiente puede tener un determinado proyecto o actividad; la

---

<sup>212</sup> SÁNCHEZ MORÓN (2005) 92, 93.

declaración de ruina de un edificio, que se basa en el respectivo informe técnico. En estos casos la decisión discrecional tiene un fundamento más objetivo y, por tanto, contrastable a través de pruebas o análisis técnicos contradictorios. Por eso es calificada también como discrecionalidad débil, pues es posible que la decisión administrativa pueda ser anulada en función de pruebas que demuestren el error de la Administración.

El problema principal de la discrecionalidad, y que se expande según su tipología, tiene que ver finalmente con el control de su contenido, cosa que veremos a continuación.

45. CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD. Parece evidente, luego de todo lo que hemos dicho, que la potestad discrecional es susceptible de control. Sin embargo, el problema estará en los límites del control judicial. En efecto, está en juego la idea inminente de separación de poderes o reservas institucionales establecidas en la Constitución (hay cosas que hace la Administración que no pueden hacer los jueces), la plenitud del derecho como estándar de control (no existen zonas exentas) y la deferencia técnica que es necesaria en un sistema de decisiones (la visión expertocrática de la Administración).

¿Cuáles son los elementos básicos de ese control?<sup>213</sup> Se han definido los siguientes:

(a) A través del control de los elementos reglados que integran la discrecionalidad. Un acto concebido como discrecional puede ser anulado si se dicta sin el amparo en potestad alguna (falta de potestad), o por un órgano que no es concretamente habilitado para el ejercicio de la potestad (incompetencia), o para supuestos de hecho no comprendidos en el ámbito de la potestad, o adoptando medidas no integradas en el contenido material de la potestad, o infringiendo las normas de procedimiento establecidas para el empleo de la potestad, o utilizando la potestad para fines distintos de aquellos para los que la norma la atribuyó (vicio conocido como desviación de fin o de poder, que estudiaremos con posterioridad).

(b) Control de los hechos determinantes, esto es de la existencia y realidad del supuesto de hecho que habilita para el empleo de la potestad, pues

---

<sup>213</sup> SANTAMARÍA PASTOR, (2004, I) 430; SÁNCHEZ MORÓN (2005) 96, 99.

estos son supuestos reglados de la potestad que habilitan su ejercicio y por lo tanto siempre sujetos a control judicial. En efecto, la Administración no puede tergiversar la realidad o desfigurarla como fundamento del ejercicio de sus potestades, de manera que los hechos en que se basa el ejercicio de la discrecionalidad deben ser ciertos y su existencia o inexistencia pueden ser objeto de prueba, cuyo resultado condiciona la legitimidad del uso de la facultad discrecional.

(c) Control del fin, esto es que el ejercicio de la potestad discrecional, por amplia que esta hubiese sido concebida, sólo puede ser ejercida para los fines públicos para los cuales fue conferida la potestad, de lo contrario incurre en la denominada *desviación de fin o de poder*<sup>214</sup>. Esta es una causal de ilegalidad del acto administrativo, que afecta su

---

<sup>214</sup> La desviación de fin o de poder como técnica de control de la validez de los actos de la Administración nació en Francia y se desarrolló en la jurisprudencia del Consejo de Estado desde 1852, bajo el criterio que este vicio se produce cuando se utilizan potestades para fines distintos de los previstos en la norma que la había otorgado.

La Corte Suprema, en el caso “Junta de vecinos de la Unidad Vecinal N° 2 con Municipalidad de Renca” (23.09.2010, Rol N° 5582), fue explícita en la manera en como se configura este vicio.

En efecto, un inmueble que era de propiedad municipal había sido entregado en comodato a una Junta de Vecinos, organización que autorizó desde aproximadamente seis años el funcionamiento de una institución educacional denominada “Nueva Escuela”. Asimismo, el recinto era ocupado por un club de adultos mayores.

Sin embargo, el inmueble no contaba con permiso de construcción ni recepción municipal. De este modo, la Municipalidad decretó la inhabilidad de parte de dicho inmueble por carecer de permiso de construcción y recepción final de la Dirección de Obras Municipales, y dispuso el desalojo de sus ocupantes.

El motivo real por el cual se pretendía el desalojo del inmueble es que al menos desde el año 2009 la Municipalidad tenía un proyecto de construir una sala cuna y un jardín infantil precisamente en la parte que se pretende desocupar. Dicho proyecto se encontraba paralizado a raíz de la oposición de la comunidad, basada en la defensa de los escasos espacios comunitarios de esparcimiento, educación y recreación.

La Corte acogió el recurso sosteniendo que si bien la autoridad administrativa hizo uso de la facultad prevista en el artículo 145 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, lo hizo teniendo en cuenta un fin diverso del previsto por la norma. El motivo que subyacía para dictar el decreto cuestionado era instalar una sala cuna y un jardín infantil en el inmueble, y no que el inmueble carezca de recepción definitiva (C. 6).

“En los términos expuestos –sostuvo la Corte– se ha configurado un acto ilegal afectado por un vicio que le resta validez, en doctrina denominado “desviación de poder”, por haber sido dictado teniendo en vista un fin diverso del que fuera previsto específicamente por el precepto citado, no obstante tener competencia la autoridad. El móvil de obtener el desalojo en un tiempo

validez, no sólo cuando quien la adopta persigue fines particulares, aún disfrazados de interés público, sino también cuando la actuación administrativa persigue fines públicos distintos de aquellos para los que se le otorgaron facultades.

(d) Control de razonabilidad de la decisión, esto es que el acto administrativo en que se funda debe basarse en motivos que deben explicitarse (más allá de una mera cita de normas y hechos) mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión, de manera que se acredite la racionalidad intrínseca, es decir, coherencia con los hechos determinantes y con el fin público que ha de perseguirse.

De ahí, por lo tanto, que en términos globales los jueces pueden anular la decisión en dos hipótesis: (1) cuando carece de motivación o esta es

---

breve de las instituciones que ocupan el inmueble no toma en consideración la posición jurídica en que se encuentra al menos una de éstas, la cual posee un título de ocupación” (C. 7).

Algo de eso es lo que está detrás de una reciente decisión de la Corte Suprema (29.12.2014) respecto del uso de un recurso escaso como el agua. La Municipalidad de Cabildo había otorgado un permiso de ocupación para el uso de la ribera de un río a una empresa de servicios públicos sanitarios (Esval), con la finalidad de realizar una obra de encausamiento de manera de contribuir a la solución de problemas de sequía severos que existen en la zona (había sido declarada zona de escasez hídrica hace un tiempo). Frente a reclamos de pequeños agricultores, porque las obras afectaban su riego, la municipalidad decidió revocar el permiso otorgado, impidiendo por esa vía la ejecución global de la obra.

La empresa impugnó esa decisión y la Corte decidió acoger la reclamación, sosteniendo que si bien las municipalidades podían decidir discrecionalmente cuándo revocar un permiso municipal, esas decisiones debían responder a razones de interés general, es decir, aquellas que tengan por propósito beneficiar a la colectividad en su conjunto.

¿Por qué el argumento de la Corte era tan importante?, porque lo que señalaban los pequeños agricultores era que las obras de la empresa sanitaria afectarían las napas y el acceso del recurso hídrico para riego. Ese argumento, la Corte lo considera ilegítimo para revocar el permiso, porque perjudica a la comunidad en su conjunto, demostrando con ello todo el simbolismo que está detrás de las decisiones públicas.

Para la Corte, que una autoridad administrativa utilice sus atribuciones para un propósito distinto al perseguido por la ley –aunque este sea noble y beneficie a una comunidad en concreto– constituye un vicio en su decisión que justifica que sea dejada sin efecto. En la lógica de la Corte, “ante la sequía extrema que afecta a la zona de Cabildo sus autoridades deben velar por el interés general de sus habitantes” y no por el de un grupo específico de ellos, dado que las obras tenían por finalidad resolver el problema de acceso a agua potable de todos los habitantes de la zona.

deficiente, de manera que no es posible valorar el uso que se ha hecho de la discrecionalidad conforme al Derecho. La jurisprudencia ha dicho “lo no motivado es sólo por ese hecho arbitrario”<sup>215</sup>; (2) cuando el acto carece de toda explicación racional o se aparta de las más elementales reglas de razonamiento.<sup>216</sup>

Cuando analicemos control judicial, profundizaremos sobre alguna de estas cuestiones. (Ver N° 415).

46. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. Habitualmente se habla de conceptos jurídicos indeterminados para referirse a las situaciones en donde, reconociéndosele a la Administración ciertos márgenes de apreciación en base a cuestiones imprecisas o indeterminadas, la decisión finalmente aceptable es una sola. Se dice que mientras en la discrecionalidad existen alternativas igualmente justas (todas las posibles son admisibles por el sistema legal), en los conceptos jurídicos indeterminados sólo es correcta una y, en consecuencia, puede estar sujeta a pleno control jurídico (Contraloría y Jueces).

Pese a esto, muchos señalan que estos conceptos deben estar igualmente sometidos a una teoría unitaria de la discrecionalidad, porque el concepto jurídico indeterminado dispone de una zona de certeza positiva (el supuesto de hecho puede subsumirse) y otra de certeza negativa (el supuesto de hecho no se puede subsumir de ninguna forma), coexiste una zona de incertidumbre (zona de penumbra) en la que resulta muy difícil discernir si esa subsunción es factible (de ahí que jurídicamente se utilice la expresión concepto jurídico indeterminado). La ponderación de determinados conceptos (“utilidad”, “importancia”, “urgencia” y tantos otros) escasamente pueden conducir a una respuesta única y precisa. Es justamente en ese nivel de incertidumbre en el que la Administración goza de un margen para decidir, lo cual dificulta extraordinariamente, cuando no impide, que su decisión llegue a ser sustituida por la apreciación del juez

---

<sup>215</sup> Es necesario agregar que la ausencia de motivación es también una decisión ilegal, pues el artículo 41 de la Ley de Procedimiento Administrativo obliga a motivar todos los actos administrativos, y el artículo 11 exige especial motivación a los actos de gravamen.

<sup>216</sup> Para un análisis detenido y profundo del debate de la discrecionalidad en el Derecho chileno ver SAAVEDRA FERNÁNDEZ, 2011.

o tribunal. Por eso queda de manifiesto que el criterio de la solución única frente a la pluralidad de soluciones, a fin de deslindar la discrecionalidad propiamente dicha de lo que son meros conceptos jurídicos indeterminados, debe ser matizado<sup>217</sup>.

47. MÁRGENES DE APRECIACIÓN. Esta situación se genera en aquellos casos en donde la ley que asigna la potestad señala una zona de incertidumbre en que la Administración debe, en base a determinados antecedentes de una ciencia o técnica, delimitar el contenido del mismo. El ejemplo tradicional será la calificación de “sequía” para la aplicación de un decreto de razonamiento eléctrico. De este modo, el sujeto que controla el margen de apreciación debe considerar el error manifiesto en la apreciación de la ciencia o técnica y de la arbitrariedad que subyace a la decisión.

Eso explica, al igual que en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, que existen varios<sup>218</sup> que consideran que los márgenes de apreciación deben ser incorporados en la teoría unitaria de la discrecionalidad, esencialmente porque su sistema de control está concentrado en los supuestos reglados de la potestad y en la motivación del acto administrativo.

48. ¿POR QUÉ IMPORTA LA MOTIVACIÓN EN EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD? Como ha visto y verá en este curso, la motivación es una cuestión esencial en la teoría del acto administrativo. Su importancia radica en que la omisión de la misma o la circunstancia de que esta sea insuficiente implica en general la existencia de un vicio de invalidez del acto dictado. Es también el medio que utilizan los jueces para construir los “indicios” que sirven de base al vicio de “desviación de fin o de poder”.

A la motivación, en general, le reconocemos tres atributos: uno es *pedagógico*, en tanto explica de un modo adecuado lo que justifica la adopción de una determinada decisión; el otro es que constituye el primer umbral de *control de legalidad interno de la decisión*, porque la autoridad debe explicar si se da el supuesto de hecho para la adopción de la decisión y como subsume la regla de competencia que lo autoriza a actuar, y el tercero, es *defensivo*, porque permite hacer posible al afectado ejercer su

---

<sup>217</sup> FERNÁNDEZ FARRERES (2014, I).

<sup>218</sup> FERNÁNDEZ FARRERES (2014, I).

derecho a la impugnación, sea por la vía del recurso administrativo (revisión plena de la decisión, incluido el mérito) o bien de la acción jurisdiccional (revisión plena de legalidad).

Estos tres atributos se explican en el principio de transparencia de la función pública, que exigen “el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos” de las decisiones de las autoridades públicas (art. 13 Ley N° 18.575 y art. 16 Ley N° 19.880).

Uno de los sectores en donde este criterio ha tenido particular impacto es en el ejercicio de potestades discrecionales. En el caso nuestro especialmente desde el conocido asunto “Rosas Díaz con Presidente de la República” (1991), en donde la Corte Suprema recordó que lo no motivado es por ese sólo hecho arbitrario. Un criterio semejante impuso la Contraloría desde el año 2005, en el conocido caso “Comité de Ética Policial” que estudiaremos más adelante, y el propio Tribunal Constitucional cuando ha señalado que la motivación del acto administrativo no puede desprenderse del procedimiento que le sirve de base. (STC Rol N° 2510).

Luego de lo que hemos avanzado, la gran interrogante que enfrentan los jueces y la Contraloría en la actualidad es cuándo la motivación debe ser tenida por suficiente, teniendo en consideración que su límite está en no sustituir a la Administración en la dictación del acto.

Parte de las respuestas ha estado presente en decisiones de diciembre de 2014. Por un lado, la Contraloría, decidió las impugnaciones que un conjunto de universidades realizó al Consejo de Rectores en relación al ingreso al sistema único de admisión para las universidades chilenas<sup>219</sup>. El Consejo rechazó las solicitudes, citando un acuerdo adoptado tiempo atrás en donde se indicaba que no se aceptarían nuevas incorporaciones al sistema de admisión. La Contraloría sostuvo que una decisión así podría ser ilegal, porque la motivación del acto administrativo requería una relación circunstanciada de hechos y Derecho, que explicara para el caso concreto “las razones de fondo” de la decisión adoptada. En opinión de la Contraloría, la mera cita a un acuerdo previo –como lo puede ser

---

<sup>219</sup> Dictámenes N°s. 94064, 94587, 94589, 94592, de 04.12.2014.

también a una regla de competencia— no es motivación suficiente y, en consecuencia, una decisión adoptada así adolece de un vicio de invalidez.

La otra de las decisiones la adoptó la Corte Suprema cuando decidió el caso de la “Comisión de Libertad Condicional”<sup>220</sup>. En este asunto, la Corte señaló que esta comisión es un órgano, que aunque está inserto en el Poder Judicial, ejerce funciones administrativas y debe someterse a los estándares de cualquier acto estatal. En dicho caso, afirmó que la motivación de un acto administrativo no puede basarse en “razones justificativas vagas, imprecisas y que no se avienen al caso concreto”. En opinión de la Corte, cuando el acto administrativo depende de un expediente en donde constan los antecedentes y las solicitudes de un interesado, se impone a la autoridad la exigencia de “un ejercicio argumentativo” que permita sostener en el caso concreto la decisión que se adopta. Un criterio semejante ha venido señalando la Corte sobre la motivación del acto administrativo cuando hace efectiva la facultad de colocar término a un empleo a contrata bajo la fórmula “mientras sean necesarios sus servicios”<sup>221</sup>.

Como se ha visto, estas decisiones han llevado a la motivación a un escrutinio algo más intenso que el de su existencia o bien la del indicio de la desviación de poder que habitualmente le sirve de base como vicio del acto administrativo. Lo que estas decisiones están revelando es que forma parte del control de legalidad del juez o el Contralor la existencia de un “ejercicio argumentativo” que debe realizar la autoridad pública, en base a los antecedentes del expediente administrativo que le sirven para adoptar su decisión. Es la existencia de ese ejercicio el que permite hablar de “motivación suficiente”.

Con los criterios señalados, la mera cita a una regla de competencia, a un acto previamente dictado o el informe de otra autoridad pública, es decir, la forma tradicional de construir los actos administrativos en su parte expositiva con “vistos y considerando”, no pueden ser tenidos como satisfactorios para cumplir con el umbral mínimo para hablar de la motivación de un acto administrativo.

---

<sup>220</sup> SCS Rol N° 27467-2014.

<sup>221</sup> Este criterio de invalidez por motivación los casos es posible de apreciar en SCS Roles N°s. 26828-2014; 24574-2014; 24908-2014; 24871-2014.

49. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO ELEMENTO DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD. Para el control de la discrecionalidad es fundamental el control de su ejercicio a través del Procedimiento Administrativo, tema que estudiaremos más adelante en este curso. La doctrina ha señalado que la Ley de Procedimiento Administrativo impone como principio inminente y transversal el de la proporcionalidad de la decisión<sup>222</sup>. En efecto, con él se quiere significar que debe existir una conformidad entre el inicio del procedimiento y la resolución final, de modo que no se resuelvan en definitiva cuestiones ajenas a las que constan en el procedimiento o a lo solicitado por los interesados. De igual manera, tampoco puede, en virtud de este principio, dejar al interesado en una situación desmejorada o peor a la que se presentó al inicio del procedimiento. De este modo se impone a la Administración un límite a los poderes discrecionales, en el caso de tenerlos, y una interdicción de la arbitrariedad en los asuntos que se deben tramitar y resolver. La Corte Suprema ha sostenido que resulta arbitraria la conducta de una autoridad administrativa que habiendo decidido, sin incurrir en violación de la ley, de un modo determinado, modifica posteriormente su proceder sin que existan antecedentes que den fundamento a la alteración de su actuación<sup>223</sup>.

La congruencia tiene por efecto que las medidas que adopte la Administración en su resolución final deben ser proporcionales y razonables. La jurisprudencia administrativa ha sostenido que el procedimiento administrativo debe ceñirse al principio de juridicidad, el que lleva implícito los de racionalidad y proporcionalidad con que deban actuar los órganos de la administración, principios que deben observarse en todo procedimiento administrativo, pues las facultades conferidas por el legislador a la autoridad no pueden ejercerse de manera arbitraria ni discriminatoria<sup>224</sup>.

La proporcionalidad tiene como centro normativo la prohibición de exceso, que implica una relación lógica de los elementos del contexto que generan el acto (situación, decisión y finalidad), una relación de adecuación de medio y fin, lo que implica ciertamente una limitación a la extensión de la decisión en la medida que esta sólo se puede extender mientras se dé

---

<sup>222</sup> CORDERO VEGA, 2003.

<sup>223</sup> *RDJ*, T. XCIII (1996), N° 2, Sección 5ª, Rol N° 1587-96.

<sup>224</sup> Dictámenes N°s. 19.036 de 2003; 40.570, de 2001.

un vínculo directo entre el hecho y la finalidad perseguida con el procedimiento. De este modo, las situaciones que se dan fuera de esa relación son desproporcionadas, es decir, manifiestamente excesivas<sup>225</sup>.

La idea de prohibición de exceso, como centro de valoración del principio de proporcionalidad, en sentido positivo como negativo, se proyecta en tres dimensiones: idoneidad, necesidad y equilibrio<sup>226</sup>. La primera contiene un mandato de aptitud o adecuación que impone que el medio utilizado sea idóneo para la prosecución del objetivo de la decisión. Si existe inaptitud de medios entre la relación causal con la finalidad, la decisión es excesiva, en el sentido que se verifica una desadecuación de medio (negativa) o esa desadecuación resulta un medio exageradamente apto (positivo). La segunda vertiente incorpora el principio de la necesidad; en otros términos, que entre todos los medios alternativos se escoja aquel que implique una lesión menos gravosa para los intereses involucrados<sup>227</sup>. El principio de la necesidad, como parámetro sustantivo de alternativas abstractas, cobra relevancia desde la perspectiva del control jurisdiccional en la relación costo beneficio, que permite al juez realizar una evaluación, no sólo financiera, entre ventajas y desventajas de las decisiones posibles en un caso y la elegida. Una tercera vertiente es la relativa a la imposición de equilibrio o proporcionalidad en sentido estricto. Se materializa en la prohibición de exceso en relación a los intereses existentes, lo que implica una limitación

---

<sup>225</sup> En este sentido la CGR cuestiona un plazo de contrato público excesivo, con posibilidad de prórroga, pues afecta el fin público de los sistemas de licitaciones. Afirma que “la duración del contrato prevista en el marco regulatorio que aprueba la resolución de la suma –cuatro años, según el artículo 6º de las bases administrativas especiales, prorrogable por igual período, de acuerdo al artículo 8º de las bases generales– no resulta conciliable con el sistema de licitación pública y con el principio de libre concurrencia de los oferentes al llamado a propuesta, reconocido por el artículo 8º de Ley Nº 18.575, lo que también impide que en el futuro la Administración pueda obtener condiciones más ventajosas, derivadas de nuevas ofertas presentadas por licitantes interesados en adjudicarse las contrataciones pertinentes”. Dictamen Nº 23.798, de 2005.

<sup>226</sup> Este criterio es el que ha sido utilizado como medio de análisis a la hora de estudiar limitaciones y restricciones de derechos fundamentales y lo relativo a la interpretación constitucional, como mecanismo de control de la actividad legislativa y administrativa. Vid. MUÑOZ ARNAU (1998) 152, 153; NARANJO DE LA CRUZ (2000) 103, 129; CIANCIARDO (2000) 315, 318; DE BARTOLOMÉ CENZANO (2002) 67, 69; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000).

<sup>227</sup> En esta vertiente entiende el principio de la proporcionalidad entre nosotros ALCALDE RODRÍGUEZ (2003) 192.

a las decisiones de la Administración en una relación equivalente a los antecedentes existentes<sup>228</sup>.

En cualquiera de las vertientes que hemos descrito, la proporcionalidad, como elemento estructurante del principio de la coherencia, es un parámetro sustantivo delimitador de cualquier decisión en un procedimiento administrativo y especialmente en la potestad discrecional. Esto implica que cualquier zona de la actividad administrativa queda sujeta a la proyección sustantiva del exceso de la decisión como valor negativo del comportamiento de la Administración.

50. ANÁLISIS DE CASO: EL COMITÉ DE ÉTICA POLICIAL. El debate en relación a la discrecionalidad ha estado fuertemente atravesado entre nosotros sobre el rol que les corresponde a los jueces, especialmente al juez de los derechos fundamentales a través del recurso de protección, que ha terminado por alterar todas las reglas de comprensión de los conflictos en el sistema nacional, especialmente porque la inexistencia de tribunales contenciosos administrativos (como veremos más adelante en este curso) ha llevado toda la discusión entre la Administración y los particulares a la sede del recurso de protección. De esta manera, cualquier conflicto entre los particulares y el Estado ha terminado en un problema de derechos fundamentales, con toda la alteración institucional que eso genera, sin desconocer los efectos de disciplinamiento que ha generado en nuestros organismos administrativos.

Si bien hay muchos casos de discrecionalidad y estos tradicionalmente se han focalizado en la motivación, me quiero detener en el caso del Comité de Ética Policial, pues explica bastante bien el núcleo del conflicto.

El Estatuto de la Policía de Investigaciones reconoce al Presidente de la República la facultad para llamar a retiro temporal a sus funcionarios en términos discrecionales<sup>229</sup>. Una vez recuperada la democracia, a principios

---

<sup>228</sup> DUARTE (1996) 322, 324.

<sup>229</sup> El DFL N° 1, de 1980, Estatuto de la Policía de Investigaciones, señala:  
“Artículo 90. Serán comprendidos en el retiro temporal los Oficiales y personal de Apoyo Científico-Técnico que se encuentre en algunos de los siguientes casos:

(...)

b) A quienes el Presidente de la República conceda o disponga su retiro”.

de los 90, se ejerció esa atribución como un mecanismo de control interno de la Policía de Investigaciones. Esencialmente por esa vía, el Estado evitaba instruir sumarios administrativos, pero ejercía un control interno.

Un grupo de policías afectados interpuso un recurso de protección el año 1991,<sup>230</sup> que fue acogido por la Corte Suprema con una declaración significativa en materia de control de la discrecionalidad. Sostuvo la Corte:

*“Séptimo.* Que, a falta de motivación que sostenga la decisión administrativa, su único apoyo radicaría exclusivamente en la sola voluntad del funcionario que adopta dicha decisión, apoyo que, como es obvio, resulta insuficiente en un Estado de Derecho en el que no hay margen –por principio– para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario. El razonamiento anterior tiene la fuerza incomparable de su universalidad, como que aparece reiterado en obras que circulan modernamente. Se citará de modo expreso sólo una, la de Tomás Ramón Fernández, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, págs. 106 y 107. Editorial Civitas, Madrid, 1991).

*Octavo.* Que, aún más, el poder administrativo, y más concretamente el poder discrecional, es un poder eminentemente funcional en el caso de un Estado de Derecho. Dicho poder funcional está obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la Ley y al Derecho sobre la base de unos hechos, actos y conducta dados. Ese poder funcional, por último, está expresa y plenamente sometido a las normas de la Carta Fundamental, vale decir, mucho más allá de los límites más reducidos de un mero Decreto”.

Por su parte, la Contraloría, pese a esta decisión, históricamente reconoció en la atribución legal comentada una potestad discrecional, en la cual no era necesaria ningún tipo de motivación dado ese carácter, de manera que durante largos años rechazó las impugnaciones que se formulaban en contra de estos decretos ante ella.

Sin embargo, el año 2007 cambió su doctrina y con ello toda su jurisprudencia previa<sup>231</sup>. Esta vez, la Policía de Investigaciones había

---

<sup>230</sup> Conocido como “Rosas Díaz con Presidente de la República”, causa Rol N° 16.790

<sup>231</sup> Ver Dictámenes N° 23.114, de 2007; 4.168 y 19.080, de 2008.

decidido crear un Comité de Ética Policial con el objeto de recomendar el ejercicio de la potestad presidencial. Un grupo de policías reclamó en contra de este decreto a Contraloría, sosteniendo, entre otras cosas, que la autoridad había señalado que las actas de ese comité eran secretas (ya se había incorporado el artículo 8° a la CPR tras la reforma de 2005). La Contraloría no sólo señaló que esa información era pública, sino que estableció un estándar general para la dictación de los actos discrecionales.

“(…) a través de los Dictámenes N°s. 8.058 y 40.325, de 1999; 6.974 y 24.889, de 2000; 33.747, de 2001; 4.279 y 13.614, de 2002 y 44.074, de 2004, entre otros; esta Contraloría General expresó que dicha potestad constituye una facultad privativa del presidente de la República, que lo habilita para disponer el retiro de los funcionarios, ponderando libremente los antecedentes en que funda su decisión.

Al respecto, este Organismo de Control estima necesario efectuar un nuevo análisis de las condiciones en que es jurídicamente procedente el ejercicio de la mencionada atribución.

En efecto, tal como ha tenido ocasión de precisarlo este Organismo de Control, a través de los Dictámenes N°s. 11.887, de 2001; 42.268, de 2004; 36.029 y 44.114, de 2005 y 2.783, de 2007, es menester señalar que el principio de juridicidad, en un concepto amplio y moderno, conlleva la exigencia de que los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional y no obedezcan a un mero capricho de la autoridad, pues en tal caso, resultarían arbitrarios y por ende, ilegítimos.

En este orden de ideas, según lo ha manifestado esta Entidad de Control a través de los Dictámenes N°s. 36.661, de 1999 y 11.158, de 2000, la dictación de actos que, como ocurre en la especie, corresponden al ejercicio de potestades discrecionales, exigen un especial y cuidadoso cumplimiento de la necesidad jurídica en que se encuentra la Administración en orden a motivar sus actos, exigencia que tiene por objeto asegurar que los actos de la Administración no se desvíen del fin considerado por la normativa que confiere las respectivas atribuciones, que cuenten con un fundamento racional y se encuentren plenamente ajustados a la normativa constitucional y legal vigente, lo cual impide, por cierto, establecer diferencias arbitrarias entre personas que se encuentran en una misma situación, cautelándose de este modo el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19, numeral 2, de nuestra Carta Fundamental.

De este modo, los decretos a través de los cuales se ejercite la potestad contenida en el artículo 90, letra b), del Estatuto del Personal de la Policía de Investigaciones de Chile, deben ser motivados, señalándose en éstos las circunstancias y el raciocinio que justifica la adopción de la medida contenida en el acto administrativo”.

## II. PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL

51. LAS DIMENSIONES DE LA TUTELA JUDICIAL. La vigencia del principio de legalidad impone la existencia de diversos mecanismos de control a través de los cuales puede asegurarse eficazmente el sometimiento de la Administración al sistema normativo. En los sistemas jurídicos occidentales la técnica primordial de garantía ha estado y está constituida por el control jurisdiccional.

La Constitución consagra esta idea: (a) en una vertiente objetiva; y (b) en una vertiente subjetiva.

La vertiente objetiva se traduce en la existencia de una potestad jurisdiccional, atribuida a los órganos del Poder Judicial (art. 76), que sin prejuzgar el tipo de juez, reconoce en todos ellos la competencia para conocer de los asuntos contenciosos administrativos (como se verá más adelante en las Lecciones), salvo la existencia de soluciones jurisdiccionales especializadas para conocer de ciertos asuntos. De este modo, desde la vertiente objetiva, salvo la existencia de un tribunal especial, el juez de la instancia material (Penal, Laboral, de Protección, Familia, Civil, etc.), puede, en el contexto de un asunto sometido a su conocimiento (por su especialidad), pronunciarse sobre el contenido de un acto administrativo y dar protección total, pues no existe un juez de lo contencioso que sea competente.

La vertiente subjetiva se traduce en el deber constitucionalizado de dar tutela efectiva a los derechos de las personas, frente a decisiones estatales ilegítimas (arts. 19, N° 3 y 38.2), lo que deriva en un derecho a la acción contenciosa administrativa genérica, es decir, la existencia de acciones generales en contra de los actos de la Administración, con la finalidad de atacar su legitimidad legal (contencioso de nulidad), obtener reparación (contencioso de indemnización, también denominado de plena jurisdicción) y con el objeto de obtener medidas de protección por agravios (contencioso cautelar, esencialmente a través del recurso de protección).

El sometimiento de la acción administrativa al control de legalidad es bastante diverso al que tiene lugar sobre las actividades de los particulares: de una parte, en virtud del principio de legalidad, la potestad de fiscalización que corresponde a los jueces sobre la acción administrativa es más amplia e intensa que la que cabe sobre las actividades privadas [porque operan como frenos institucionales], pero se enfrenta al dilema de la *deferencia razonada*. En efecto, es la Administración la mejor equipada para resolver técnicamente los problemas cotidianos a los cuales se enfrenta y no los jueces, de manera que estos últimos (en relación al ejercicio de esas atribuciones) deben actuar con deferencia, la que no obstante no es general ni indeterminada.

52. LOS PRIVILEGIOS DE LA ADMINISTRACIÓN. La Administración ostenta frente a los órganos del Poder Judicial un amplio abanico de privilegios y excepciones, consecuencia de su poder público, que los particulares no poseen, sino en forma excepcional.

En esta situación se encuentra:

(a) La autotutela administrativa, que implica reconocer que la Administración no precisa de la colaboración judicial para hacer declaraciones de derechos que alteren *per se* las situaciones jurídicas (tutela declarativa), ni para ejecutar coactivamente tales declaraciones (tutela ejecutiva). Al primer tipo responde la presunción de legalidad de los actos administrativos, establecida en el art. 3º de la LBPA; al segundo tipo, la ejecutividad y ejercitoriedad del acto, establecida en el art. 51 de la LBPA. Dentro de esta hipótesis se incluyen los apercibimientos coactivos, pero, como ya se ha señalado, el TC indicó que esos apercibimientos administrativos no son admisibles cuando está en juego la libertad personal<sup>232</sup>;

(b) Los privilegios jurisdiccionales, que son el conjunto de ventajas que dispone la Administración al momento de enfrentar conflictos con los particulares y que regularmente tienden a ser de una alta eficacia. Buena parte de estos responden al clásico objetivo de evitar que los intereses particulares se sobrepusieran a los generales, sin embargo varios de ellos han implicado el sacrificio de derechos fundamentales.

---

<sup>232</sup> Vid. STC Rol N° 1518 y n. 25.

Son parte de esta categoría ciertos privilegios procesales como: (1) el *solve et repete* (pagar para repetir, que se traduce generalmente en las consignaciones bancarias para poder reclamar de las sanciones administrativas), que el TC ha declarado inaplicable en innumerables veces y recientemente realizó una de sus declaraciones de inconstitucionalidad de oficio en relación a una norma del Código Sanitario, por considerarla atentatoria al acceso a la jurisdicción<sup>233</sup>, sin embargo aún se mantiene en diversas regulaciones sectoriales; (2) la inembargabilidad de determinados bienes públicos, por estar afectos al funcionamiento de los servicios públicos, por lo cual se puede afectar su continuidad (art. 445 N° 17 CPC, art. 32 LOCM), y (3) la ejecución de las sentencias condenatorias en pesos contra la Administración, que requieren previamente la dictación de un Decreto por parte del Ministerio de Hacienda o decreto alcaldicio, según corresponda (art. 752 CPC, art. 35 DL N° 2.574, art. 32 LOCM).

### III. PRINCIPIO DE GARANTÍA PATRIMONIAL

53. CONTENIDO DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL. La garantía patrimonial equivale al derecho que tienen los particulares a mantener la integridad del valor económico de su patrimonio frente a las privaciones singulares que éstos puedan ser objeto por parte del Estado. Estas privaciones pueden tener lugar por dos vías principales: (a) mediante la expropiación, esto es, mediante la privación de un bien o derecho decidida de manera voluntaria y consciente por la Administración; (b) o bien mediante la causación de un daño o perjuicio de modo incidental, consecuencial o no querido (p.e los producidos por el funcionamiento de un servicio público, como analizaremos en la Lección de Responsabilidad del Estado).

Normativamente ambas instituciones tienen reconocimiento constitucional. Por un lado, en el art. 19 N° 24 y por el otro, en el art. 38.2. Aunque ambas regulaciones tienen su explicación para su establecimiento en el texto constitucional, son objeto de una acalorada discusión en la doctrina, con una vacilante jurisprudencia judicial.

---

<sup>233</sup> El TC había aceptado este privilegio durante muchísimo tiempo, pero recientemente por SsTC de inaplicabilidad Roles N° 792, 1046, 1061, 1252, 1262 y 1279 consideró que atentaba contra el sistema de garantías de la Constitución al limitar el acceso a la jurisdicción. Por tal motivo, la STC Rol N° 1345 declaró la inconstitucionalidad del art. 171 del Código Sanitario.

Ambas instituciones tienen consideraciones subjetivas y objetivas.

Desde el ámbito subjetivo, la expropiación, en primer término, es una potestad que implica un sacrificio o menoscabo de un derecho, normalmente ejercida por la Administración (en la medida que tenga autorización), pero también puede ser ejercida directamente por el legislador (expropiaciones legislativas)<sup>234</sup>. Lo mismo se puede decir de la responsabilidad por daños, los cuales pueden ser causados por la actividad de cualquier órgano de la Administración (sin perjuicio de la discusión sobre la actividad del legislador y la judicial).

Desde el ámbito objetivo, en términos simples, no todas las privaciones de bienes, derechos o intereses dan origen a una obligación de indemnizar (p.e los tributos). Tal obligación sólo nace en los supuestos en que concurre el requisito de singularidad o especialidad del daño o despojo: no son indemnizables las medidas que afectan a la generalidad de los ciudadanos, ni tampoco las que, aun refiriéndose a colectivos concretos de personas o entidades, no determinan una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Sin embargo, existe acuerdo en la literatura y jurisprudencia que determinadas regulaciones basadas en cuestiones de interés público pueden generar efectos lesivos de contenido singular, aunque produzcan un bienestar colectivo. Esta discusión entre nosotros se ha trasladado a los límites de la responsabilidad patrimonial de la Administración (estricta o por falta de servicio)<sup>235</sup>, pero también ha reconocido cierta identidad con la denominada cuasiexpropiación (efectos patrimoniales lesivos queridos por razones de interés público, sin indicación del derecho a indemnización)<sup>236</sup>, en la que también importa quién impone los límites (es decir, las restricciones a la

---

<sup>234</sup> Es lo que está detrás de las leyes expropiantes o leyes que autorizan a expropiar.

<sup>235</sup> Su origen es la denominada sentencia “Galletué con Fisco”. Corte Suprema, 7 de agosto de 1984. Ver *RDJ*, T. 81 (1984), Sección 5ª.

<sup>236</sup> La más conocida, por su relación con Galletué, es la sentencia “Sociedad Lolco con Fisco”. Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de noviembre de 2003, (confirmada por la Corte Suprema el 30 de diciembre de 2004). Ver *Gaceta Jurídica* N° 281 (2003) y 304 (2005).

propiedad dentro del ámbito de la deliberación democrática y el derecho a la indemnización)<sup>237-238</sup>.

54. LA EXPROPIACIÓN. Se ha definido la expropiación como un acto de la autoridad administrativa, fundado en la ley que lo autoriza, que priva del dominio o del bien sobre el cual recae ese derecho o de alguno de sus atributos o facultades esenciales, por causa de utilidad pública o de interés nacional, con sujeción a un procedimiento legalmente determinado y pagando al expropiado una indemnización justa<sup>239</sup>.

Por esta razón el Tribunal Constitucional ha señalado que la expropiación, por definición, es un acto con caracteres de unilateralidad por parte de la Administración, es decir, uno que no viene precedido ni justificado en conducta alguna del expropiado. Se expropia por utilidad pública o por el interés general; no como consecuencia de alguna obligación particular que pesa sobre el administrado, ni como producto de alguna sanción que se pretenda imponer al mismo<sup>240</sup>.

Sin embargo, y tal como lo indica el propio Tribunal Constitucional<sup>241</sup>, existe bastante consenso en la doctrina y la jurisprudencia sobre los requisitos de la expropiación, que deben concurrir de manera copulativa: (a) la existencia de un acto o acuerdo expropiatorio solemne sobre el bien susceptible de expropiación; (b) fundado en la Constitución y en la ley que la autoriza; (c) invocando cualquiera de las causales previstas en la Carta Fundamental; (d) debiendo sujetarse a un procedimiento establecido; (e) pagando al expropiado la indemnización que corresponda.

---

<sup>237</sup> En este sentido, una sentencia que se suele omitir, en un caso semejante a Galletué, es la denominada “García Sabugal con Ministerio de Agricultura”, Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de mayo de 1990 (confirmada por la Corte Suprema el 10 de julio de 1990), en que acepta los decretos que prohíben la explotación de bosques en limitaciones constitucionalmente admisibles en el contexto de la “conservación del patrimonio ambiental”. Ver *RDJ*, T. 87 (1990), Sección 5ª.

<sup>238</sup> La sentencia del Tribunal Constitucional, que denominaremos Playas II, refleja bastante bien los contornos de la discusión global de regulaciones y restricciones a la propiedad. Rol N° 1141, de 17 de marzo de 2009.

<sup>239</sup> CEA EGAÑA (2004, II) 544. En el mismo sentido CARMONA SANTANDER (2002) 26.

<sup>240</sup> SsTC Roles N°s. 541 y 552.

<sup>241</sup> STC Rol N° 552.

Otros<sup>242</sup> han precisado con mayor detención sus requisitos al indicar sobre uno los elementos que tipifican este instituto, que son los siguientes: (a) un sujeto activo o expropiante; (b) un sujeto pasivo o expropiado; (c) una declaración de expropiación o acto expropiatorio; (d) un objeto de la expropiación; (e) una causal; (f) un procedimiento; (g) una indemnización.

La doctrina ha distinguido las fases de la expropiación, que son las siguientes:<sup>243</sup> (a) una *fase legislativa*, en virtud de la cual se califica la causal de expropiación y se autoriza la expropiación dada las causales constitucionalmente admisibles; (b) una *fase administrativa* en la cual se operacionalizan algunos supuestos establecidos por la ley, entre los cuales se encuentra la precisión del objeto susceptible de expropiación (identificación), la determinación de sus deslindes y su comunicación; (c) finalmente, una *fase judicial*, que es aleatoria, y que se aplicará en el caso de que el expropiado reclame en relación al contenido del acto administrativo que ordena la expropiación.

Como se aprecia, no basta con que la autoridad administrativa tenga las facultades genéricas de expropiación, bajo causales admisibles constitucionalmente. Es un supuesto de la esencia del acto expropiatorio que el bien sea susceptible de expropiación y sólo lo será en la medida que cumpla con los requisitos que el constituyente decretó como admisibles.

#### IV. TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

55. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA ADMINISTRACIÓN. La literatura afirma que el influjo estructural de los derechos fundamentales sobre el Derecho Administrativo tras la Segunda Guerra Mundial ha sido determinante en dos sentidos. En primer lugar, ha subjetivizado los títulos de intervención, lo que ha generado limitaciones estructurales al ejercicio de las potestades administrativas. En segundo lugar, ha ampliado las tareas de la Administración, así como ha alterado las reglas clásicas de las relaciones entre la Ley y la Administración<sup>244</sup>. Esto irónicamente supone, como se afirma, que para garantizar las diversas modalidades de derechos

---

<sup>242</sup> MENDOZA (2002) 391.

<sup>243</sup> CEA EGAÑA (2004, II) 545, 547.

<sup>244</sup> SCHMIDT-ASSMANN (2003) 72.

fundamentales, el Estado requiere establecer reglas mínimas de dignidad, y esas, necesitan de la intervención habitual de la Administración, así como recursos para su financiamiento<sup>245</sup>.

En ese contexto, los derechos fundamentales actúan como límite a las habilitaciones de intervención administrativa, guían el ejercicio de la discrecionalidad administrativa e imponen el otorgamiento reglado de ciertas autorizaciones administrativas. También imponen obligaciones de hacer a la Administración y sirven para la resolución de colisiones normativas. Por medio de los mandatos de proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica, todos ellos derivados de los derechos fundamentales, el Derecho Administrativo da respuesta a elementales necesidades de racionalidad, prudencia y orientación.

56. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CONDICIONANTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. Los derechos fundamentales condicionan el Derecho Administrativo en diferentes dimensiones, por ejemplo: (a) derechos fundamentales como derechos de defensa (garantías que aseguran la libertad frente a la intervención de la Administración, es decir, prohibición de exceso); (b) derechos fundamentales como mandatos de protección (prohibición de omisión); (c) dimensión prestacional (en la medida que muchas libertades dependen de prestaciones públicas, por ejemplo, seguridad individual); (d) derechos fundamentales como una dimensión procedimental (como mecanismo esencial de protección de derechos fundamentales); (e) derechos fundamentales como una dimensión jurídico-organizativa (protección de derechos mediante organizaciones públicas).

Los derechos fundamentales han aportado al Derecho Administrativo una especial sensibilización en relación a las consecuencias de sus actuaciones públicas, lo que ha significado superar la teoría de las formas. Lo anterior ha generado una evolución del concepto de intervención administrativa (desde la intervención imperativa a la intervención preventiva).

Hoy la construcción sistemática del Derecho Administrativo ha recibido un impulso decisivo al utilizar como punto de partida el reconocimiento de los derechos fundamentales como supuestos de actuación. Lo que se

---

<sup>245</sup> HOLMES-SUNSTEIN (1999) 120.

ha derivado en: (a) considerar la proporcionalidad en el ejercicio de potestades administrativas; y (b) el reconocimiento de áreas específicas de la intervención pública que requieren de tratamiento especial (urbanismo, medioambiente, etc.).

57. ¿CÓMO HA ENTENDIDO EL TC LA RELACIÓN ENTRE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA Y DERECHOS FUNDAMENTALES? Existe acuerdo que cuando las intervenciones públicas se enfrentan con derechos fundamentales, su escrutinio es más exigente, lo que explica en parte el debate tras los tipos de reserva legal en nuestro sistema constitucional. Nuestro Tribunal Constitucional<sup>246</sup> ha establecido un estándar para legitimar las intervenciones administrativas sobre derechos fundamentales, asumiendo por supuesto que el mandato inicial de esa intervención es privativa del legislador, como consecuencia

---

<sup>246</sup> STC Rol N° 325. En el mismo sentido Roles 370, 373 y 388.

Profundizando en un criterio semejante, aunque esta vez referido a la relación entre la potestad reglamentaria y la reserva de ley, este mismo Tribunal señala que “[N]o puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica” (STC Rol N° 370, C. 19). Lo anterior, como consecuencia de lo sostenido por este mismo tribunal en su sentencia Rol N° 325, en la cual impone como condición del ejercicio de las potestades administrativas su “especificidad”, es decir, que las medidas a adoptar sean establecidas concretamente por medio de la ley. (C. 40). Estos criterios han sido reconocidos posteriormente por la STC Rol N° 388.

Por lo tanto, enunciados generales y abstractos, sin definición concreta de la potestad que se utiliza, carecen de eficacia. Lo anterior es aún más diáfano si se considera que el Tribunal Constitucional repudia competencias conferidas a servicios públicos por la vía reglamentaria. (STC Rol N° 444, C. 15 a 18). Idéntica conclusión es posible de extraer de las sentencias Rol N° 379.

Un criterio semejante había señalado este Tribunal cuando debía ejercer el control de constitucionalidad, si bien sobre una LOC, en la medida que la indeterminación de las referencias a otras normas “vigentes” impedía ejercer un adecuado control porque “al remitirse a normas legales anteriores, sin distinción alguna y sin otra limitación que la de no oponerse a esta ley, impide que el Tribunal ejerza, a cabalidad y razonablemente, el control de su constitucionalidad, habida consideración de la abundante y compleja legislación que existe sobre el particular”. (STC Roles N° 78, C. 28). Idéntico criterio siguió cuando declaró inconstitucionales normas que asignaban competencias con expresiones como “entre otras”, “primordialmente” y “principalmente”, pues dichas fórmulas generan indeterminación que no se aviene con la Carta Fundamental, por ausencia de especificidad (STC Rol N° 284, C. 9° y 10°).

del contenido y redacción del art. 19 N° 26 de la CPR. Concretamente ha señalado que:

“Que, en este sentido, es necesario reiterar el criterio que ha sostenido este Tribunal en cuanto a que las disposiciones legales que regulen el ejercicio de estos derechos deben reunir los requisitos de “*determinación*” y “*especificidad*”. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad. Por último, los derechos no podrán ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Cumplidas que sean dichas exigencias, es posible y lícito que el Poder Ejecutivo haga uso de su potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma para hacer así posible el mandato legal”.

Por otro lado, el propio Tribunal Constitucional ha establecido estándares para las medidas intrusivas de la actividad administrativa<sup>247</sup>: (a) *en primer lugar, no basta la remisión constitucional a “la ley” para configurar cualquier potestad de intervención frente a un derecho fundamental*. Por ejemplo, sostiene el Tribunal Constitucional que la Constitución al garantizar en el artículo 19 N° 4° “el respecto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia”, agregando en el N° 5 “la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicaciones y documentos privados”, los que sólo pueden “interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”, suponen que “ello no permite al legislador dictar normas que impliquen afectar el núcleo esencial del derecho asegurado o despojarlo de la protección que le corresponde”; (b) *en segundo lugar, sólo son compatibles con la Constitución competencias que tienen pautas objetivas, y no remisiones amplias exentas de control*. En este contexto, las normas que habiliten a actuar “sin trazar en la ley las pautas objetivas y sujetas a control que aseguren que dicho órgano estatal se ha sometido a ellas” afectan la constitucionalidad de las mismas; (c) por último, *si se otorga por la ley a*

---

<sup>247</sup> Ver Rol N° 433.

*una autoridad administrativa una potestad discrecional indeterminada es inconstitucional.* Afirma este Tribunal que al permitir una norma legal el ejercicio de una competencia discrecional, que además es indeterminada, puede afectar derechos indeterminadamente<sup>248</sup>.

Considerando los criterios señalados por el Tribunal Constitucional, relativo a autoridades administrativas, es posible afirmar que en la actualidad existen estándares constitucionales que es necesario cumplir para legitimar las intervenciones de autoridades estatales que tengan efectos ablatorios sobre derechos. Estos serían: (a) no es cobertura suficiente que la garantía pueda regularse por ley por expresa remisión constitucional, pues la medida no puede afectar el derecho en su esencia (Reserva material); (b) para la intervención es necesario que la ley disponga de pautas objetivas (criterios precisos) que habiliten la intervención, siendo insuficiente criterios institucionales e incluso remisiones reglamentarias que definan el momento y la oportunidad<sup>249</sup>; (c) la intervención siempre debe estar sujeta a control; (d) este control debe ser heterónomo, es decir, corresponde al Juez no siendo suficiente el autocontrol administrativo; y (e) debe ser posible y real el derecho a reaccionar oportunamente (derecho a la defensa) para evitar la afectación de la garantía<sup>250</sup>.

De este modo, otorgar competencias genéricas a una autoridad administrativa para afectar garantías constitucionales resulta inadmisibles si no se cumplen los precitados estándares, toda vez que ello generaría una “competencia discrecional” que no es compatible con procedimientos racionales y justos<sup>251</sup>, sobre todo por la ausencia de control para los cua-

---

<sup>248</sup> Ya había sostenido el TC que “la potestad discrecional no puede tener validez alguna cuando sobrepasa o desborda la Constitución Política y ello ocurre cuando la disposición legal que la concede coloca al funcionario o servicio que puede ejercerla, sin sujeción a control judicial alguno, en posición de que con su actuación afecte o desconozca las libertades y derechos que la Constitución asegura a todas las personas”. STC Rol N° 198, C. 10°.

<sup>249</sup> Este criterio aplicable a garantías constitucionales exige según el TC *especificidad* del derecho afectado, y *determinación* de la medida a adoptar en cobertura legal completa. SSTC Roles N°s. 325, 370, 373 y 388. Esta tesis fue nuevamente replicada en las inaplicabilidades y sentencia de inconstitucionalidad de la tabla de factores de Isapres. SsTC Roles N°s.

<sup>250</sup> CORDERO VEGA (2007) 16.

<sup>251</sup> SSTC Roles N°s. 349, 376 y 437.

les los registros materiales de las actividades de la autoridad en cuestión resultan esenciales.

Esta forma de enfrentar los problemas por parte del Tribunal Constitucional da cuenta de que, en su opinión, resulta fundamental para la cobertura adecuada del principio de legalidad la precisión y determinación de las competencias asignadas por la ley a las autoridades administrativas, no sólo para su ejercicio, sino también para su adecuado control.

Como se puede apreciar, la teoría de los derechos fundamentales, ya estudiada en el curso de Derecho Constitucional, supone impactos en las condiciones, formas y consecuencias de la intervención administrativa.

## V. EL PRINCIPIO DE SERVICIALIDAD

58. CONTENIDO DE LA SERVICIALIDAD. El artículo 1º de la Constitución enumera en sus distintos incisos los diferentes deberes del Estado para con sus miembros, los cuales no son roles “subsidiarios” ni de segundo orden, sino prescripciones Constitucionales imperativas y absolutamente primordiales en la definición del quehacer del Estado.

Una de esas disposiciones es el citado inciso cuarto del artículo 1º, base de la cláusula de la servicialidad, que señala: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Es interesante destacar en relación al contenido de esta norma lo que se ha señalado la literatura<sup>252</sup>, al indicar que, sobre la base de los antecedentes recogidos de las Actas de la Comisión de estudios de la Nueva Constitución, que la norma establece en la consagración del principio de servicialidad del Estado hacia las personas, una garantía sustantiva de buena fe y lealtad estatal que vendría a complementar las garantías

---

<sup>252</sup> PANTOJA BAUZÁ (1998) 168.

netamente formalistas contempladas por el artículo 7° inciso 1° en relación a las exigencias de investidura regular, competencia y forma que se le imponen a la actuación de los órganos del Estado como requisito de validez de sus actuaciones. La *desviación de poder* podría configurarse a través de distintos subterfugios que eludieran la anulación del acto por defectos de forma, consiguiendo en definitiva un órgano estatal actuar dentro de esos límites formales establecidos pero incumpliendo la voluntad del legislador en el fondo<sup>253</sup>. Así, el inciso 4° del art. 1° de nuestra Constitución vendría a significar el principal coto a la concurrencia de este vicio de fondo. Se afirma que esta norma representa, en definitiva, la consagración de la verdadera razón de ser del Estado, la cual es “estar al servicio de la persona humana, y su finalidad, promover el bien común”, disposición conforme a la cual las autoridades necesariamente tendrían que respetar aquel principio básico de la convivencia nacional y ajustar su actividad a los fines prescritos por la Constitución Política de la República, bajo pena de responsabilidad y sanción.

Ahora bien, el Estado es, en conjunto, los poderes públicos, por lo que estas obligaciones y deberes pasan a ser parte del estatuto primordial de cada uno de ellos. Este inciso 4° establece deberes, a mi juicio, de lealtad y de honestidad en las relaciones del Estado con las personas, las cuales han sido previamente declaradas como libres e iguales en dignidad y derechos<sup>254</sup>. Su actuación debe contribuir al desarrollo óptimo de las personas, y en ese sentido, se proscriben las actitudes o comportamientos oportunistas e injustas del Estado para con ellos.

Por tal motivo, es admisible sostener que es esta norma la que sirve de base al denominado principio de confianza legítima.

59. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA COMO MANIFESTACIÓN DE LA CLÁUSULA DE SERVICIALIDAD. No es admisible, sin afectar la buena fe y lealtad que debe existir entre la Administración y los ciudadanos, disponer de un comportamiento oportunista de parte de esta (al cambiar de opinión drásticamente), afectando esas condiciones favorables y generando consecuencias negativas para la estabilidad y la seguridad jurídica.

---

<sup>253</sup> Ver N°s. 86 y 220.

<sup>254</sup> Artículo 1° inciso 1° de la Constitución.

Contemporáneamente estos límites adicionales son conocidos tras la denominación “protección de la confianza legítima”, creada en la jurisprudencia alemana, desarrollada por el Derecho Comunitario y aplicada con cierta uniformidad en los países europeos<sup>255</sup>. Ese criterio, lo ha reconocido nuestra jurisprudencia administrativa,<sup>256</sup> constitucional<sup>257</sup> y judicial<sup>258</sup>.

---

<sup>255</sup> GARCÍA LUENGO (2002). En este trabajo se puede encontrar una completa referencia de estudios de Derecho comparado (especialmente de Derecho alemán) sobre la figura. Haciendo un exhaustivo y muy sugerente análisis de este principio en el Derecho inglés y en el Derecho comunitario, véase SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO (2002) 233. Sobre la visión del Derecho francés, véase MODERNE (2005) 260. Haciendo un estudio de Derecho comparado muy interesante entre el Derecho inglés, francés y comunitario puede verse SCHONBERG (2000).

<sup>256</sup> La Contraloría General de la República ha dictaminado: “Asimismo, el sistema jurídico basado en el precedente administrativo –esto es, la interpretación uniforme de una misma regla jurídica–, permite que la actuación administrativa gane en previsibilidad, esto es, afirma la legítima expectativa que tienen los ciudadanos de que la administración tome decisiones que sean armónicas con los criterios manifestados con anterioridad en situaciones equivalentes”. Dictamen N° 35.397 de 2007; “La confianza legítima aparece justamente como reacción jurisprudencial frente a la utilización abusiva de la norma jurídica o acto administrativo, que sorprende la confianza de las personas destinatarias de la norma, que no esperaban tal reacción normativa, al menos sin unas ciertas medidas transitorias que paliasen esos efectos tan bruscos. Lo que este principio reclama es una adecuada protección de los derechos e intereses de quienes –más allá de las cargas generales a que se someten todos los ciudadanos– puedan verse especialmente perjudicados por una modificación normativa no previsible para un operador diligente y, por tanto, consciente de la movilidad del ordenamiento jurídico”. Dictamen N° 6210 de 2000.

<sup>257</sup> El Tribunal Constitucional ha señalado: “La Constitución valora la certeza que se otorgan los derechos de propiedad adquiridos. En ellos descansa la legítima confianza que hace funcionar el sistema económico que nos rige. De allí que sean exigentes los requisitos que habilitan al legislador para afectar tales derechos de propiedad”. STC Rol N° 506-2006.

<sup>258</sup> La Excma. Corte Suprema ha señalado: “[...] principio de confianza legítima, que es manifestación de la más amplia noción de seguridad jurídica y de certeza de la situación de cada ciudadano, en que se basan, entre otras las garantías que se consignan en los números 2, 3, 16 inciso tercero, 20 inciso segundo y 22 del art. 19 de la Carta Política. En tal virtud, era dable suponer que los solicitantes, de transferencia de titularidades esperarán una acogida favorable a sus pretensiones, atendiendo el tiempo transcurrido desde la presentación de la solicitud y considerando, además, los pagos normalmente aceptados por la recurrida”. Corte Suprema, “Sibilia Contreras y otros con Municipalidad de Antofagasta y otros”, 27.10.2005. En este mismo sentido, “Bajo esta premisa, no cabe sino concluir que la Superintendencia del ramo, que no fue consecuente con su propia interpretación, indujo a la empresa reclamante a obrar de una manera que, posteriormente, reprochó como incorrecta. Que este Tribunal

En efecto, la confianza legítima se ha ido imponiendo como límite a los poderes de revisión de la Administración<sup>259</sup>, consecuencia de las certezas

---

no puede aceptar la forma en que ha obrado la Superintendencia, la que estima poco seria e impropia de un organismo de la administración del Estado (...) lo cierto es que la propia Superintendencia zanjó toda discusión o duda sobre esta materia, al estampar una afirmación categórica, provocando una actuación de la que posteriormente ha querido obtener provecho procesal (...) cuando la empresa eléctrica que ha reclamado no hizo sino seguir la pauta propuesta, confiando en que ello era lo que procedía. Tal cuestión es inadmisibles y lesiona el principio de confianza en relación con los organismos de la administración del Estado”. Corte Suprema, “Empresa Eléctrica de Talca con SEC”, 24.5.2005, Rol N° 1596-2005.

La Corte también ha señalado que el título de confianza legítima es constitutivo para efectos de una acción de responsabilidad del Estado cuando ha afirmado que este principio “es manifestación de la más amplia noción de la seguridad jurídica y de certeza de la situación de cada ciudadano, en que se basan, entre otras, las garantías que se consignan en los numerales 2, 3, 16 inciso tercero, 20 inciso segundo y 22 del artículo 19 de la Carta Política. /En tal virtud, era dable suponer que el actor al solicitar la información para adoptar la decisión de realizar una inversión de tal envergadura en la comuna, cumpliendo con todas las exigencias legales y los requisitos para obtener los permisos correspondientes, lo hizo confiado en que el municipio actuaría de manera acorde a su propia normativa y a lo que la autoridad de transporte le ordenaba./ Pero, contrario a ello, la Municipalidad omitió la dictación de la correspondiente ordenanza para regulación de vías y planes de transporte local, lo que vulneró la legítima expectativa del administrado, y lo que su propia normativa le ordena, configurando así la falta de servicio aludida, pues tal actuación en el hecho permitió que las líneas de buses continuaran usando un terminal no adecuado, dejando en desuso el construido especialmente al efecto, omisión que originó los daños que los jueces del fondo tuvieron por acreditados./ De ello resulta que el comportamiento o gestión municipal impugnada desconoce el deber de actuación coherente que se desprende del principio de protección de la confianza legítima que rige en el Derecho Administrativo moderno y que se traduce en la legítima expectativa del administrado, en relación a la conducta de la administración, ello, en el entendido que es el ente de la Administración –municipal en este caso– el que se encuentra en mejores condiciones de evaluar los antecedentes relativos al transporte, puesto que contaba con todas las herramientas legales para dictar la reglamentación para regular y ordenar el transporte rural e interurbano en la Comuna de Santa Cruz, cual es sin duda uno de los fines y obligaciones que se espera que cumpla. Es decir, la Municipalidad, como ente de la Administración local, tuvo un comportamiento impropio y bajo el estándar que le era exigible, en orden a regular conforme a su propia normativa y tal como incluso se le había ordenado, la dictación de la regulación de vías de modo de asegurar que la población contara con los terminales aptos y definitivos acordes incluso a evitar un riesgo y entorpecer el plan regulador y las zonas que para cada actividad están establecidas”. Corte Suprema, “Sociedad Inmobiliaria Inversiones R & T con Municipalidad de Santa Cruz”, Rol N° 7086-2010, 2 de enero de 2013.

<sup>259</sup> Las potestades de revisión las estudiaremos más adelante. Estas están reguladas en la Ley de Procedimiento Administrativo y son clásicamente la revocación e invalidación.

exigidas por la seguridad jurídica. Esta exige que se mantengan las situaciones que han creado derecho a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones surgidas de actos firmes de la Administración, por lo que había razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia. Esto no quiere decir que las potestades de revisión no se puedan ejercer en contra de actos firmes, lo que hay es que esta es improcedente cuando con ello se vulneren las necesidades derivadas de la aplicación del principio de seguridad jurídica, principio que está indisolublemente ligado al respeto de los derechos de los particulares como límites a la potestad revisora de la Administración.

La razón de la existencia del principio es preservar el derecho del ciudadano a impetrar previsibilidad en el comportamiento administrativo, a fin de orientar su acción personal, profesional o empresarial sin sorpresivas variantes en sus vinculaciones jurídicas ya existentes con la Administración<sup>260</sup>.

Esta orientación se deriva del hecho que tanto la Administración como los demás poderes públicos requieren conservar y obedecer a una ética institucional definida no tan sólo como deber jurídico, sino que también como presupuesto esencial de su supervivencia. Con la noción de “ética institucional”, nos referimos nada más que a un conjunto o cuerpo de valores preestablecidos, desde los que se formulan directrices de comportamiento para la institución y para las personas que la componen; a partir de esas pautas de comportamiento y a través de ellas, la sociedad o el cuerpo social a que da expresión la institución va conformando la mentalidad de sus miembros<sup>261</sup>. El contenido de esta ética institucional se define valorativamente por la conexión que existe entre las normas de más alta jerarquía dentro del sistema jurídico y los valores que ellas contienen, así como por los principios generales de derecho que son reconocidos en algún otro nivel de la jerarquía, como, por ejemplo, el legal.

---

<sup>260</sup> SESIN (2004) 366.

<sup>261</sup> MORELL OCAÑA (2002) 167, 168. El autor señala que la dimensión social de la ética en general se configura a partir de esta dimensión institucional, por la cual se hace fundamental su estudio; su particularidad esencial radica en su doble identidad moral y política, ya que la ética institucional está centrada en el ideal de la justicia, y va dirigida a buscar un soporte teórico a las distintas opciones políticas que quepan en el contexto constitucional establecido.

De este modo los poderes públicos tienen el deber jurídico de obedecer a esta ética institucional predefinida, de manera que la Administración pública debe servir con *objetividad* a los intereses generales. El concepto de objetividad comprende un estándar ético indiscutible<sup>262</sup>, que envuelve la necesidad de captar la realidad y a continuación compararla con un patrón de medida, tras el cual se emitirá un juicio de valor respecto de si la Administración ha actuado o no con objetividad<sup>263</sup>. Ese patrón de medida está dado por los conceptos de lealtad, confianza, buena fe, seguridad jurídica y otros que son a los que constantemente se apela en función de poder establecer la comparación adecuada entre la realidad y un estándar de exigibilidad en la actuación administrativa<sup>264</sup>.

Cuando estudiemos más adelante los poderes de revisión de la Administración sobre sus actos, este principio lo analizaremos con mayor profundidad. (Ver N° 224).

## VI. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

60. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO EN LA ADMINISTRACIÓN. Aunque no abordaremos en Derecho Administrativo los orígenes y desarrollos del artículo 4° de la CPR, dado que su estudio correspondió a cursos previos, sí analizaremos los impactos que tiene su interpretación para la Administración.

---

<sup>262</sup> MORELL OCAÑA (2002) 167.

<sup>263</sup> MORELL OCAÑA (2001) 348.

<sup>264</sup> MORELL OCAÑA (2001) 349. “Esa ética institucional administrativa se desprende de la función que la Constitución le ha atribuido (a la Administración española): el servicio a los intereses generales, con plena sumisión a la ley y al Derecho. El criterio de medida de la objetividad tendrá que ver, entonces, con aquellas funciones que están presentes, una y otra vez cuando se requiere objetividad de la actuación administrativa; en esos casos, aparece en la jurisprudencia una apelación a la igualdad, seguridad jurídica, protección de la confianza legítima, etc.; en otros, de modo directo se configura la exigencia de objetividad”. Un ejemplo de ello lo podemos ver en nuestro sistema, en la Ley de Procedimiento Administrativo, artículo 11, que establece el principio de imparcialidad en los siguientes términos: “La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte. Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”.

Por un lado, supone el carácter vicarial de la Administración, es decir, la exigencia de que ésta se encuentra sometida a las instancias políticas que representan formalmente a la soberanía: su papel institucional como organización ejecutora de los mandatos normativos provenientes del Parlamento.

De esto se deriva que la Administración se encuentra diseñada sobre la base de una estructura jerarquizada, sometida al Presidente de la República (arts. 24 y 38.1 de la CPR), quien finalmente es el que tiene legitimidad democrática directa<sup>265</sup>. Esta misma condición de legitimidad democrática se da tanto a nivel Regional como Municipal. A nivel Regional, porque producto de la reforma constitucional de 2009 (Ley N° 20.390), los Consejeros Regionales serán electos por votación popular, así como en la actualidad lo son los concejales municipales.

Tras la reforma señalada, a nivel regional y local los órganos de deliberación y control disponen de legitimación democrática directa, lo que ciertamente altera las reglas de comprensión del funcionamiento de los organismos administrativos en dichos niveles, como se verá con posterioridad.

Existen dos principios inherentes a la cláusula democrática aplicada a la Administración: (a) la publicidad y (b) probidad. Ambas incorporadas positivamente al texto de la CPR tras la reforma del año 2005, que las han transformado en principios constitucionales de análisis separado.

## VII. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD<sup>266</sup>

61. LA IMPORTANCIA DE LA PUBLICIDAD EN EL FUNCIONAMIENTO ADMINISTRATIVO. Este principio supone en términos simples que la actividad desarrollada por la Administración debe ajustarse a un estricto sistema de exposición de fundamentos y de acceso a la información por parte de los ciudadanos de manera de mantener un permanente escrutinio público de las actividades públicas.

---

<sup>265</sup> De esto se deriva la regla del art. 65, inc. 4° N° 2, del texto constitucional ya analizado en clases.

<sup>266</sup> Ver CORDERO VEGA (2006) 7; CORDERO VEGA (2010) 19.

Uno de los temas esenciales en el funcionamiento de los sistemas democráticos es el establecimiento de reglas básicas de control institucional, pero también de aquellas que no lo son y que se ubican en el ámbito del escrutinio público que realizan los ciudadanos a sus autoridades.

El acceso a la información administrativa es una de las áreas en donde se ha puesto énfasis, en particular aquella que ha provenido de los procesos de modernización del Estado, pues constituye un poderoso elemento de control y en términos más amplios de seguridad jurídica<sup>267-268</sup>.

Esta forma de concebir la publicidad de la actividad estatal es la única que la hace compatible con la lógica de un Estado democrático que exige de sus autoridades y organismos actuar no sólo de conformidad a la ley, sino que a los programas por el diseño institucional propuestos, de manera que

---

<sup>267</sup> El cúmulo de intentos normativos encaminados en esa dirección revela la cantidad de materias que tratan de ser abordadas, como son las cuestiones sobre transparencia, probidad, calidad de la política y modernización del Estado. Así se ha introducido por ejemplo: la ley del lobby (Ley N° 20.730); la puerta giratoria (*revolving door*) (Boletín 4186-07); la protección de la denuncia responsable (Ley N° 20.205); la probidad administrativa (Ley N° 19.653); el Sistema de Compras y Contratación Pública (Ley N° 19.886); inhabilidades parlamentarias (Boletín 4716-07); reforma a la Ley de Gasto Electoral (Ley N° 19.884); prohibiciones al Intervencionismo Electoral del Estado (Boletín 4716-07 y 4724-06); Sistema de Alta Dirección Pública (Ley N° 19.882); Regulación del Procedimiento Administrativo (Ley N° 19.880); Modernización de la Contraloría General de la República (Boletín 4716-07); Sistema de Auditoría General de Gobierno (Boletín 3937-06); Agencia de Calidad de las Políticas Públicas; la reforma Constitucional que incorporó el nuevo artículo 8° (Ley N° 20.050); el Instructivo Presidencial N° 8 de 2006, y la Ley de Acceso a la Información Pública (Ley N° 20.285). Con anterioridad se habían introducido los artículos 13 y 14 de la LOCBGAE que regulaban el acceso a la información pública y el Decreto Supremo 26 de 2001.

<sup>268</sup> Como señala KANT (1999) 127, 128, existe una fórmula trascendental en el Derecho público que supone la siguiente proposición: son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soporten ser hechos públicos. Lo anterior supone no sólo una mera regla ética, sino que ante todo un mandato jurídico para el Estado.

Concretamente señala KANT (1999) 128 “Porque una máxima que no se puede manifestar *en alta voz* sin arruinar al mismo tiempo el propio propósito, que debería, por tanto, permanecer *secreta* para poder prosperar y a la que no se puede *reconocer públicamente* sin provocar indefectiblemente la oposición de todos”.

sea posible la deliberación pública como espacio de legitimidad y garantía de las competencias públicas y la protección de derechos<sup>269-270</sup>.

Pero además, la información no sólo ha demostrado ser fundamental en el funcionamiento de los procesos deliberativos, en tanto presupuesto de la participación ciudadana y el autogobierno democrático, sino que también forma parte indispensable de la estructura decisional individual. Tal como ha sido expuesto por las escuelas económicas, el modelo de acción racional y las decisiones individuales suponen grados determinados de información que obren en manos de los sujetos. Ello permite tomar decisiones privadas y públicas razonables y adecuadas, así como también permite su control.

De ahí que los mercados necesiten para funcionar adecuadamente, niveles óptimos de información, y en su ausencia, se regule públicamente la presencia de fallas o asimetrías de información (fallas de mercado). En estos casos, la mayoría de las veces, el Estado impone deberes de revelación de información, cuando el interés público lo exige, sea por la vía de la regulación directa, mecanismos de mercado o autorregulación.

La información, por lo tanto, tiene un carácter complejo. Aparece en múltiples escenarios. Alimentos, productos farmacéuticos, productos peligrosos, defensa, medioambiente, campañas electorales, medios de comunicación, etc. La información muchas veces ha sido vista como un bien público, por lo que –razonablemente– debe ser provista por el Estado (sea directa o indirectamente); otras veces como “bien solidario”, es decir como un bien de aquellos cuyo beneficio social es directamente proporcional al número

---

<sup>269</sup> Como termina de señalar KANT (1999) 133, existe un principio trascendental positivo del derecho público, cuya fórmula es: “Todas las máximas que *necesitan* de la publicidad (para no fracasar en sus propósitos) concuerdan con el derecho y la política a la vez”. Puntualmente indica que “Si únicamente por medio de la publicidad es como se puede lograr su fin, lo es porque se adecúan al fin general del público, y la tarea propia de la política es estar de acuerdo con ese fin (hacer que el público esté contento con su situación). Pero si *sólo* puede lograrse ese fin mediante la publicidad, esto es, mediante la eliminación de toda desconfianza respecto de las máximas, éstas tienen que estar también en concordancia con el derecho del público, pues sólo en el derecho es posible la unión de los fines de todos”.

<sup>270</sup> Como sugiere AUSTIN (2007) 47, el Gobierno sólo podría ser verdaderamente democrático y *accountable* si los ciudadanos tuviesen un significativo derecho a la participación en el proceso de toma de decisiones que los afecten, pero además tuvieran amplio acceso a la información gubernamental.

de personas que lo posee, y las más de las veces como un bien, como cualquier otro, con valor de cambio transable y sujeto a las leyes del mercado.

Las instituciones más fundamentales de nuestra vida común, por lo tanto –la democracia y el mercado– suponen para su funcionamiento determinados niveles y calidades de información como condición necesaria para la operatividad de sus intercambios. Ella resulta esencial, como decimos, para el autogobierno democrático, para promover la participación, valores compartidos, la cohesión social y para el escrutinio y el control público de las autoridades (*accountability*).

En efecto, existe bastante consenso en la literatura que la demanda por Gobiernos Transparentes responde a dos ideas básicas: (a) *restaurar la confianza pública*, en la medida que la información proporcionada incrementa la educación de los ciudadanos, haciendo de ellos sujetos con condiciones para exigir una demanda adecuada para la calidad de los servicios provistos por el Estado y sus organismos; (b) *tener más y mejores vigilantes de la actividad gubernamental*, en la medida que amplía las posibilidades de disponer de otros sujetos que controlen la actividad pública, diferente a las clásicas instituciones del control público<sup>271</sup>.

Por este motivo el argumento central tras la transparencia y la publicidad de la información pública está asociado a la promoción de buenos gobiernos. En ese contexto, y asumiendo que la publicidad de la información en poder del Estado es una de las ideas esenciales de la calidad del sistema democrático, la experiencia comparada demuestra que los países establecen los criterios tras la publicidad desde las diversas prioridades nacionales. Así, por ejemplo, algunos países privilegian instrumentos que buscan tener gobiernos más abiertos sujetos al escrutinio público en la idea de luchar contra la corrupción (por ej. Corea, México). Otros colocan los énfasis en hacer un Gobierno más amigable y accesible en orden a mejorar la prestación de los servicios públicos (por ej. Dinamarca), mientras que algunos buscan mejorar la actividad gubernamental en orden a ser más inclusivos en la elaboración de la política pública (por ej. Canadá y Finlandia). En otros términos, hay buenas razones para promover la existencia de Administraciones Públicas transparentes, en la medida que contribuyen

---

<sup>271</sup> OCDE (2005) 30, 31.

a la expansión de los valores de la democracia y por el impacto económico que tienen los desempeños de los gobiernos<sup>272</sup>.

62. LA REGULACIÓN LEGAL DE LA PUBLICIDAD. El mecanismo para llevar a cabo las intenciones indicadas es mediante el sistema regulado en la Ley de Acceso a la Información Pública, que se caracteriza:

(a) Por disponer de un concepto amplio de información pública. De conformidad al art. 5° no sólo son los actos, documentos y antecedentes del procedimiento, sino que también cualquier otra “información en poder de la Administración” financiada con recursos públicos.

(b) Existe determinada obligación que debe estar permanentemente a disposición del público en los sitios web de los servicios públicos, también denominada “Transparencia Activa”.

(c) Las causales de secreto o reserva se encuentran taxativamente enumeradas por la ley (art. 22) y sólo pueden tener esa condición, aquella información declarada como tal por LQC (art. 8° CPR).

(d) La LAIP establece un conjunto de principios que informan el acceso a la información, que son esenciales al momento de interpretar la ley y resolver sus controversias.

(e) Existe un órgano a cargo exclusivamente de fiscalizar el cumplimiento de la aplicación de la Ley, denominado Consejo para la Transparencia.

(f) Quienes, habiendo solicitado la información, se la deniegan tienen derecho a solicitar amparo de acceso a la información ante el CPLT.

Adicionalmente, con la dictación de la Ley de Lobby, se ha establecido un mecanismo de publicidad de agendas, regalos y viajes de las autoridades del Estado. El objetivo fundamental de la ley es establecer un mecanismo de publicidad de gestión de intereses.

---

<sup>272</sup> OCDE (2005). 32.

### VIII. PRINCIPIO DE PROBIDAD

63. EL CONTENIDO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE PROBIDAD. Impone el deber de los funcionarios del Estado de actuar de conformidad a los intereses públicos y fines a los cuales debe servir, prohibiendo otorgar preferencias o desfavores a él u otras personas.

Es un hecho conocido que la probidad administrativa constituye, desde hace muchísimos años, uno de los principios básicos sobre los cuales ha sido construida la función pública en el Derecho Administrativo chileno.

En efecto, la Contraloría desde el año 1962 construyó un principio inminente a la función pública, derivado de lo que se consideraban ciertas obligaciones morales establecidas para los funcionarios públicos. Este criterio se extendió a toda la Administración, incluidos a aquellos que no tenían la calidad estricta de funcionarios públicos, como los contratados a honorarios, incorporándose a la legislación nacional el año 1986 como uno de los principios de la organización administrativa<sup>273</sup>.

Así, el artículo 7º original de la LOCBGAE sostenía que la probidad consistía en “una conducta funcionaria moralmente intachable, con una entrega honesta y leal al desempeño del cargo y con preeminencia del interés público sobre el privado”.

Al establecer esta norma en el Título I de la LOCBGAE este principio se transformó en uno de carácter rector, que constituye una base esencial para el correcto ejercicio de la función pública, con independencia del cuerpo de normas y especificidad de la ley estatutaria que regule a quien la desarrolla, de manera que en general estos criterios se manifestaban concretamente en las prohibiciones a las cuales se encontraban afectos los funcionarios públicos<sup>274</sup>.

A su vez, como consecuencia del informe de la Comisión de Ética Pública el año 1994, se dictó en diciembre de 1999 la Ley N° 19.653, que introdujo importantes innovaciones en materia de transparencia y que

---

<sup>273</sup> Criterio incorporado por la LOCBGAE.

<sup>274</sup> SILVA CIMMA (1993) 22.

sistematizó adecuadamente los diversos criterios que sobre las cuestiones relativas a la probidad se habían venido considerando por la jurisprudencia administrativa, de manera que desvincula el comportamiento “moral” de los funcionarios y lo asocia a una condición de “desempeño honesto y leal” de la función pública, consistente con los elementos de la ética pública, ampliando las categorías del conflicto no sólo al interés público sobre el privado, sino que a la del “interés general sobre el particular”<sup>275</sup>.

Como es del todo conocida esta ley, al incorporar un Título III a la LOCBGAE, estableció una serie de instrumentos, algunos ya diseñados en el Estatuto Administrativo y otros nuevos, pero con efectos expansivos para toda la Administración. Estos instrumentos eran: (a) inhabilidades e incompatibilidades; (b) declaración de intereses; (c) sanción a conductas que contravienen especialmente la probidad y (d) recientemente se ha agregado la declaración de patrimonio<sup>276</sup>.

Si bien en la Administración Pública se era muy riguroso con el principio de probidad administrativa, no sucedía lo mismo con otras áreas de las funciones públicas. De ahí entonces que en la reforma constitucional del año 2005<sup>277</sup>, entre otros aspectos, se decidiera elevar a rango constitucional este principio nacido de la jurisprudencia administrativa de los 60 y consagrado normativamente de manera progresiva, con la finalidad precisa de que se aplicara a todos los órganos del Estado. En efecto, tal como se discutió en el Senado, los aspectos sustantivos de la Probidad ya habían sido discutidos como consecuencia de la dictación de la Ley N° 19.653, quedando en el debate el modo de comprender el concepto constitucional de “función pública”<sup>278</sup>.

De manera tal que para la Administración normativamente no se produjo ninguna innovación en la comprensión e interpretación de las reglas de probidad, pues al consagrar el enunciado constitucional del artículo 8° se respaldó a la jurisprudencia administrativa y las regulaciones legales

---

<sup>275</sup> Sobre los desarrollos legislativos de la Ley N° 19.653 se puede consultar CARMONA SANTANDER (2001) 25; PANTOJA BAUZÁ (2000) 46.

<sup>276</sup> Ley N° 20.080.

<sup>277</sup> Ley N° 20.050.

<sup>278</sup> Vid. PFEFFER URQUIAGA (2005) 26, 36.

previas sobre la materia, lo que no sucedió en otras áreas de la función pública en donde este principio no se encontraba regulado.

## IX. PRINCIPIO DE DESCENTRALIZACIÓN

64. EL MANDATO CONSTITUCIONAL DE DESCENTRALIZACIÓN. El art. 3° de la CPR señala explícitamente el mandato de que Chile es un Estado “unitario”, para luego agregar que la Administración es “funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley”.

En ese contexto se explica el art. 24 de la CPR y el art. 38.1 que exige la existencia de una LOC que regule la organización básica de la Administración Pública, que es la LOCBGAE, que se estructura sobre la base de un concepto amplio de Administración Pública (art. 1°), a quienes se les aplica el Título I de la Ley, y uno restringido (art. 21) a quienes se les aplica el Título II. Esta distinción es relevante, por las consecuencias jurídicas que implica estar en uno u otro título de la Ley, como se verá más adelante en las Lecciones.

Por otro lado, el modelo que deriva del art. 3° exige una ordenación administrativa sobre la base prevalente de la descentralización (personalidad jurídica y patrimonio propio), y cuando corresponda desconcentración (radicación de competencia administrativa en un órgano jurídicamente dependiente). Por esta razón, se ordena el territorio nacional en regiones, provincias y comunas, dando origen a un entramado de organización administrativa regulado en el Capítulo XIV de la CPR (Gobiernos Regionales, Gobernaciones y Municipalidades), cuestión que estudiaremos en detalle cuando analicemos la organización territorial de la Administración.

65. SISTEMAS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. Este entramado institucional permite distinguir en el sistema nacional tres tipos de sistemas de organización administrativa: (a) la *descentralización*; (b) la *desconcentración* y (c) la *autonomía constitucional*. Cada una tiene características propias que son diferenciadas<sup>279</sup>.

---

<sup>279</sup> Vid. CORDERO VEGA (2001).

66. LA CENTRALIZACIÓN. La *centralización administrativa* se caracteriza porque los órganos que se encuadran en este modelo se distinguen por lo siguiente:

(a) Por carecer de personalidad jurídica propia, pues actúan bajo la personalidad jurídica del Estado Fisco. Por lo tanto, su representante extrajudicial es el Presidente de la República y su representante judicial es el Presidente del Consejo de Defensa del Estado.

(b) Carecen de patrimonio propio.

(c) Son dependientes, es decir, están sometidos al poder jerárquico del Presidente de la República.

Son ejemplos de centralización los Ministerios.

67. LA DESCENTRALIZACIÓN. Por su parte, la *descentralización administrativa* se caracteriza:

(a) Por tener personalidad jurídica propia de Derecho Público Administrativo.

(b) Por tener patrimonio propio.

(c) Son autónomas, es decir, gozan de independencia de gestión para administrar su patrimonio y adoptar las decisiones que correspondan dentro de su competencia, relacionándose con el Presidente de la República a través del respectivo Ministerio, por un vínculo de supervigilancia o tutela.

Son ejemplos de descentralización los servicios públicos con personalidad jurídica.

68. DESCONCENTRACIÓN. La *desconcentración* se caracteriza por:

(a) Constituir un sistema de distribución del poder público al interior de un organismo con o sin personalidad jurídica.

(b) Se traduce en la radicación *legal* de competencia administrativa en un organismo jurídicamente dependiente, pero que en el ejercicio de su fun-

ción actúa con competencia propia. En general, todas las representaciones regionales de los servicios públicos son desconcentradas.

(c) Esta puede ser funcional (si es la función la desconcentrada) o territorial (si la desconcentración sólo opera en un territorio determinado, por ej. los servicios de salud).

Son ejemplos de desconcentración las Secretarías Regionales Ministeriales o las Direcciones Regionales de los servicios públicos. Uno de los efectos de la desconcentración es que dado que la asignación de potestades en el organismo es mediante la ley, el superior carece de competencias para involucrarse en la materia desconcentrada, de modo que ni siquiera son procedentes en tales casos los recursos jerárquicos<sup>280</sup>.

69. AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL. La *autonomía constitucional* se caracteriza por:

(a) Constituir organizaciones públicas que no dependen del Gobierno, no se relacionan con él por un vínculo de supervigilancia o tutela. Se hallan, por ende, en un plano de extraordinaria independencia jurídica, tengan o carezcan de personalidad jurídica propia.

(b) La autodeterminación es el efecto de la autonomía. Es el vínculo que define a los sistemas organizativos acentralizados, de modo que independiente de su personalidad jurídica, sobre ellos existe total independencia en su función y organización, que se singulariza a través del nombramiento de sus máximas autoridades, que siempre serán de generación mixta y de carácter inamovibles. De este modo, es posible sostener que en los sistemas de acentralización no existe vínculo jurídico con otra autoridad que limite sus competencias.

---

<sup>280</sup> En el Dictamen N° 37.287, de 2013, resumió su tesis del siguiente modo:

“En este contexto, y tal como se informara en el Dictamen N° 44.314, de 2007, de esta Entidad Fiscalizadora, no procede el recurso jerárquico cada vez que el legislador acude a la técnica de la desconcentración, radicando todo un sector de materias dentro de la órbita exclusiva de un órgano administrativo distinto del superior del servicio de que se trate.

Tal ha sido el predicamento de este Organismo de Control, expuesto en el Dictamen N° 47.491, de 2005, donde se resolvió la improcedencia del recurso jerárquico en todos aquellos casos en que aparezca claramente que la intención del legislador fue radicar determinadas facultades exclusivamente en órganos subordinados”.

(c) La autonomía que se otorga a determinados órganos consiste, como bien lo dice una sentencia del Tribunal Constitucional, en que estas entidades no pueden quedar sujetas al poder jerárquico del Presidente de la República. Si así fuera, la norma que los estableciera sería inconstitucional, “pues la Constitución los crea como entes autónomos”.<sup>281</sup>.

Son ejemplos de autonomía constitucional el Banco Central, Contraloría General de la República, el Ministerio Público y Municipalidades.

70. PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LAS RELACIONES A NIVEL NACIONAL, REGIONAL Y LOCAL. Finalmente, la norma constitucional permite someter el modelo de organización administrativa a tres principios:

(a) *Unidad*, en la medida que Chile es un Estado unitario, la organización por regiones, provincias y comunas no altera la existencia de un régimen jurídico común aplicable en la totalidad del país, de manera tal que por más que las leyes reconozcan a los Gobiernos Regionales y a las Municipalidades poderes normativos<sup>282</sup>, estos deben sujetarse estrictamente a las normas legales y reglamentarias de alcance general, sin poder imponer condiciones o exigencias más estrictas de las que existan a nivel nacional, salvo cuando la ley lo señala expresamente<sup>283</sup>.

(b) *Legalidad*, en la medida que los sistemas de organización administrativa sólo pueden ser establecidos por la ley, de manera tal que no es admisible establecer sistema de organización de la Administración o distribución de competencias por vía administrativa, a menos que la Constitución o la ley lo autorice expresamente<sup>284</sup>.

(c) *Solidaridad*, incluido al art. 3° tras la reforma constitucional de 2005, que exige equidad en el desarrollo entre regiones, provincias y comunas, lo que se traduce en un principio constitucional de orden normativo e in-

---

<sup>281</sup> STC Rol N° 216; C. 16°.

<sup>282</sup> Vid. art. 16, letra d) y art. 106 de LOCGAR; art. 12 LOCM.

<sup>283</sup> Ver a título ejemplar en este sentido Dictámenes N°s. 25.210, de 2012 (caso abejas) y 86.870, de 2014 (caso bolsas plásticas) .

<sup>284</sup> Es el caso de los traspasos de competencias regulados en los artículos 114 de la CPR y 67 de la LOCGAR y la encomendación de acciones y suplencias de servicios públicos, reguladas en los artículos 37 y 38 de la LOCBGAE.

terpretativo, para la distribución de beneficio, así como para la asignación de las cargas y sus compensaciones.

#### X. ANÁLISIS DE CASO: LOS PRESUPUESTOS DE ACTUACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL

71. LOS IMPACTOS DE LOS DERECHOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES. Existe en la actualidad una cierta perplejidad en los operadores legales de que al momento de resolver los casos los jueces prescinden de las convenciones tradicionales del principio de legalidad y cada vez más validan conceptos jurídicos indeterminados en los cuales la Administración justifica sus actuaciones, sin que exista para muchos potestades explícitamente atribuidas.

Esta situación es propia de las áreas de Derecho Administrativo Especial, en que las reglas interpretativas deben ajustarse a las nuevas intervenciones exigidas por la ley a la Administración.

Para explicar por qué es necesario que las convenciones tradicionales del Derecho Administrativo General deban ajustarse a los casos de las regulaciones especiales, es necesario considerar que estas han sido construidas sobre la base de demandas concretas. Se indica que la praxis de la Administración en determinados sectores concretos y el correspondiente Derecho Administrativo Especial son el lugar en el que se reacciona a lo nuevo. ‘Lo nuevo’ son nuevas funciones del Estado, o bien –lo que es prácticamente lo mismo– antiguas funciones del Estado que han recibido una nueva interpretación<sup>285</sup>.

Esto es lo que sucede precisamente en materia ambiental o en energía, en donde las potestades entregadas a la Administración para realizar evaluación ambiental en base a impactos o bien para determinar la “coordinación” o “seguridad del sistema eléctrico”, se basan en consideraciones en donde la autoridad administrativa debe apreciar los efectos de otras actividades para determinar la intervención administrativa.

En efecto, puede suceder en ocasiones que la programación normativa habitualmente exigida con densidad rigurosa no sea posible por razones

---

<sup>285</sup> WAHL (2013) 73.

de configuración del ámbito en el cual se desarrolla la regulación; con tal propósito se establecen compensaciones organizativas y procedimentales: que las decisiones administrativas se adopten, por ejemplo, por órganos colegiados en que puedan ingresarse entidades en las que tengan representación colectivos o grupos de intereses; o que los procedimientos de decisión estén abiertos a la participación de entidades y particulares interesados. De este modo, el debilitamiento de la legitimación resultante de la predeterminación normativa de la decisión administrativa se compensa por los procedimientos de actuación<sup>286</sup>.

Esto genera consecuencias no dimensionadas por la teoría tradicional del Derecho Administrativo.

---

<sup>286</sup> MUÑOZ MACHADO (2004) 848.