

/ N° 19

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

/ Agosto • 2022

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMO FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

-Breve exposición sobre el tema-



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE



ALEJANDRO VERGARA BLANCO

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Pontificia Universidad Católica de Chile

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMO FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO¹

-Breve exposición sobre el tema-

La polisémica expresión principios

Uno de los conceptos que resultan ambiguos en el aprendizaje del Derecho es el de los *principios*, pues la expresión *principio* es polisémica dado que y se utiliza como un instrumento jurídico con varios significados. Así, en primer lugar, se utiliza la expresión para significar, por ejemplo, que la igualdad es un principio jurídico general de derecho, pese a estar consagrada formalmente en la Constitución (art. 19 N°2). Esa es entonces, una primera acepción de la expresión *principios*, es decir, aquel valor que ya está constitucionalizado, consagrado en una fuente formal, como es el caso de una Ley o de la Constitución.

En segundo lugar, existe otra acepción de la expresión *principios*, que alude a aquellos que son y constituyen una fuente del Derecho distinta a las leyes y las Constituciones, distinta al derecho formal, y dice relación más bien con una fuente del Derecho que sustituye o subsidia las lagunas de las leyes.

Hay aún una tercera acepción de la expresión *principios*. Es aquella indicativa de la expresión coloquial “*soy una persona de principios*” que tiene que ver con valores éticos y morales de cada persona, que a veces no tienen una consagración jurídica, dependiendo de la filosofía de cada cual.

En consecuencia, cada vez que se utilice la expresión principios debe pensarse a qué realidad se está uno refiriendo. ¿Se está refiriendo uno a los valores que sustenta o a una acepción referida a un enunciado ya previamente regulado en una ley o a un valor compartido, de esos llamados principios generales del derecho?

¹ El presente documento es una transcripción de la clase del Profesor Alejandro Vergara Blanco dictada en el Diplomado en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (28 de mayo de 2022). Agradecemos la colaboración de Tomas Versluys en dicha transcripción.

Hay leyes que se refieren a principios, como por ejemplo la Ley N° 19.880, de 2003, de Bases de Procedimientos Administrativos, que en su artículo 7° enuncia varios “principios”, describiéndolos. Lo que hace el legislador en este caso es capturar una terminología que utiliza la Teoría del Derecho para referirse a otro fenómeno no escrito.

A continuación, me referiré a los “otros” *principios*, pero no a aquellos que están consagrados en la Ley o en la Constitución, pues esos son formalmente Constitución o Ley.

La jurisprudencia y los principios

Desde hace mucho tiempo la Tercera Sala de la Corte Suprema ha emitido sentencias para solucionar casos específicos de Derecho Administrativo, usualmente para producir uno de los efectos más importantes de la disciplina, en su faz práctica, como es la nulidad de los actos administrativos.

Dentro de las acciones jurisdiccionales relevantes que tienen los administrados para salvaguardarse de la discrecionalidad administrativa está la acción anulatoria. En términos simples, pedirle a un tribunal que deje sin efecto un acto administrativo contenido en una ordenanza, una resolución, etc. generando que el acto desaparezca de la faz práctica.

Para anular un acto administrativo se requiere que, en la emisión de ese acto, el órgano administrativo respectivo haya quebrantado el principio de legalidad. Ese es el dogma. Si un acto administrativo, al ser emitido ha quebrantado la ley, se anula, y en ese caso decimos que la ley es *fuerza* del derecho, es decir, es una fuente de nulidad del acto administrativo. En ese instante, podremos calificar a la ley como fuente del derecho, pues el justiciable que reclama, invoca un enunciado que existe en una ley para solicitar al tribunal que anule ese acto administrativo. La pregunta que cabe hacer es la siguiente: ¿puede un principio ser fuente del derecho? Esto es, fuente de nulidad de un acto administrativo.

Principios y bases de la Democracia

En un inicio, la respuesta parecía negativa, pues existió en las bases de la democracia una exaltación de la ley, como única fuente de juridicidad. Cabe hacer un breve rodeo, antes de retomar la idea de los principios.

El Derecho Administrativo es el derecho de la democracia. Si hay un ambiente disciplinario que ante cualquier cambio democrático cambia de clima, es el Derecho Administrativo. Eso se podrá notar al leer la propuesta constitucional.

La democracia nace hace doscientos años con un entusiasmo valórico. El primer valor es la separación de poderes o equilibrio de poderes (ejecutivo, judicial y legislativo); en segundo lugar, el principio de legalidad; y el tercero, los derechos fundamentales o derechos públicos subjetivos. A esto llamamos Estado de Derecho. Las personas incorporan a su vida social una confianza jurídica en estos tres valores.

Si trasladamos esos tres valores al Derecho Administrativo; el resultado es el siguiente:

- la separación de poderes se transforma en el control jurisdiccional de los actos de la administración, pues al crearse un poder autónomo jurisdiccional, se le entregan a los administrados la posibilidad de reclamar ante los tribunales la validez de los actos administrativos.

- El otro pilar, esto es, el principio de legalidad implica que la Administración puede emitir sus actos válidamente en la medida que lo haga dentro del marco de la legalidad.

- Por último, con la exaltación histórica de las leyes, todas estaban dirigidas a proteger los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos.

Justo con el nacimiento de la democracia se origina la exaltación de la ley como fuente del Derecho, transformando a todas las sociedades del siglo XIX en hiper legalistas, pues la ley sustituyó la voluntad del Rey.

En ese contexto, se dan dos fenómenos:

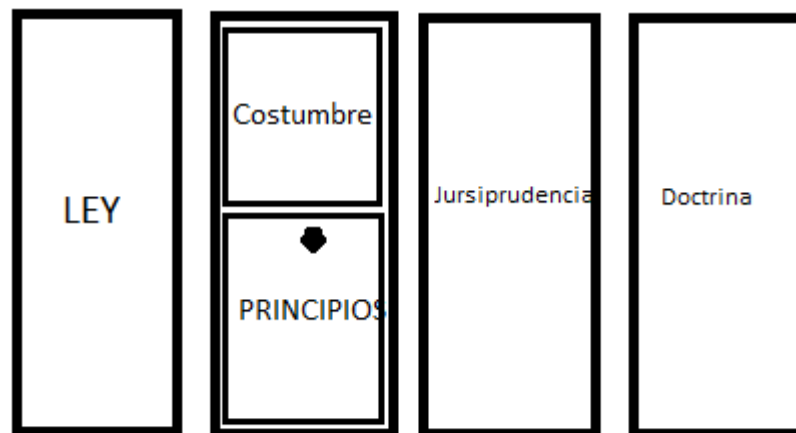
- El primero, es la idea de que la exaltación de la legalidad puede producir barbaries, es decir, que la legalidad exacerbada puede significar que se le dé el mismo valor que una ley democrática a una ley emitida, por ejemplo, por un gobierno nazi, pues formalmente es ley ya que la dictó el poder constituido.

- Lo segundo, es que por mucha exaltación que se haga de la ley, existen muchas situaciones que no van a poder ser resueltas por esta, pues existe lo que llamamos las “lagunas” de la ley.

Las fuentes del Derecho. En especial, los principios

La primera fuente es entonces la Ley, después de la Constitución. Luego, la jurisprudencia y la doctrina, que sabemos son fuentes secundarias. Esto es así, porque la jurisprudencia lo que hace es aplicar las leyes y la doctrina lo que hace es construir la dogmática.

Un esquema de las fuentes del Derecho es el siguiente:



La costumbre es una fuente subsidiaria. Esto ocurrió en un contexto de exaltación de la ley como fuente del Derecho. De acuerdo con el artículo 2º Código Civil, “*la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella*”; es decir, la costumbre solo va a ser fuente del derecho cuando la ley lo establezca así, no siendo formalmente fuente. Eso significa negarle autonomía y voz propia a la costumbre. Lo que tuvo que pasar para que cambiara el panorama, fue un fenómeno importante que deriva de la constatación de la praxis, que es que los jueces y órganos contralores se encuentran con lagunas. De acuerdo con el Código Civil, la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella, es decir, la costumbre va a ser fuente cuando la ley lo diga, no siendo formalmente

fuente. Eso significa negarle autonomía y voz propia a la costumbre. Lo que tuvo que pasar para que cambiara el panorama, fue un fenómeno importante que deriva de la constatación de la praxis, que es que los jueces y órganos contralores se encuentran con lagunas.

El contencioso administrativo

Normalmente se piensa que el quebranto objetivo es el de una ley y casi únicamente el de una ley, pero hay otro quebranto que se produce en los actos administrativos y es que al dictarse un acto determinado, no solo se quebranta la legalidad, sino que al mismo tiempo afecta a una garantía: el derecho de igualdad, propiedad, etc.

En un recurso de protección o recurso de nulidad se señala el derecho objetivo quebrantado, pero adicionalmente el que reclama ese acto debe demostrar un interés, algún derecho lesionado como requisito de admisibilidad.

No basta reclamar en el contencioso administrativo que una garantía específica ha sido quebrantada, sino que hay un escalafón anterior que es el derecho objetivo quebrantado.

El Derecho Administrativo objetivo es muy lagunoso

Si uno hace historia, en 1980 prácticamente no había leyes de Derecho Administrativo relativas a aspectos de la actividad administrativa. Estaban las leyes que creaban los órganos o las potestades, como parte de la legalidad, ya que no puede haber un órgano sin una ley que previamente lo haya creado. No existían otras normas generales en la materia. Sin ir más lejos, la ley 18.575 es del año 1986 y la LBPA es del año 2003.

Antes, era muy difícil invocar en un recurso contencioso administrativo una legalidad infringida. Lo que ocurrió en nuestro país, fue la incorporación en reemplazo de la costumbre de los principios generales del derecho. Los principios vinieron a dar una respuesta a aquellos casos en que hay lagunas.

¿Cuál es la legitimidad democrática para reemplazar la ley? Desde el punto de vista doctrinario, prácticamente nadie en nuestro país sustenta esta tesis. Se ha ido desarrollando por el juez o por el contralor solo en los últimos años. La situación clásica desde el Derecho Administrativo es que únicamente es posible anular un acto administrativo con una fuente del derecho que es la ley. Sin embargo, ocurre muchas veces que no hay ley.

En derecho comparado, esto fue enfrentado por el Consejo de Estado francés y por tribunales europeos, concluyendo que se debía poner al lado de la ley a los principios generales del derecho.

La pregunta es cómo se le puede dar el rango de fuente a algo que no está escrito, pues las sociedades cuando avanzaron hacia la democracia incorporaron las leyes escritas formalmente en una búsqueda de certeza jurídica. Paralelamente dar solución a la problemática de las lagunas legales, en todos los países se empezaron a incorporar, desde el siglo pasado, cláusulas que permitieron a los jueces llegar a esta nueva fuente, que es el caso de los principios generales del derecho, a través del *non liquet*, esto es, la inexcusabilidad.

Para lo anterior, era necesario tener legitimidad democrática para invocar una fuente distinta a la ley, tanto desde el punto de vista orgánico como funcional. Es por ello que se incorpora en la actual Constitución, en el art. 76 inciso 2° la inexcusabilidad y una puerta a los principios generales del derecho. Según esa disposición, el juez es el gran pacificador de la República y si hay un caso en que es quebrantada una garantía de un administrado, pero

no se descubre la ley, dice la Constitución que el juez está obligado a resolver, aunque no haya ley que resuelva el conflicto. En este punto está el origen de la legitimidad de los principios jurídicos, porque marca orgánica y funcionalmente la posibilidad de ser invocados y de poder fallar un caso o pronunciarse en un dictamen, ya no solo invocando una fuente legal sino una fuente distinta, lo que la teoría del derecho llama “principios”.

El Contralor General de la República también está obligado a dictaminar, en base al artículo 41 inciso 5° de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, que también es aplicable a él. Dicho artículo señala que “en ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso”.

De cierta manera, como se ve, la Constitución excusa al juez de no aplicar una ley, pero no lo excusa de resolver.

¿Cómo se captan los principios? Los principios que capta el juez deben consagrar un valor del mismo modo que lo hace la ley democrática, esto es, un sentir de la mayoría; compartido en la sociedad.

El principio de la confianza legítima

¿Qué ley la consagra? Ninguna. Ha sido incorporada a las decisiones jurisprudenciales para resolver casos en que una ley nada dice. Tanto los jueces como el Contralor han declarado contrario a derecho un acto administrativo que quebranta este principio.

Lo que hizo el contralor fue capturar un valor jurídico compartido. Existen valores compartidos consagrados que no están en ninguna ley y que fluyen de un reconocimiento jurisprudencial que es el órgano que puede realizar esta función de traer a la luz los principios generales del derecho.

Una vez que se ha constado la existencia de una laguna y, por lo tanto, no hay ninguna ley que interpretar, aparecen los principios que se ponderan.

El caso de la confianza legítima ha tenido bastante desarrollo jurisprudencial.

*Anexo: Caso Empresas eléctricas v/s Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) de 2004. Lo que recuerdo de ese verdadero leading case es lo siguiente: Se interpuso un recurso de protección a raíz de un acto administrativo de la SEC. La SEC envió una circular a todas las empresas y las conminó a entregar información en solo dos meses con un método distinto al que se había entregado con anterioridad. La SEC requería información de todo el año calendario, la que era difícil de recopilar en los dos meses que restaban. Lo que hacían las empresas era recopilarla trimestralmente a través de empresas consultoras. Las empresas eléctricas interpusieron un recurso de protección en contra del acto administrativo. Desde el punto de vista objetivo, la SEC tenía la potestad de exigir la información y las empresas tenían la obligación de entregarla, pero es injusto que se quebrante la *confianza legítima*, cambiando las reglas de manera intempestiva. Un juez híper legalista desecharía el recurso de protección, pero hay un aspecto práctico que no se puede dejar de lado, pues se quebrantaban garantías. La Corte, en esa ocasión, por vez primera incorporó en nuestro lenguaje la *confianza legítima*, como principio, con la potencia de una fuente de Derecho, en virtud del cual se anula un acto administrativo que lo quebrantaba. En términos simples, la Corte constató un valor. La continuación de la historia del principio de confianza legítima es conocida*

BOLETÍN
Mirada Administrativa N° 19
Agosto 2022

Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340,
Santiago, Chile.

EDICIÓN GENERAL
Programa de Derecho
Administrativo Económico UC
(PDAE)