



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

PDAE UC

Programa de Derecho Administrativo Económico
www.derechoadministrativoeconomico.cl



Mirada Administrativa N°2

Noviembre 2016



Profesores Cuadros, Bermúdez, Carmona y Vergara.

La voz de siete administrativistas:

El Derecho Administrativo en la Constitución

Ofrecemos una transcripción resumida de las intervenciones de siete administrativistas que se reunieron espontáneamente a debatir la cuestión, en la Casa Central de la Pontificia Universidad Católica de Chile, el 24 de junio de 2016, a partir de una invitación del *Programa de Derecho Administrativo Económico UC*, del documento de discusión que se transcribe más abajo. Así, bajo el llamado de una “*Constitución administrativa de la República*”, abordaron la conexión de la disciplina del Derecho Administrativo con la Constitución; pues pareciera que, si se pretende modificar esa norma, cabe tener en consideración esta perspectiva. Dichas intervenciones fueron precedidas de la exposición de una sencilla revisión del articulado de la Constitución para observar, de manera empírica, aquellas normas cuyo contenido es relativo al Derecho Administrativo.

Los siete administrativistas que participaron en aquella ocasión son:

- Jorge Bermúdez Soto (Contralor General de la República y académico de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)
- Carlos Carmona Santander (Presidente del Tribunal Constitucional y académico de la Universidad de Chile)
- Oscar Cuadros (Universidad Católica de Cuyo, Argentina)
- Juan Carlos Ferrada Bórquez (Universidad de Valparaíso)
- Ramiro Mendoza Zúñiga (Universidad Adolfo Ibáñez)
- Alejandro Vergara Blanco (Pontificia Universidad Católica de Chile)
- Raúl Letelier Wartenberg, (Universidad de Chile)



La Constitución administrativa de la República

Documento de discusión

Alejandro Vergara Blanco¹

A propósito del actual proceso de reforma constitucional, cabe preguntarse: ¿Cuál es la vinculación del Derecho Administrativo con las bases de la democracia? ¿Qué lugar ocupa el Derecho Administrativo en medio de tales bases? ¿Cuál es el rol de los administrativistas en una eventual reforma constitucional? ¿Qué lugar está ocupando hoy el Derecho Administrativo en una reforma al texto constitucional?

Por una parte, el Derecho Administrativo, como disciplina erudita que guía la enseñanza, la redacción de normas y la jurisprudencia, es relevante en nuestra democracia. Por otra parte, la Constitución es, tanto una norma como también una noción política, pues ella organiza y limita el poder de los órganos del estado; y consagra las garantías fundamentales de los ciudadanos. En otras palabras, la Constitución como noción política y como texto (norma) es una base de la democracia.

Cabe distinguir la norma (Constitución) de las disciplinas especializadas del Derecho. Pues el articulado de la Constitución se refiere, qué duda cabe, al Derecho Constitucional. ¿Pero sólo a esa rama del Derecho? El texto constitucional también se refiere a las demás ramas del Derecho; por ejemplo, al Derecho Administrativo; al Derecho Procesal; al Derecho Internacional Público; al Derecho Tributario; al Derecho Laboral; al Derecho Penal; al Derecho Civil; en fin, al Derecho Comercial

¹ Profesor Titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile.

No obstante, como se comprueba en el trabajo empírico que ofrezco en Anexo, el porcentaje de contenido de normas constitucionales de cada disciplina es notablemente diferente; pero que lo que es aún más significativo es que la mayor representatividad, en cantidad de normas (y de desarrollos y regulaciones constitucionales) es del Derecho Administrativo, y sólo en segundo lugar el Derecho Constitucional, si bien seguido muy de cerca. Al anterior le sigue el Derecho Procesal y el Derecho Penal. El resto de disciplinas tienen una presencia mucho menor en el texto constitucional. Es extremadamente relevante, entonces, el Derecho Administrativo en el plan regulatorio constitucional vigente.

¿Qué puede significar esto? Simplemente que, en las bases de la disciplina del Derecho Administrativo, quizás de un modo más genuino que en ninguna otra disciplina, están ancladas las bases de la democracia. Si se observa bien las bases del Derecho Administrativo es posible advertir una vinculación directa, día a día, cuerpo a cuerpo, entre cada ciudadano o administrado, con distintos órganos burocráticos, en un enfrentamiento que no tiene parangón en Derecho Público, salvo en el caso del Derecho Procesal, por el enfrentamiento del juez con las partes. El terreno del Derecho Constitucional, aun siendo relevante, es mediano para el ciudadano, pues se antepone la Ley, que en buena medida es un elemento abstracto. Si hay quien puede incidir de un modo directo e inmediato en la vida de un ciudadano es la acción u omisión de un agente de la Administración; para el ciudadano pareciera más palpable la discrecionalidad o arbitrariedad de un jefe de servicio que la proyectada limitación que a su libertad imponga una ley; siendo ambas igualmente relevantes.

¿Cómo comprender esto sino observando las bases de la disciplina del Derecho Administrativo? La construcción del Derecho Administrativo en clave científica, como cualquier disciplina jurídica, sólo es posible realizarla adecuadamente, a través de la idea de «sistema», una de cuyas funciones es permitir observar sus bases, su núcleo, su matriz (su «núcleo dogmático»); y a partir de dicha matriz identificarla como tal. Saber lo que se es, y lo que la distingue de otras disciplinas, es esencial no sólo para reafirmar su autonomía, sino para poder revisar (como en este caso) las normas relativas a la disciplina.

En otras palabras, sólo sabiendo lo que es básicamente el Derecho Administrativo podremos identificar las normas de esta disciplina en la Constitución (que es lo que queremos ahora comprobar).

El Derecho Administrativo es difícil de delimitar como disciplina autónoma para el práctico, pues no hay un cuerpo legal (o código) sistemático de toda la materia, sino que existen normas dispersas; además, existen muchos vacíos («lagunas»).

¿Dónde está el Derecho Administrativo en la *praxis*? ¿Existe dentro de las problemáticas sociales alguna que responda a la Administración, a su interrelación con las personas y a la regulación de su acción? Y esto es así (de donde podemos considerar configurada la disciplina del Derecho Administrativo y sus bases) pues existen tres temáticas o hechos que en su conjunto explican la relación jurídica que cada día se da entre los diversos

órganos de la Administración y los ciudadanos/administrados; todo ello derivado de la acción administrativa necesaria e ineludible en un Estado de Derecho.

Así, el Derecho Administrativo surge, se configura y se reconoce cada día a partir de (véase Figura N°1):

i) la existencia de la «Administración», como hecho jurídico orgánico y funcional. Esto es, la existencia de una gran variedad de órganos administrativos, a cuyo conjunto le llamamos por facilidad de lenguaje «Administración»;

ii) los «administrados» o ciudadanos, que son quienes se vinculan con tales órganos administrativos, como parte de esa relación jurídica; y,

iii) la acción administrativa, esto es, la actuación concreta de cada órgano, tomando decisiones u omitiéndolas; lo que da origen de una relación jurídica con el administrado.

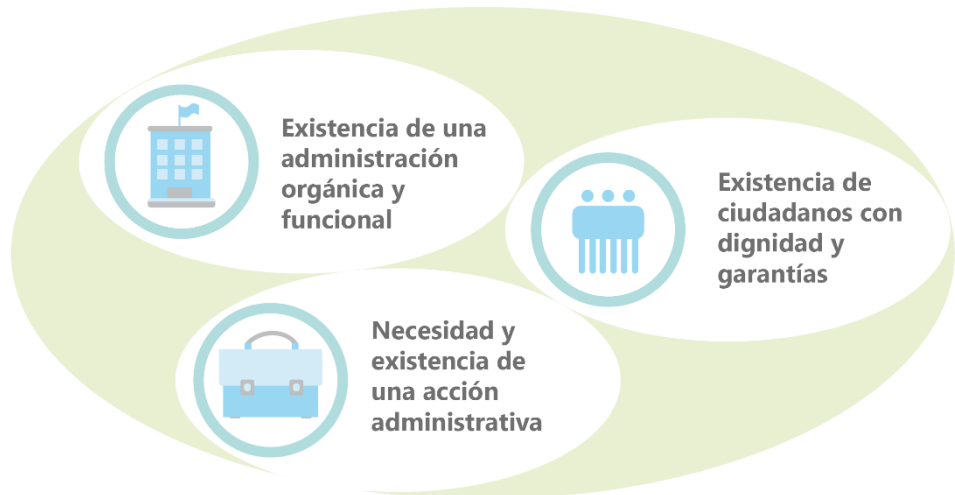


Figura N°1: Núcleo dogmático del Derecho Administrativo

Cabe, entonces, ahora observar más de cerca la evidente relevancia del Derecho Administrativo en los textos constitucionales.

La existencia de un Derecho Administrativo tiene, en nuestra democracia y cultura política, la misma antigüedad que el Derecho Constitucional: ambos nacen fruto de los mismos acontecimientos libertarios e independentistas de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX; de donde surgen textos constitucionales, conteniendo normativas propias de estas disciplinas. A partir de esas regulaciones han nacido estas dos disciplinas eruditas, a cuyos cultores, hasta hoy, se les denomina, respectivamente, administrativistas y

constitucionalistas. Ambos tipos de intelectuales están íntimamente relacionados con la democracia y el poder.

Si bien ambas disciplinas se relacionan de manera muy estrecha, es indiscutible que gozan de una autonomía propia; autonomía que en el caso del Derecho Administrativo fue adquiriendo notoriedad a partir de las resoluciones del Consejo de Estado francés, el que fue dotando a esta especialidad de un contenido y principios propios, y así hasta las evoluciones experimentadas en nuestros días.

El Derecho democrático presupone la existencia de un Estado, como un *compositum* sociológico, detentador del poder soberano, sujeto a tres limitantes que, a su vez, son las raíces del Derecho Administrativo, configurando aquello que en la actualidad entendemos como Estado de Derecho, a saber:

- i) la separación de poderes o funciones del Estado (con frenos y contrapesos bien marcados entre ellos);
- ii) la existencia de un catálogo normativo que reconoce los derechos y garantías fundamentales que emanan de la naturaleza humana y
- iii) el principio de “legalidad” (devenido luego de “juridicidad”), en virtud del cual la organización y el ejercicio de la potestad estatal debe sujetarse a la ley en cuanto manifestación de la voluntad soberana.

La Constitución, norma suprema de todo Estado democrático, contiene todos los elementos anteriormente descritos, mandando al legislador a plasmar dichas bases esenciales en regulaciones positivas y ejecutables.

La Carta Fundamental, por otra parte, constituye el núcleo vertebrador del sistema de fuentes del Derecho: ninguna norma puede contradecirla, fijando los parámetros, tanto formales como materiales que deberán respetar las disposiciones de inferior jerarquía; por cierto, que los principios jurídicos propios de cada disciplina también deberán formularse con arreglo a esas reglas mínimas.

A partir del asentamiento de las tres bases esenciales señaladas, el Derecho Administrativo es la rama del Derecho a la que corresponde la ardua e importante tarea de dinamizar, articular y concretizar dichos principios, regulando las vinculaciones intersubjetivas entre Administración y ciudadano. La presencia de esta rama del Derecho en cualquier texto constitucional puede advertirse a partir de una tripartición de elementos:

- i) la organización de la estructura administrativa, sujeta siempre a control jurídico por parte de los tribunales;
- ii) la existencia de los administrados, como titulares de derechos públicos subjetivos; y

iii) la actuación de la Administración (acción administrativa), sujeta siempre al principio de legalidad.

Así, el establecimiento de una Constitución deviene necesario para asentar las bases propias de un Estado de Derecho, democrático y garantista. No obstante, la función dinamizadora y de concreción recae sobre los órganos de la Administración, preocupación central del Derecho Administrativo; de ahí la importancia que un buen texto constitucional, además de contener los preceptos básicos de su carácter, deba prever o configurar adecuadamente la materia propia del Derecho Administrativo, para el adecuado despliegue posterior de las garantías que brinda el Estado de Derecho, el correcto funcionamiento de los órganos administrativos y la legitimidad de la actuación administrativa.

ANEXO:

La presencia numérica del Derecho Administrativo en el texto de la Constitución

En una aproximación empírica, tomando en consideración la técnica del núcleo dogmático de cada disciplina (como método de análisis de cada norma), a continuación muestro tres gráficos que toman como referencia distintos parámetros para computar la presencia de cada rama especializada en la Constitución vigente².

I. Los números de la Constitución: disciplinas jurídicas y normas

Para identificar las distintas disciplinas se utilizó entonces la técnica del núcleo dogmático (cuya respuesta es la de mostrar una relación jurídica singular: de Derecho Administrativo, de Derecho Constitucional, de Derecho Penal, etc.) y luego, se aplicó dicha técnica para identificar en cada artículo, inciso o letra de la Constitución su núcleo regulatorio, esto es, identificar la disciplina a que se refiere cada regulación. Esto es, de cada norma, o de un inciso en algunos casos, se puede decir: este artículo es de naturaleza constitucional, o administrativo, o lo que corresponda. Por ejemplo, si se regula la formación de las leyes, se trata de un tema propio del Derecho Constitucional; o, si se regula la creación de un órgano administrativo, como las municipalidades, se trata de un asunto propio del Derecho Administrativo; o si se regula el debido proceso, se trata de un tema propio del Derecho Procesal; y así en cada caso.



Figura N°2: Las disciplinas del Derecho en el texto constitucional

Ia. fase: Identificar a cada disciplina en las normas constitucionales

² El trabajo de revisión e investigación de datos, cómputo y gráficos que se expone en este anexo fue realizado al interior del Programa de Derecho Administrativo Económico (PDAE) UC por sus investigadores Daniel Bartlett Burguera y Esteban Cañas Ortega, a quienes agradezco este aporte.

Según su núcleo dogmático, los siguientes artículos de la Constitución pertenecen a cada una de las disciplinas que se mencionan a continuación³:

Disciplina	Artículos, números e incisos
Derecho Administrativo	Arts. 1 (incs.3, 4 y 5); 3; 4; 6; 7; 8; 12; 19 (Nºs. 2; 3 [incs.1, 2 y 3]; 8; 9; 10; 11; 12 [incs.4 y 5]; 13; 14; 16 [inc.5]; 17; 18 [incs.3 y 4]; 21 [inc.2]; 22; 23 y 24); 24; 32 (Nºs. 6, 7; 8, 9, 10, 11, 16, 17 y 20); 33; 34; 35; 36; 37 bis; 38; 52 (Nº2); 53 (Nºs. 2, 3 y 5); 63 (Nºs. 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 18, 19); 64; 65 (incs.2 y 3; [y Nºs. 2; 3 y 4]); 93 (Nºs. 4, 8, 9, 12; 13 y 16); [e incs.7; 12; 15 y 17]; 94 (inc.2); 98; 99; 100; 101; 102; 103; 104; 105; 106; 107; 108; 109; 110; 111; 112; 113; 114; 115; 116; 117; 118; 119; 120; 121; 122; 123; 124; 125; 126; 126 bis. Disposiciones transitorias: Segunda; Tercera; Quinta; Décima; Decimoséptima; Vigésima primera; Vigésimosegunda y Vigésimosesta.
Derecho Constitucional	Arts. 1 (incs.1 y 2); 2; 5; 10; 11; 13; 14; 15; 16; 17; 18; 19 (Nºs. 1; 4; 5; 6; 7; 12; 13 y 26); 22; 23; 25; 26; 27; 28; 29; 30; 31;32 (Nºs. 1; 2; 3; 4; 5; 12 y 19); 37; 39; 40; 41; 42; 43; 44; 45; 46; 47; 48; 49; 50; 52 (Nº1); 53 (Nºs. 4; 7 y 10); 54 (Nº2); 55; 56; 56 bis; 57; 58; 59; 60; 61; 62; 63 (Nºs. 1; 2; 3; 5; 6; 17 y 20); 65; 66; 68; 69; 70; 71; 72; 73; 74; 75; 93 (Nºs. 1; 3; 5; 6; 7; 10; 11; 13; 14 y 15); 94 bis; 106; 107; 127; 128; 129. Disposiciones transitorias: Cuarta; Decimotercera; Decimosesta; Decimoctava; Vigésimotercera; Vigésimoquinta y Vigésimoséptima.
Derecho Procesal	Arts. 19 (Nº3 [incs.4, 5, 6 y 7]); 20; 21; 32 (Nº13); 45; 53 (Nºs. 1; 8 y 9); 76; 77; 78; 79; 80; 81; 82; 84; 85; 86; 87; 88; 89; 90; 91; 92; 93 (Nºs. 2; 6 y 7); 94 (incs.1 y 3); 95; 96; 97. Disposiciones transitorias: Novena; Decimoprimer; Decimocuarta y Vigésima.
Derecho Internacional Público	Arts. 5 (inc. final); 32 (Nº15); 54 (Nº1). Disposiciones transitorias: Decimoquinta y Vigésimocuarta.
Derecho Tributario	Art.19 (Nº20). Disposiciones transitorias: Sexta
Derecho Penal	Arts. 9; 19 (Nºs. 1 [inc.3]; 3 [inc. final]); 7 d); 32 (Nº14); 63 (Nº16); 83. Disposiciones transitorias: Primera; Séptima; Octava y Decimonovena.
Derecho Civil/Comercial	Art.19 (Nºs. 15; 21 [inc.1] y 25).
Derecho Laboral y de Seguridad Social	Arts. 19 (Nºs. 16 [incs.1 al 4]; y 18 [incs.1 y 2]); 65 (Nºs. 5 y 6)
Derecho Minero	Art. 19 (Nº24 [incs.6 a 10]).
Derecho de Aguas	Art. 19 (Nº24 [inc. final]).
Derecho Ambiental	Art. 19 (Nº8).

Figura Nº3: Tabla analítica de la presencia de las disciplinas del Derecho en el texto constitucional

2a. fase: Identificar la presencia numérica o porcentual de cada disciplina

³ La cantidad de incisos, caracteres y palabras fue calculada también con los datos obtenidos de la tabla que se presenta. En el caso del Derecho Minero, de Aguas y Ambiental, se incorporaron en el recuento del Derecho Administrativo.

De este trabajo se llegó al siguiente resultado:

i) *Total de “artículos” de la Constitución.* Se consideraron artículos, numerandos e incisos de larga extensión; y disposiciones transitorias, según muestra la Figura N°4:

Articulado de la CPR	Número de artículos
Arts. 1 – 129 (de los arts. 19, 32 y 63 sólo se cuentan los encabezados)	129
Artículos subdivididos en números o incisos: 19, 32 y 63.	Art. 19: 26
	Art. 32: 20
	Art. 63: 20
Disposiciones transitorias	27
TOTAL “ARTÍCULOS”: 222	

Figura N°4: Clasificación del articulado de la CPR

ii) Presencia de ramas del Derecho en la CPR por número total de artículos. Una vez obtenido al resultado total anterior, se aplicó un método de comparación porcentual o numérico de las distintas normas y disciplinas en el texto de la Constitución. Los resultados son los siguientes (ver Figura N°5):

**Presencia de las ramas del Derecho en la CPR
(por número de artículos) Total: 222**

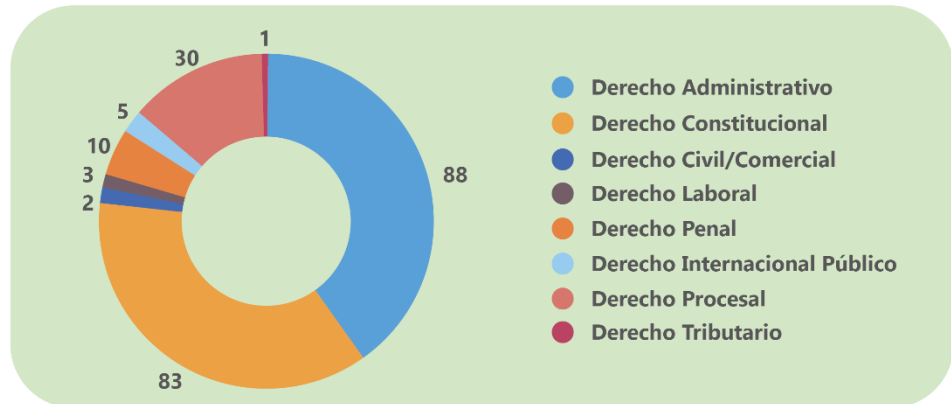


Figura N°5: Presencia de las ramas del Derecho en la CPR por número de artículos

En la Figura N°5, se tomó en consideración el número de artículos íntegros de la CPR (o números o incisos largos; o disposiciones transitorias), que contuvieran preceptos de las diferentes ramas del Derecho.

iii) Presencia de las ramas del Derecho en la CPR por número de incisos.

Con la Figura N°6, se busca la mayor precisión posible para indagar la representatividad de las distintas especialidades jurídicas, haciendo uso del mismo sistema de contabilización: se analizó inciso por inciso del texto constitucional para determinar qué ramas del Derecho gozaban de mayor presencia en éste.

**Presencia de las ramas del Derecho en la CPR
(por número de incisos) Total: 613**

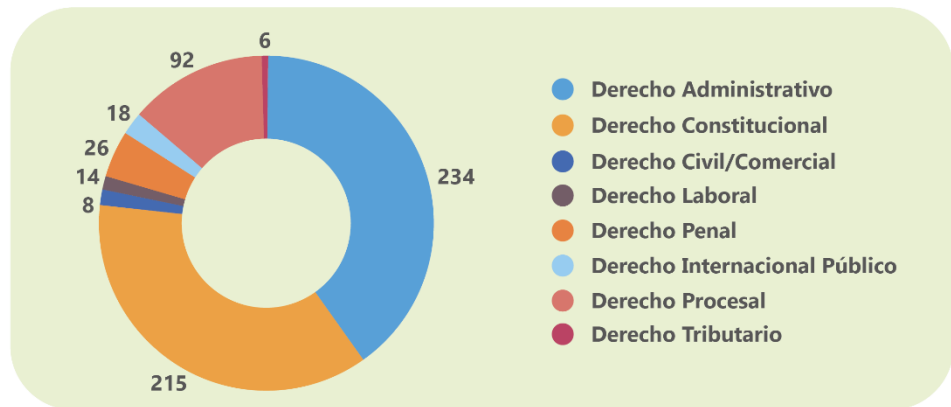


Figura N°6: Presencia de las ramas del Derecho en la CPR por número de incisos

iv) Presencia de las ramas del Derecho en la CPR por número de caracteres de cada norma identificada en cada disciplina. Con la Figura N°7 se busca representar cuál es el porcentaje de texto que ocupa cada rama del Derecho en el texto constitucional según el número de caracteres de cada artículo.

Presencia de las ramas del Derecho en la CPR (por número de caracteres)

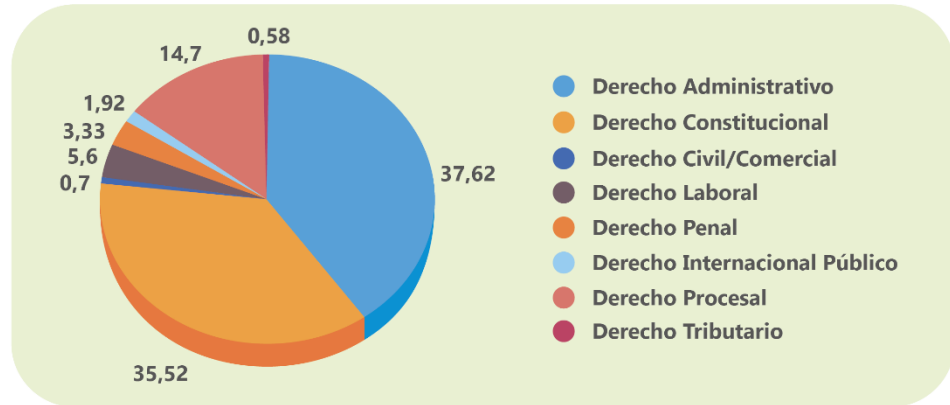


Figura N°7: Presencia de las ramas del Derecho en la CPR por número de caracteres

2. Presencia de los asuntos de Derecho Administrativo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2010-2015)

Para intentar un nuevo contraste, se siguió observando el fenómeno de la presencia disciplinaria, ahora en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC); bajo el supuesto de que es en esa sede dónde se analiza de un modo más íntegro el texto constitucional. En la Figura N°8⁴ se muestra cuál ha sido la presencia de los asuntos sobre Derecho Administrativo en los casos enjuiciados por el TC de los últimos seis años (con exclusión del año 2016).

⁴ Resultado obtenido a partir de las herramientas de filtraje de la base de datos jurídica on-line Legal Publishing Thomson Reuters/La Ley.

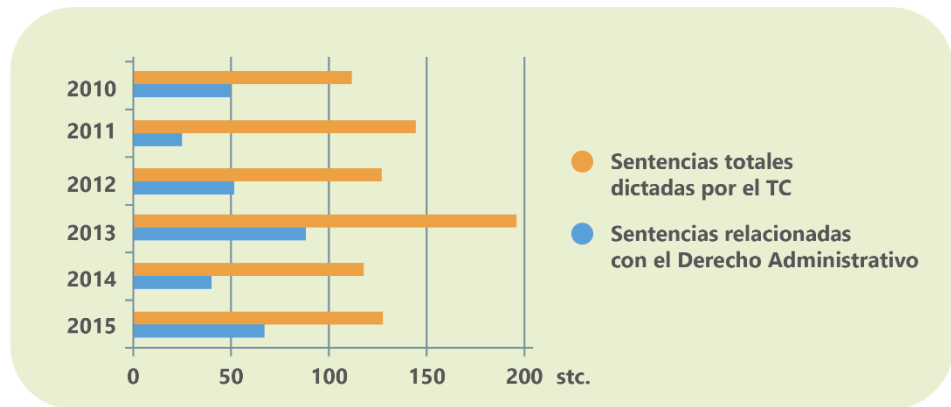


Figura N°8: Sentencias totales dictadas por el TC (2010-2015) y comparativa con asuntos relacionados con el Derecho Administrativo

En la resolución de casos relativos a Derecho Administrativo por parte del Tribunal Constitucional de los últimos seis años, se aprecia una constante y representativa presencia de esta especialidad del Derecho en el conjunto de asuntos enjuiciados por parte del TC.

Por año arroja los siguientes porcentajes en cuanto a la especialidad del Derecho Administrativo (DA), según muestra la Figura N°9:

Año	Porcentaje relativo a DA	Comentarios
2010	45,04%	
2011	16,32%	El porcentaje más bajo de todos los años comparados
2012	39,84%	
2013	36,36%	
2014	34,48%	
2015	48,38%	El año con mayor representatividad de asuntos sobre DA

Figura N°9: Porcentaje de sentencias del TC relativas al Derecho Administrativo (2010-2015)

No obstante, lo anterior, cabe considerar que el número de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional ha sido disímil durante el marco de años comparado: el año 2013 se dictaron 198 sentencias, frente a las 111 sentencias dictadas en 2010.

3. Evaluación de los resultados

De las anteriores Figuras (Nº5-9), se pueden ofrecer las siguientes consideraciones sobre la presencia del Derecho Administrativo en la Constitución y en la jurisprudencia del TC:

i) la rama del Derecho que más relevancia presencial pareciera tener tanto en el texto de la Constitución como en la jurisprudencia del TC, es el Derecho Administrativo; si bien seguida de cerca por el Derecho Constitucional. Estas dos disciplinas marcan un primer nivel de regulación de la norma constitucional, a una distancia considerable respecto de las demás ramas del Derecho.

ii) en el segundo nivel encontramos al Derecho Procesal, como tercera rama con mayor presencia, también en todos los casos.

iii) el tercer nivel lo comparten el Derecho Penal y el Internacional Público, con un nivel de presencia similar en el caso del último gráfico.

iv) la menor presencia en la Constitución viene representada por las siguientes ramas (siguiendo en orden decreciente): Derecho Laboral, Derecho Civil/Comercial y Derecho Tributario.



Alejandro Vergara Blanco
Profesor Titular de
Derecho Administrativo
Pontificia Universidad
Católica de Chile

La Constitución Administrativa de la República

El profesor Vergara señaló la importancia del Derecho Administrativo en los sistemas democráticos, por lo que cabe tener en cuenta su presencia en toda discusión que gire en torno a las reformas constitucionales. Incidió en la idea que el Derecho democrático comprende la existencia de un Estado, como *compositum* sociológico, dentro del cual se enmarca la división de los tres poderes: legislativo (normativo), ejecutivo (gobierno y administración) y judicial (jurisdiccional), siendo el soberano, el Pueblo. A partir de lo anterior, se originan las tres bases esenciales del Derecho democrático, las raíces del Derecho Administrativo que configuran el Estado de Derecho: la separación de poderes (que se traduce en el control judicial de la Administración), las garantías fundamentales (de las que derivan los derechos públicos subjetivos) y el principio de legalidad (del que se extrae el principio de juridicidad).

El Derecho Administrativo, como disciplina, regula vinculaciones intersubjetivas. Su presencia en cualquier texto constitucional puede advertirse a partir de una tripartición de elementos: (i) la organización administrativa, sujeta a control por los tribunales; (ii) Los administrados, titulares de derechos públicos subjetivos, y por último (iii) la acción administrativa, sometida siempre a los principios de legalidad/juridicidad.

Por otra parte, es importante observar las realidades o dimensiones del Derecho, que comprende cuatro aspectos: (i) Ley; (ii) La costumbre o usos (*factum*); (iii) Jurisprudencia, y (iv) Doctrina, y entender que no cabe confundir el carácter normativo del Derecho con su carácter doctrinario o erudito: la ley no es autoejecutable y requiere ser interpretada, la que tiene lugar por vía doctrinal o jurisprudencial. Los usos y costumbres también juegan un importante rol en el relleno de la ley cuando ésta no da una respuesta adecuada, y lo hace a través de principios que rellenan estas lagunas. Es por ello que con la sola norma (Constitución o ley) no es posible dar respuesta a todos los problemas que requiere solucionar la sociedad.

En la actual Constitución están representadas todas las ramas del Derecho, con mayor o menor grado de aparición en el texto constitucional: Derecho Administrativo, Constitucional, Procesal, Penal, Tributario, Laboral, Internacional Público y Civil/Comercial. Señaló que no cabe confundir la norma en sí (la Constitución) con las ramas del Derecho.

Pudiera realizarse una primera aproximación empírica del texto de la Constitución, a partir (i) del análisis porcentual de varios parámetros relacionados con el contenido material de las ramas del Derecho (presencia numérica), (ii) análisis de los artículos del texto constitucional, (iii) de los incisos que componen éste, y, por último, (iv) del número de sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en materia de Derecho Administrativo en los últimos cinco años. Por lo que respecta a los tres primeros, vienen a demostrar la mayoritaria presencia del Derecho Administrativo (DA), muy seguida de la del Derecho Constitucional (DC), y la menor presencia de otras ramas del Derecho. Por presencia numérica, el DA ocupa el 37,62 por ciento, y el DC el 35,52); por artículos, se consideraron 129 artículos, 27 disposiciones transitorias más un total adicional de 66 artículos provenientes de los numerandos de los artículos 19, 32 y 63. Arrojando un total de 222 artículos, el DA ocuparía 88 de ellos, mientras que el DC 83. Con mayor precisión obtenemos que de los 613 incisos del texto constitucional, 234 corresponden al DA, siendo de 215 los de DC. Por último, de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional entre los años 2010 a 2015, se observa notable presencia de temas relacionados con el Derecho Administrativo: por señalar los dos últimos años, en 2015 se dictaron 60 sentencias de un total de 124, y en 2014, 40 de 116.

Para acabar su ponencia, el profesor Vergara señaló cuatro preguntas que resultan ilustrativas para la discusión del papel que debe jugar el Derecho Administrativo ante reformas constitucionales: 1º ¿Cuál es la vinculación del Derecho Administrativo con las bases de la democracia?; 2º ¿Qué lugar ocupa el Derecho Administrativo en la normativa y en la jurisprudencia constitucional?; 3º ¿Cuál es el rol de los administrativistas en una eventual reforma constitucional?; 4º ¿Qué lugar está ocupando hoy la voz del Derecho Administrativo en una reforma al texto constitucional?



Jorge Bermúdez Soto
Contralor General de la República y Profesor de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Contraloría General de la República y Constitución

“La Constitución pasa y el Derecho Administrativo permanece”, palabras con las que abrió el Contralor General de la República su exposición, haciendo notar que el texto constitucional actual chileno ha experimentado múltiples cambios, mientras que el Derecho Administrativo chileno no lo ha hecho al mismo tiempo, siendo su vertiente “especial” la que más ha cambiado. En la relación entre el Derecho Administrativo y el Constitucional, el Contralor acuñó la frase de un antiguo constitucionalista: “El Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretizado”, cuya realidad encontramos en los datos proporcionados por el profesor Vergara.

Una de las instituciones que, previstas en el texto constitucional, más dice relación con el Derecho Administrativo es la Contraloría General de la República (CGR). Dicho órgano no nació abruptamente, sino que tuvo como origen varios órganos fiscalizadores tales como el Tribunal Mayor de Cuentas o el Tribunal de Cuentas. En 1925, a raíz de la misión *Kemmerer*, se propuso la creación de varios organismos de control, entre ellos, la CGR, que nace por medio del Decreto con Fuerza de Ley N°400 bis de 1927. La motivación en su creación respondió al estado de desorganización en la recaudación e inversión de fondos públicos, por falta de cumplimiento de las leyes y disposiciones administrativas, siendo necesario refundir en una oficina especial los servicios de control para que puedan responder al Presidente de la República de la eficiencia de los servicios encargados. Dicha situación, pese al transcurso de los años, marcó el Contralor, se sigue produciendo allá donde exista poder.

En el contexto de esta reforma constitucional, el momento en el que nos hallamos se caracteriza por (i) una desconfianza en las instituciones; (ii) erupción de varios casos de corrupción y (iii) afortunadamente, gracias a los procesos de transparencia, existe una sociedad cada vez más demandante del cumplimiento efectivo de las normas. La autonomía constitucional y las potestades que ostenta la CGR resultan esenciales para seguir fomentando la legalidad y el leal cumplimiento de la actividad administrativa, si bien siempre es necesario seguir fortaleciendo el control, sin que ello implique entabrar la actuación de las instituciones públicas.

La corrupción también tiene su vertiente privada, la que debe igualmente considerarse a estos efectos: aprovechamiento de situaciones concretas para sacar un beneficio personal de ellas. “Cabe tener buen ojo en el uso de los recursos públicos”, principal desempeño de la CGR, lo que se traduce en que el control no puede ser invisible frente a todo uso de recursos públicos.

La CGR es un órgano de control sin parangón en el Derecho comparado: perteneciente a las EFS, entidades de fiscalización superior, INTOSAI (*superior audit institution*), resalta por el hecho que los organismos de la misma naturaleza en otros países únicamente realizan un control auditor y eventualmente contable. La CGR va más allá, por extenderse no sólo a aquellas, sino también a la legalidad en el uso de recursos públicos, comprendiendo funciones de auditoría, jurídica, contable y, entre otras, examen y juzgamiento de las cuentas. Los dos motores que mueven la institución son las funciones de auditoría y la jurídica. La CGR está avanzando hacia un control que revise la eficacia, la eficiencia y la economicidad de las situaciones sometidas a control.

A través del control jurídico (toma de razón y emisión de dictámenes) se trata de poner soluciones frente a actividades administrativas cuya legalidad cabe ser revisada; no obstante, ello, muchas veces se encuentran con trabas formales que acaban no dando satisfacción a esa necesidad del sometimiento a un control jurídico (desfase del ordenamiento jurídico frente a la realidad existente), aspecto que desde la CGR están estudiando mejorar.

Respecto de los dictámenes cabe considerar tres aspectos: siendo que el ordenamiento jurídico se atrasa, cabe realizar una interpretación progresiva (acorde a los tiempos sociales); plausible (que le permita a la Administración realizar lo que persigue, siempre en el marco del buen uso de los recursos públicos), y, por último, cabe trabajar sobre el lenguaje utilizado por la CGR con los dictámenes, para expresarle con claridad a la Administración lo que aquélla pretende transmitirle.

A título de ciudadano, Jorge Bermúdez consideró cuatro propuestas para la nueva constitución: (i) mantenimiento de la autonomía constitucional de la CGR; (ii) Potenciación de las funciones de auditoría y jurídica de la CGR; (iii) Posibilidad de establecer una fase previa de agotamiento de la vía administrativa ante la CGR y, por último (iv) Derecho constitucional a la “buena Administración”.



Reformas Constitucionales a la Constitución de 1833, de 1925 y de 1980 en materia de Derecho Administrativo



Carlos Carmona Santander
Presidente del Tribunal
Constitucional y Profesor
de Derecho Administrativo
Universidad de Chile

“El Derecho Administrativo no es sólo un producto del constituyente originario, del legislador, doctrina, jurisprudencia y Contraloría, sino que también es producto del constituyente derivado”, señaló en el inicio el Ministro Carmona en referencia a su exposición, centrada en las reformas de Derecho Administrativo habidas en los tres textos constitucionales. Recalcó el hecho que, tanto en los textos constitucionales antiguos, como en el presente, muchas han sido las reformas constitucionales, y que este fenómeno no es único de Chile, sino que de la misma forma ha acontecido en otras constituciones extranjeras. Dichas reformas han sido impulsadas por todos los gobiernos, y considerando que no todas las reformas siguieron el procedimiento previamente establecido, el cual fue modificado varias veces durante la vigencia de los diferentes textos constitucionales chilenos.

Las reformas al texto constitucional de 1833 fueron doce, si bien son abarcables en cinco aspectos: el periodo presidencial se estableció en 5 años; se incorporaron los derechos de reunión, asociación, petición y libertad de enseñanza; se establecieron mecanismos pioneros en materia de lo que hoy podría llamarse la probidad administrativa; medidas específicas de control público y por último, se suprimieron ciertos artículos sobre las facultades de la Cámara de Diputados, del Senado y sobre las materias de ley.

La Constitución de 1925, recibió 10 reformas, agrupables en ocho: en materia de la Presidencia de la República, se ampliaron las facultades de ésta, se crearon nuevas fuentes del Derecho, tal como el decreto de emergencia; se reforzó el rol de la Contraloría y se estableció varios procedimientos contenciosos administrativos; se reguló la institución de la expropiación forzosa de manera más detallada, así como también se profundizó en la regulación de los bienes públicos. En materia de ciudadanía, mejoraron un conjunto de derechos, y en cuanto al rol del Estado, se tiende a promover su mayor participación en la prestación de servicios y a la consecución de fines públicos. Por último, se estableció el rol único y exclusivo de las Fuerzas Armadas y el Cuerpo de Carabineros como fuerza pública.

Las mayores modificaciones constitucionales corresponden a la Constitución de 1980: 38. Dichas modificaciones han abarcado los siguientes aspectos: Organización administrativa:

descentralización regional (1991) así como definición de algunos órganos relevantes a nivel municipal, a la vez que en 1997 se amplían sus facultades; definición del modelo organizacional de la administración: descentralizada o desconcentrada (2005), en 2009, el Consejo Regional pasa a ser electo por sufragio universal, así como restricciones de movilidad en 2012 en los territorios de Isla de Pascua y Archipiélago de Juan Fernández. En materia de probidad, en 2005, se introdujo el principio de probidad administrativa y publicidad de los actos y resoluciones, de los fundamentos y procedimientos utilizados por los órganos del Estado, complementado en 2010 y 2015 con la introducción de más medidas sobre incompatibilidad de cargos, declaraciones de intereses y patrimonio, así como restricciones a alcaldes, consejeros regionales y concejales por infracción de las normas sobre transparencia. A nivel de obligaciones al Estado, se promovieron varios aspectos en materia educativa y sobre control del gasto electoral. Entre las modificaciones sobre control destacó especialmente la supresión de la referencia constitucional a los tribunales contencioso administrativos, la ampliación de facultades jurisdiccionales del TC, extensión de instrumentos de control de la Cámara de Diputados y la modificación del estatuto del Contralor General de la República. Destacaron también un conjunto de reformas de distinto nivel, que afectaba a la reducción del periodo presidencial, modificaciones en materia de textos refundidos, coordinados y sistematizados, o la permisión del plebiscito comunal.

Concluyó el Ministro Carmona que, muchos cambios operados en los diversos textos constitucionales permanecen a día de hoy, y que el Derecho Administrativo es fruto también del proceso de cambios, por lo que es legítimo que los profesores de esta rama del Derecho miren el proceso de cambio constitucional que está en curso con interés, dado que impactará en la disciplina.



Oscar Cuadros

Decano de la Facultad de
Derecho y Profesor de
Derecho Administrativo de
la Universidad Católica de
Cuyo (Argentina)

Constitución y Derecho Administrativo

El profesor Cuadros postula una mirada unívoca entre el Derecho Público y el Derecho Privado, como un fenómeno unitario. Aquellos estados que no garantizan la debida separación de poderes ni velan por los derechos de sus ciudadanos, no puede afirmar que tengan una Constitución. Las constituciones persiguen la protección de los derechos humanos, además de la clara división de poderes. ¿Qué lugar ocupa contemporáneamente la Administración? ¿Qué requiere hoy la sumisión de la Administración Pública al principio de legalidad? Pareciera que la interpretación constitucional y los estándares principialistas han dejado paso a la deferencia judicial en la que el juez se limitaba a la mera aplicación del Derecho (la igualdad formal ante la Ley). Lo que se requiere de la Administración son estándares de igualdad material.

Desde el siglo XIX, se veía a la Administración como un ente dotado de poco más que un poder de policía, pero en la época contemporánea, pareciera que lo relevante es elevar el estándar de igualdad, pasando de uno formal a uno material, siendo un ente prestacional en cuanto a su actividad. Presenta dos vertientes que son singulares y que requieren de los juristas: (i) La Administración construye hoy su propio ámbito de legislación, a través de la legislación reglamentaria; (ii) La Administración desempeña prestaciones de tipo cuasi jurisdiccional, en ámbitos en los que ésta realiza una función adjudicadora de derechos, hecho que impulsa el cambio del estándar de control a este ente por medio de los órganos judiciales.

La Administración debe proveer las necesidades básicas de sus ciudadanos, lo que implica cuatro tareas centrales: (i) Mantenimiento de condiciones de seguridad tanto interior como exterior, tanto por motivos de seguridad pública como respecto al cuidado del ambiente; (ii) garantizar las bases para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos al acceso de educación y salud ; (iii) diseñar y crear infraestructuras públicas, por medio de la contratación administrativa y por último (iv) la Administración debe ocuparse de la implementación de las políticas económicas, fiscales y monetarias que lleva adelante el Estado.

La complejidad de las tareas que llevan a cabo los servidores públicos, plantean problemas en cuanto a la discrecionalidad en la implementación de políticas, lo que implica vinculaciones con la Constitución y el poder administrativo. Las ponderaciones resultan cada vez más necesarias. En el avance cuasi-jurisdiccional de la Administración, es visible la dependencia de los ciudadanos con respecto al alcance de servicios básicos y otros más complejos, y pareciera que el rol de las agencias administrativas, propio del sistema norteamericano, es cada vez mayor.

La expansión normativa del Derecho ha llevado a la instrumentalización de estándares muy generales. Vincular la Constitución al poder administrativo es controlar dicho poder; un control razonable y eficaz a la Administración es una realidad que afecta a muchos estados con notable nivel de avance tales como Estados Unidos, Alemania o Inglaterra.



Ramiro Mendoza Zúñiga

Decano de la Facultad de
Derecho y Profesor de
Derecho Administrativo de
la Universidad Adolfo
Ibáñez

El Control en la Constitución Política de la República

“El control administrativo dice relación con el control de la Administración” y “no hay Estado de Derecho sin control del juez”. Con estas premisas partió la exposición el profesor Ramiro Mendoza. Cabe observar lo que predicaba el artículo 87 de la CPR de 1925, sobre la existencia de tribunales administrativos formados por miembros permanentes; y parecía no haber problema en sujetar los actos de la Administración a control (anulación de decisiones del Estado, elecciones, etc.). No obstante, el Consejo del Estado de antaño, empezó a postular la excepción de competencia por falta de jurisdicción, por falta, a su vez, de órganos competentes para conocer de estos asuntos (lo que hoy sigue ocurriendo en el sentido que no hay órganos administrativos, sino que está distribuido entre varios).

Ello requería lógicamente de un mecanismo alternativo para dar solución a la falta de órganos que conociesen de estos asuntos; en 1943, a través de la Ley 7.727, se elevó el rango de importancia de la CGR a constitucional autónomo. La gente empezó a recurrir ante la CGR en la fase de formación del propio acto administrativo o en la fase del reclamo posterior, siendo un organismo único en el mundo (el resto de entidades tienden a ver aspectos centrados en auditoría), dado que lo normal es contar con una sede judicial, común de lo administrativo. En ese contexto se llevan los litigios contra la Administración, desde el punto de vista de la cautela (orden judicial común, recurso de protección) o desde el punto de vista de la reparación (responsabilidad), o sobre el apartamiento (nulidad).

El juez ordinario de mayor cuantía en Santiago, 1975, volvió a leer el artículo 87 CPR de 1925 “mientras no haya tribunales contencioso administrativos, habrá que seguir la regla del final: seguir el orden existente que tiende al control”, entrando así a conocer los actos de la Administración (caso Undurraga con CORA), la nulidad de un acto expropiatorio.

En Chile, a partir de la llamada nulidad de derecho público, se acabó creando un complejo mecanismo impugnatorio constitucional y legal (arts. 7 y 19ⁿº3, principio de inexcusabilidad de los jueces, arts. 10 y 11 del COT), creando así la acción de nulidad de derecho público. Con posterioridad, en 2003, a través de la Ley 19.880, se trató de ordenar este mecanismo, partiendo de un reclamo administrativo, tras ello, un recurso de protección, y de perderse el caso, daría paso al reclamo especial (de municipalidad), y tras

ello, de perderse, a la acción constitucional de nulidad de derecho público: cosas juzgadas que no se reflejan entre sí.

Además, la Constitución y legislación contemplan otros mecanismos especiales, art. 12 de la CPR (reclamo por pérdida de nacionalidad); el mecanismo de la Ley 18.971, en relación al art. 19 nº21 CPR (recurso de amparo económico), y su convivencia con el recurso de protección, la acción de nulidad de derecho público; el art. 19.24 CPR, sobre reclamo expropiatorio, 38 inc. 2º CPR, en materia de reparación por responsabilidad administrativa, etc; estando ante una asistematicidad completa. A ello se le unen los administrativos sancionatorios que se sustancian ante las superintendencias, con distintos procedimientos y mecanismos como el *solve et repete*.

Todos los aportes constructivos del control constitucional han terminado saliendo de las universidades; desde el punto de vista de cómo se interpreta o se crea la acción de nulidad de derecho público, así como la idea de haber construido un recurso de protección (contencioso residual de control a la Administración) son proyectos gestados en las universidades. No obstante, ello, se han generado interpretaciones extrañas. Por último, nos quedaría el control administrativo, a través del control jerárquico (control interno), y en especial en control administrativo a través de la CGR o el del TC (control externo).

Lo anterior lleva a la reflexión de qué aspectos debieran regularse mínima o máximamente en la CPR. De establecerse lo mínimo, se adelgazaría positivamente el texto constitucional, dejando únicamente principios que son esenciales desde el punto de vista del tipo de control, la impugnabilidad judicial –que siempre debe existir–, y el encargo al legislador para que pueda rearticular los detalles; esfuerzo que debería realizarse para evitar la asistematización en la regulación de los mecanismos impugnatorios.



Organización Administrativa en la Constitución Política de la República



Juan Carlos Ferrada Bórquez
Profesor de Derecho
Administrativo
Universidad de Valparaíso

“La reforma constitucional del año 2005, no cerró el proceso, sino que lo abrió”, inició el profesor Juan Carlos Ferrada su intervención. Ello en virtud a dos motivos: (i) Amplios sectores de la sociedad siguen pensando que la actual no es una Constitución compartida por todos, con independencia a su origen: si bien la Constitución de 1925 también se elaboró por el grupo vencedor después de un golpe de Estado, ésta fue teniendo aceptación común, lo que claramente no aconteció con la actual; en segundo lugar (ii) en las sentencias del último año del TC se han puesto claros límites a ciertas reformas políticas llevadas adelante por la mayoría gobernante. Es cierto que en los sistemas comparados el TC también actúa como un poder contramayoritario que limita decisiones políticas resguardando los derechos fundamentales, pero en el caso del TC chileno, éste va más allá, tomando opciones de política pública, que exceden el marco de los derechos fundamentales de las personas. Ello ha catapultado la discusión en reformar la actual constitución, para realizar una reforma sustancial a la Administración del Estado.

¿Qué es lo que contiene la actual CPR, para entender esta reforma? La CPR contiene tres tipos de normas que afectan al Derecho Administrativo: (i) Principios constitucionales, (ii) Derechos fundamentales que operan como límite al poder de la Administración y (iii) normas de organización y funcionamiento de ciertos órganos de la Administración del Estado.

Respecto lo primero, el capítulo primero contiene principios constitucionales que impactan en la actividad administrativa (ej. supremacía constitucional, legalidad, responsabilidad, etc.), siendo principios con impacto teórico y práctico. Además de ellos, la doctrina y jurisprudencia ha ido creando otros principios a partir del texto constitucional, y de manera algo abstracta (algunos de base constitucional, y otros de fuente más lejana). El más sencillo de construcción fue el de subsidiariedad (art. 1 y 19 n° 21 CPR), pero junto a éste aparecieron otros principios de existencia más dudosa: solidaridad (ej. fallos del TC y Cortes de Apelaciones sobre planes de salud), y confianza legítima (la doctrina afirma que dicho principio se predica del art. 19 n° 26 CPR).

Respecto a las normas que contienen derechos fundamentales como límites al poder de los órganos administrativos, algunos son muy claros (derecho a la vida, la libertad personal, etc.), y otros de construcción y extensión más dudosa, como la igualdad ante la ley, que parece operar más un canon de legalidad, que de igualdad en sentido estricto.

Respecto el tercer ámbito, las normas orgánicas de la Administración del Estado, la CPR regula algunas cuestiones relevantes para el Estado: Presidente de la República, Gobiernos Regionales, municipalidades, los cuales son órganos políticos legitimados democráticamente. Además de ello prevé la regulación más específica de otros órganos (CGR, Fuerzas Armadas, Banco Central, Consejo Nacional de Televisión, etc.) los cuales resultan, en algunos casos “exóticos” desde el punto de vista del derecho comparado, y, en opinión del profesor Ferrada, tiene sus dudas de que su inclusión sea oportuna en el texto constitucional.

Ahora bien, por otro lado, puede observarse en la Constitución vigente cierto desorden en la regulación de los organismos administrativos, de forma tal que, en el texto pueden observarse 10 formas distintas para referirse a la Administración del Estado: “órganos del Estado”, “la Administración”, “la administración del estado”, “Administración del Estado”, “Administración Pública”, “administración pública”, “organismos de la Administración del Estado”, “Gobierno”, “el Estado”, “los servicios públicos”. Ello, que reflejaría cierto grado de desorden, se alejaría de la famosa frase de una sentencia del TC que dijo que “hay que atender a nuestro sabio constituyente”, lo que posiblemente se explicaría por la refundición de redacciones que formaron el texto constitucional; otros apuntarían a que siendo la actual constitución una reforma de la de 1925, que a su vez fue una reforma de la de 1833, fueron repitiendo artículos con poca precisión; y, por último, otros apuntarían a indicar que no había claridad en definir qué debiera entenderse por dicho concepto.

En este sentido, una reforma sustantiva al actual texto constitucional, con la reforma de 2005, sería una gran oportunidad para tratar de ordenar y racionalizar el Derecho Administrativo en su texto.

En este contexto, las reformas propuestas deberían centrarse en tres puntos: (i) partir de una nueva concepción del Estado y de su Administración (la concepción de Estado subsidiario es insuficiente para los desafíos que hoy tiene el Estado, y además es irreal, porque en la práctica la Administración desarrolla muchas más tareas que las que indica la Constitución), por lo que cabría reconfigurar el Estado de cómo un Estado Social ; (ii) llevar a cabo una nueva regulación constitucional de los órganos de la Administración del Estado, donde se aclare cuáles son los órganos de Gobierno (dirección política), separándolo de la Administración (como organización burocrática destinada a la satisfacción de intereses públicos). Según el profesor, la tendencia a crear órganos autónomos en la Constitución “no es sana”, y lo que debiera hacerse es una buena regulación legal de dichos órganos más que su propia inclusión en el texto constitucional, para que ejerza adecuadamente sus funciones. En tercer lugar (iii), sería necesaria una reforma a la CGR, en tres sentidos: la primera, que la regulación de las funciones contraloras como la toma de razón en el propio texto constitucional (99 CPR) pareciera exagerado, y por lo tanto debiera hacerse un rediseño a nivel legal de la toma de razón, dado que surgen dudas a partir de, por ejemplo, la constitucionalidad de las resoluciones de la propia

CGR que declaran exentas de toma de razón algunos actos administrativos; la segunda, retomar la discusión de lo contencioso administrativo, no creando un contencioso administrativo especial, pero sí plantear un rediseño del sistema de control, ordenándolo bien sobre la base de la jurisdicción ordinaria o de una jurisdicción especializada, pero no la mezcla actual que estaría permitiendo un “forum shopping” inaceptable; y tercera, dejar establecido reglas más claras para la CGR, lo que permitiría un funcionamiento más regular e integrado de ésta dentro del sistema jurídico.



Acción Administrativa en la Constitución Política de la República



Raúl Letelier Wartenberg

Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

No es posible analizar la acción administrativa bajo la actual constitución sin apelar a la distinción que hiciera famosa el jurista italiano Constantino Mortati entre “constitución formal” y “constitución material”. La primera hace referencia a lo que dice el texto constitucional y la segunda al conjunto de usos e interpretaciones de aquellas reglas hechas por aquellos que gozan de poder constitucional.

El punto de partida de este análisis es que la acción administrativa, regulada en la constitución material chilena, se encuentra sujeta, siguiendo al profesor Letelier, a una cortapisa marcadamente neoliberal. Podría discutirse que la constitución formal tenga también este carácter, pero no es una cuestión discutible a nivel de constitución material.

En una constitución material neoliberal existe una preponderancia de los derechos individuales de propiedad y una fuerte confianza tanto en la idea de Estado de Derecho como en un régimen de libre competencia. En un sistema de este tipo se protegen especialmente las libertades individuales y se entiende que cada individuo es responsable de sus propias acciones y de su propia búsqueda de bienestar (salud, educación, etc.). Del mismo modo, los sistemas neoliberales propulsan lo que suele llamarse un “buen clima para los negocios e inversión”, lo cual –se argumenta– trae crecimiento económico y aporta bienestar, bienestar este último que es proporcionado principalmente a través de formas diferentes a las estatales, neutralizando, de esta forma, las comprensiones comunitarias de la vida. La neutralización que la constitución formal realizó a la política, en tanto espacio de la discusión comunitaria, (a través de diversas instituciones y trampas constitucionales) es la manifestación primera de esta tendencia a tornar irrelevante la discusión pública.

La forma en que la constitución material neoliberal afecta y neutraliza la actividad administrativa puede observarse en diversas situaciones.

En primer lugar, se encuentra presente una idea transversal limitadora de la acción administrativa que mira con recelo al Estado y a sus instituciones. Se parte del dogma, ya

tradicional en nuestro derecho, de que “en Derecho Público sólo puede realizarse aquello que está previamente autorizado en la Constitución y las leyes”, dogma que, en opinión del profesor Letelier, “resiste poco”, en la actual configuración del Derecho Administrativo. En efecto, son diversas las normas constitucionales que obligan al Estado a perseguir fines sin una completa autorización de los medios disponibles ni una completa programación de dicha actividad. Por otra parte, es un contrasentido sostener un principio de legalidad restrictivo cuando nos encontramos ante una Administración de carácter prestacional. En este escenario, la regla de que “ante la duda deben entenderse restringidas las potestades” es un contrasentido. En estos escenarios, el Derecho Administrativo es un derecho que posibilita el cumplimiento de los fines.

En segundo lugar, la constitución material chilena realiza una mala interpretación de la idea de “servicialidad”, lo que impacta sobre la actividad administrativa, entendiéndola, por sobre todo, en clave individualista. El hecho que el Estado esté al servicio de la persona humana, no quiere decir que esté a merced de un grupo indeterminado, interesado en proteger ese clima de negocios. Por el contrario, aquel principio obliga a que el Estado “preste servicios”; y ello es así, por ejemplo, en el derecho comparado, cuando bajo el manto de la servicialidad se garantizan derechos sociales para una vida decente. No obstante, en Chile, la constitución neoliberal ha defendido una comprensión contraria.

En tercer lugar, la constitución material posee una preconcepción “castrada” de la actividad empresarial del Estado. El principio de subsidiariedad, si bien no previsto de forma explícita en la constitución formal, ha sido incorporado como uno de los principios matrices del modelo jurídico chileno, todo ello gracias a una doctrina cuyo objetivo ha sido nuevamente agrandar los espacios individuales a costo de lo comunitario. El problema que encierra dicho principio es que, a juicio del profesor Letelier, “el privado no da el ancho en la prestación de muchos servicios públicos”, dado que muchas veces las prestaciones dadas por éste, no son las correctas (pensiones con valores injustos, servicios sanitarios desiguales, educación segregada) o las fallas de mercado son tan abismantes que la regulación se hace extremadamente dificultosa. Esto obliga a que el Derecho Administrativo deba buscar otras fórmulas de intervención que entreguen esos servicios en condiciones de acceso universal y cuya provisión final pueda ser tanto pública como en cooperación privada.

En cuarto lugar, tiene incidencia en la actividad administrativa el hecho que la constitución material le haya asignado, con el tiempo, un rol virtualmente irrelevante al reglamento autónomo. En efecto, según se desprendía de la Comisión Ortúzar, el rol de dicho reglamento iba a ser central, reduciendo a un grupo determinado las materias de ley para que el resto fuera materia de reglamentación administrativa autónoma. Sin embargo, ello no tuvo reflejo material alguno. Hoy se parte de la idea que la Administración pública no puede regular *ex novo*, que su actividad administrativa debe ser siempre de ejecución de una ley, esto es, siempre un “reglamento subordinado a la legislación”. Ello es una muestra de un afán inmovilizador de la Administración Pública.

Finalmente, la CPR de 1980, ha tendido a oponer constantemente derechos fundamentales por un lado y acción administrativa, por otro (ej. derecho de propiedad, incentivándose la litigación

para la defensa de dicho derecho en contra de los poderes administrativos), de modo tal de mostrar los propios derechos de las personas como formas de limitación de la intervención administrativa que se enfoca precisamente en otorgar ejecución a esos mismos derechos.

Nuestro Derecho Administrativo, sostuvo Letelier, “no resiste más tiempo con esta constitución”. “Las necesidades que nuestra sociedad demanda, no pueden ser provistas con un corsé que mantenga tan al margen las herramientas administrativas más sofisticadas”. Desde luego, un fortalecimiento de lo público en Chile tiene riesgos. Pero esas amenazas no deben inmovilizarnos. Ellas deben fomentar a que concentremos nuestros esfuerzos en estudiar nuevas estrategias de Administración pública, revisando los incentivos que proponen las técnicas de regulación, diseñando procesos más sencillos, instituciones públicas más fuertes, fórmulas de acceso universal, cooperación público-privada, fórmulas de rendición de cuentas más simples, entre otras herramientas. El propósito central de un cambio constitucional debiese ser abandonar un Derecho Administrativo construido sobre la base de brocardos simplistas para volcarnos a analizar las condiciones materiales y jurídicas para que la actividad administrativa pueda alcanzar con éxito las promesas de bienestar social que toda Constitución política contiene.

Mirada Administrativa N°2,
noviembre 2016.

Av. Libertador Bernardo
O'Higgins 340, Santiago, Chile.
Fono: +56 22354 2169.
Correo electrónico: pdae@uc.cl.

Edición general: Equipo del
Programa de Derecho
Administrativo Económico UC
(PDAE).

Colaboradores: Esteban Cañas,
Daniel Bartlett, Daniela Rivera,
Rosa Gómez y Gerty Oyarce.

Diseño: Zaina Estudio Creativo