

REVISTA DE  
Derecho  
Público 71

Recensiones

Recensiones



Emilio Pfeffer Urquiaga  
Profesor de Derecho Constitucional

## *Temas Actuales de Derecho Constitucional*

**Libro de homenaje al Profesor Mario Verdugo H.  
Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Editorial Jurídica de Chile,  
1ª edición, 370 págs. 2009**

La obra *Temas Actuales de Derecho Constitucional*, publicada por la Asociación Chilena de Derecho Constitucional en el marco de un convenio de colaboración que suscribió con la Editorial Jurídica de Chile, da inicio a una colección denominada “Estudios de Derecho Constitucional”, cuyo primer número se dedica, como un merecido homenaje, al profesor Mario Verdugo Marinkovic por su larga trayectoria académica y profesional.

La publicación contiene 21 artículos, todos inéditos y de gran interés científico para los cultores del derecho político y constitucional.

La profesora Luz Bulnes escribe sobre la igualdad ante la ley, para poner de relieve que es un derecho constitucional y un principio rector del ordenamiento jurídico. Como testigo privilegiada, en su condición de ex ministra del Tribunal Constitucional examina la evolución de la jurisprudencia en materia de igualdad, y observa que a partir del año 2007, en el Rol N° 790-07, al parámetro o test de racionalidad o razonabilidad, con frecuencia, las sentencias de esa Magistratura agregan el examen del cumplimiento de los objetivos de la ley y de la proporcionalidad, y señala que le preocupa que se admita que el juez tenga amplias facultades para definir las finalidades perseguidas por el legislador, pues ello podría significar que el juez constitucional pueda decidir sobre el mérito o conveniencia de la disposición legal.

El profesor Sergio Carrasco analiza un tema de particular interés en un año de elecciones. Se refiere a los inicios de la justicia electoral en Chile, y en particular examina la primera actividad de calificación de las elecciones en nuestro país. Sostiene que la legitimidad del actual Tricel arranca de aquel que fue creado por la Carta de 1925, que con múltiples antecedentes y citas demuestra es obra de la vigorosa insistencia del presidente Arturo Alessandri Palma, que se empeñó en eliminar los abusos del Congreso en la materia, y además de su propia experiencia, por cuanto la elección que lo llevó a la primera magistratura en 1920 tuvo que ser resuelta por un tribunal de honor en su favor.

El profesor José Luis Cea, dando cuenta de su experiencia como abogado integrante, ministro y ex presidente del Tribunal Constitucional, escribe sobre una mirada al espíritu y la obra del Tribunal Constitucional.

Afirma que los jueces constitucionales tienen que avanzar en el relato de su experiencia, que deben hacerlo, que es provechoso, aunque esto pudiera extrañar si se considera la discreción y el secreto que caracteriza la vida judicial, pues aquella es una forma de apreciar su conducta ministerial. Escribe sobre la personalidad del juez constitucional, y advierte como su propia visión antropológica y concepciones pueden influir en su decisión, lo que sostiene podría explicar el gran número de disidencias y prevenciones que se observan en las sentencias que la Magistratura Constitucional dicta. También formula apreciaciones sobre los efectos de los fallos del Tribunal, en particular le preocupa la desobediencia de ellos, y echa en falta que se carezca de imperio para hacerlos ejecutar, aunque no observa en este punto mayores problemas en nuestra realidad, pero sí cita algunos casos que le merecen preocupación. Formula igualmente apreciaciones sobre las sentencias interpretativas y de exhortación, y termina con una reflexión sobre si conviene que se sobrecargue al Tribunal llamándolo a resolver disputas axiológicas, cuando la justicia constitucional, en su nueva formulación, esta en trámite de asentamiento dentro del régimen democrático en nuestro país.

El profesor Juan Colombo escribe sobre la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Luego de una breve, pero completa reseña histórica sobre la justicia constitucional y su evolución, pone de relieve la diferencia que exhibe esta acción frente aquella que era de conocimiento de la Corte Suprema hasta antes de la reforma de 2005, planteando luego distintas interrogantes en relación a esta institución: tales como si el precepto legal que se impugna debe necesariamente ser decisivo *litis* o exhibir otra naturaleza; si la sentencia que acoge la inaplicabilidad produce efectos reflejos cuando en el proceso hay pluralidad de sujetos activos y pasivos respecto de todos estos; si el rol del juez frente al de las partes en la inaplicabilidad debe ser distinto para evitar que aquel se transforme en un activista judicial, entre otros problemas de índole sustantivo y procesal que plantea y cuyas respuestas pueden leerse en la publicación.

El profesor Miguel Ángel Fernández escribe sobre el conflicto entre derechos fundamentales, tema en extremo complejo y de gran trascendencia, donde la hermenéutica constitucional se exige al máximo en búsqueda de una solución que armonice el ejercicio de ellos. Pero lo hace en referencia a la jurisprudencia del Tribunal en relación al caso catalíticos, donde en el contexto de un control abstracto de la potestad reglamentaria de ejecución se resolvió priorizar unos derechos sobre otros. Examina también el conflicto de derechos en relación al caso del arresto por no pago de cotizaciones previsionales, donde se enfrenta la libertad personal y el derecho a la seguridad social, y prosigue con los casos “pertenencias mineras” y “tag”, donde entra en conflicto el derecho de propiedad, pero de titulares distintos.

La profesora Ana María García escribe sobre la reforma a la Constitución, específicamente sobre el procedimiento de enmienda constitucional como quedó configurado después de la reforma de 2005, tema que frente a los llamados que con insistencia se hacen a modificar el Código Político, e incluso a la instalación de una asamblea constituyente, cobra singular importancia.

Destaca que el año 2005 se puso término al trámite de ratificación de la reforma por el Congreso Pleno que carecía ya de todo sentido. También pone de relieve la importancia de que se zanjaran las dudas de si procedía constituir una comisión mixta con ocasión de una reforma constitucional. Y formula diversas críticas al nuevo procedimiento de reforma, entre otras, que no se hayan revisado

los altos quórum para aprobar una enmienda, aunque advierte que es una paradoja que aun así la Carta de 1980 sea la que más modificaciones ha recibido en nuestra historia constitucional.

El profesor Gastón Gómez escribe sobre el recurso de amparo económico y examina la fisonomía de la acción a partir de la jurisprudencia en el periodo 2001-2006. Luego de referirse a los antecedentes que el legislador tuvo en vista para crear este recurso a partir de un importante número de sentencias que cita, analiza la naturaleza de acción popular que este instituto exhibe, la controversia relativa al plazo para su interposición, los distintos criterios que se han aplicado para determinar el órgano jurisdiccional competente, el rol inquisitivo que debe asumir el tribunal que conoce de esta acción en vista a cautelar el bien jurídico que tutela –orden público económico–, y pasa también revista a cuestiones procesales y sustantivas, tales como la legitimación activa y pasiva, el trámite de consulta de la sentencia, entre otras, pero observa –y lamenta– que algunos fallos debiliten esta institución.

Las “responsabilidades constitucionales” es el tema que analiza el profesor Fernando Jiménez, quien enfatiza que la responsabilidad de los gobernantes y de los titulares o integrantes de los órganos del Estado es un elemento o presupuesto básico de un estado democrático de derecho, y a partir del examen de las distintas clases de responsabilidad formula interesantes apreciaciones tendientes a establecer los límites o la línea divisoria entre la responsabilidad política, constitucional, parlamentaria, civil, penal y administrativa, categorías que destaca deben ser debidamente entendidas por los órganos llamados a hacerlas efectivas, a fin de evitar que estos se extralimiten en el ejercicio de sus competencias.

El profesor Enrique Navarro escribe sobre los 30 años del recurso de protección. Luego de referirse a los antecedentes históricos de esta acción y destacar su importancia institucional en la tutela de derechos fundamentales, constata que a través de esta vía se ha verificado una tendencia hacia la propietarización de los conflictos, a través de la cual se ha terminado dando protección a derechos que no aparecen en la enunciación que hace el artículo 20.

La propiedad sobre bienes incorpóreos ha permitido, sostiene, que puedan resolverse en sede de protección conflictos en torno a estipulaciones contractuales, o se termine dando tutela, en el hecho, a los derechos a la protección de la salud, a la educación y a la seguridad social, lo que aprecia positivamente. También destaca como el recurso de protección ha servido para que nuestros tribunales reconozcan que el constituyente asegura ciertos derechos de un modo implícito y les haya brindado protección. Cita el ejemplo del derecho a la propia imagen que la Corte Suprema, ya en el año 2004, reconoció tiene un contenido patrimonial sobre el cual hay propiedad.

El profesor Humberto Nogueira escribe sobre interpretación constitucional y pasa examen a los “postulados hermenéuticos”, que señala constituyen imperativos u órdenes dirigidas a todos los operadores jurídicos que interpreten la Carta Fundamental.

Luego de puntualizar que la Constitución no puede interpretarse a partir de normas infraconstitucionales, generalmente del orden legal, se refiere a los postulados de unidad de la constitución, de máxima efectividad de las normas constitucionales o fuerza normativa de la constitución, del efecto útil, de concordancia práctica o de armonización, de la eficacia integradora de la constitución, de la corrección funcional. Analiza también los postulados de interpretación conforme a la constitución, de interpretación conforme al derecho internacional, de primacía o prelación de los derechos humanos, de racionalidad y razonabilidad, de proporcionalidad o de prohibición de exceso, y concluye

con interesantes apreciaciones sobre el postulado de prudencia o de interpretación previsoras que la Magistratura Constitucional ha recogido en varias sentencias. En relación a todos ellos formula distintos comentarios y da cuenta del sentido en que los mismos han sido acogidos por diversos tribunales constitucionales.

La profesora Marisol Peña escribe sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, en relación al caso del artículo 116 del Código Tributario.

Luego de examinar el alcance de esta nueva atribución otorgada a la Magistratura Constitucional; de registrar el debate en torno a los efectos que origina la sentencia de inconstitucionalidad: “derogación” versus “anulación”, conceptos no homologables al pertenecer a ámbitos distintos (a la producción de normas y al control de ellas), señala que las cuestiones suscitadas en relación a los efectos que originó la sentencia que pronunció la inconstitucionalidad de la citada disposición legal, han evidenciado la estrecha colaboración y dialogo que debe existir entre el juez ordinario y el Tribunal Constitucional, y que en los casos del artículo 116 tal entendimiento se produjo al concluir dichos procesos con la anulación de oficio de todo lo obrado ante los jueces tributarios delegados por la Corte Suprema, que garantizó así plenamente la supremacía constitucional, la igualdad ante la ley y la seguridad jurídicas.

El profesor Emilio Pfeffer se pregunta si es procedente someter al juicio político a los Ministros del Tribunal Constitucional, lo que descarta, luego de formular distintas apreciaciones sobre el rol de esa Magistratura, cuya independencia –en el mayor grado– y legitimidad –con la mayor intensidad–, afirma, se deben garantizar –como cree que lo están– por el diseño orgánico y funcional que la reforma de 2005 definió para nuestro Tribunal. De allí que desestime cualquier intento de modificar la Carta Fundamental para hacer sujeto pasivo de eventuales acusaciones constitucionales a los miembros de esa Magistratura, lo que si se justifica –sostiene– respecto de los magistrados de los tribunales superiores de justicia, cuyo rol, por las competencias en que intervienen, difiere sustancialmente, como puede leerse en la publicación.

El profesor Jorge Mario Quinzio vuelve a un tema que lo ha inquietado por años: ¿La justicia, o el Poder Judicial, es en verdad un poder del Estado?

Echa en falta que en nuestro diseño institucional, a pesar de que el constituyente alude al órgano jurisdiccional como un poder del Estado no se haya dotado al Gobierno judicial de independencia en lo económico, modificado el sistema de nombramientos, fortalecido la facultad de imperio de los tribunales a través de órganos auxiliares de su directa dependencia, entre otras medidas que sugiere. Y sentencia, que si no se adoptan tales correctivos, que corresponden a un diagnóstico consensuado hace mucho años, seguirá aquel situado en una relación disminuida frente al poder legislativo y ejecutivo.

El profesor José Antonio Ramírez escribe sobre la probidad y transparencia de la función pública a partir de la incorporación de estos principios a la Carta Fundamental por la reforma del año 2005.

Efectúa un interesante análisis de la ley sobre acceso a la información pública que ha venido a desarrollar la preceptiva constitucional, en particular, sobre el derecho de acceso a la información pública de los órganos de la administración del Estado, sus límites y forma de hacerlo efectivo.

El profesor Teodoro Rivera analiza el derecho al desarrollo libre de la personalidad, que salvo una mención indirecta que el constituyente hace de él a propósito del derecho a la educación, no tiene reconocimiento explícito en nuestro Código Político. No obstante ello prueba que aquel encuentra su fundamento en el valor de la dignidad humana, en el principio de la servicialidad del Estado, específicamente en la misión que le corresponde de contribuir a la mayor realización espiritual y material posible del ser humano, y en la libertad personal, que observa ha sido entendida de un modo tradicional, como referida solo a la libertad de desplazamiento y asentamiento, cuando en realidad trasciende esa reducida comprensión pues alcanza al derecho de cada cual a decidir su rol en la sociedad. Citando diversas sentencias demuestra que este derecho implícito tiene base también en el derecho a la vida privada, en la inviolabilidad de las comunicaciones, entre otras garantías que asegura el Código Político, como ha sido reconocido por nuestra Magistratura Constitucional, entre otras.

Una visión crítica de la acción de inconstitucionalidad en el derecho chileno, es el trabajo del profesor Lautaro Ríos.

Advierte una cierta incoherencia que se exija como requisito de procedencia de la acción de inconstitucionalidad la declaración previa de inaplicabilidad del precepto legal cuestionado, pues ambas acciones pertenecen a esferas distintas del control de constitucionalidad de la ley y tienen fundamentos, finalidades y efectos diferentes, tanto más si esa condición, señala, no tiene antecedentes en el derecho comparado que examina detenidamente. Reconoce, en todo caso, que esta nueva atribución representa un avance cualitativo para la defensa de la supremacía constitucional, si se considera que hay acción pública para ejercerla y el tribunal puede actuar de oficio, aunque previene que esta acción casi no ha sido utilizada y solo se ha declarado la inconstitucionalidad de dos preceptos legales –uno del Código Tributario y otro del Código Sanitario–, no porque no existan, afirma, normas legales de dudosa constitucionalidad. Postula, en consecuencia, independizar la acción de inaplicabilidad de la acción de inconstitucionalidad suprimiendo el requisito de procedencia, que califica de “impropio”, pero simultáneamente debiera revisarse quienes tendrán legitimación activa para no “banalizar”, señala, un instrumento tan serio e importante de control de constitucionalidad.

El profesor Fernando Saenger escribe sobre la nueva inaplicabilidad para poner de relieve que la actual regulación de esta acción pasó a la historia el control abstracto, de mero cotejo de normas y de derecho estricto que efectuaba la Corte Suprema entre la ley y la Constitución, pues ahora el Tribunal Constitucional debe verificar en su examen los resultados contrarios a la Constitución que la aplicación del precepto legal produce en la gestión pendiente, lo que lo obliga a analizar –afirma– las defensas y pruebas rendidas en el procedimiento de que se trate y a hacer una prognosis de la probable aplicación del precepto objetado para decidir si produce efectos que contravienen la Constitución. Del examen de las distintas sentencias que cita deja entrever en su análisis el riesgo que envuelve el control concreto de la constitucionalidad de preceptos legales, en el sentido que la acción de inaplicabilidad pueda transformarse, en el hecho, en una especie de cuasi amparo de derechos constitucionales, que sustraiga de la esfera de los tribunales ordinarios o especiales la facultad de decidir el fondo de lo controvertido.

El apreciado maestro don Alejandro Silva Bascuñán escribe sobre el derecho de reunión en la Constitución de 1980. Examina su genesis, el reconocimiento de éste en nuestras constituciones, su alcance y vínculos con otras libertades, y luego de un estudio sistemático del contenido de la actual

regulación, controvierte que una materia tan importante quede entregada a la posibilidad de que sea el Poder Ejecutivo quien la norme, lo que no se aviene con la tendencia garantista que reconoció la reforma constitucional de enero de 1971, de allí que abogue que deba regirse por la ley, para que sea el legislador el que precise que el ejercicio del derecho de reunión no puede llevar a la lesión de los demás asegurados por la Carta Fundamental.

La profesora María Pía Silva escribe sobre el control de la constitucionalidad de los autos acordados, competencia nueva asignada al Tribunal por la reforma de 2005 y que éste ya ha ejercido declarando, incluso, la inconstitucionalidad de un auto acordado dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago. Pone de relieve la distinción entre los distintos sujetos legitimados que pueden ejercer la acción, los diversos requisitos que unos y otros deben cumplir, y examina los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de todo o parte del auto acordado respectivo, entre otras precisiones que formula.

El profesor Paulino Varas se pregunta cuál es el verdadero alcance de la autonomía universitaria, para lo cual examina diversos fallos del Tribunal Constitucional, concluyendo que la autonomía universitaria tiene su fundamento en la autonomía de los grupos o cuerpos intermedios; que la circunstancia de que las universidades públicas sean un servicio público en modo alguno puede significar para ellas una limitación a su autonomía y, finalmente, declara compartir las apreciaciones que han llevado a la Magistratura Constitucional a considerar que la autonomía universitaria debe ser calificada de “máxima y extensiva” por constituir ello una exigencia que se deriva también del ejercicio pleno de la libertad de enseñanza.

Por último, el profesor Francisco Zuñiga, inspirado en dos monografías del profesor Mario Verdugo: “Principios e Instituciones de la Democracia” y “Los Principios del Constitucionalismo Clásico en los Ordenamientos Fundamentales de Chile” que aquél escribiera a mediados de la década de los 70 pero que tuvieron gran influencia en los sucesos políticos de fines de los 70 y 80, escribe sobre el constitucionalismo liberal en Chile a partir de la Constitución de 1928, que señala responde plenamente al concepto “racional normativo” y cuya autoría le atribuye en gran medida al literato español José Joaquín de Mora; e indaga sobre las influencias que en dicho texto político tuvo la Constitución de Cádiz de 1812, entre otras fuentes que cita, y cuál fue su influencia en el constitucionalismo de nuestro país.

Se trata, como se ve, de una publicación que contiene antecedentes de gran interés y actualidad que han de transformarse en lectura obligada no solo para especialistas, sino que para el público en general.

Enrique Navarro Beltrán  
Profesor de Derecho Constitucional  
Director Departamento de Derecho Público  
Universidad de Chile

## ***Derecho Administrativo. 150 Años de doctrina***

**Obra colectiva, coordinada por Rolando Pantoja B., Editorial Jurídica de Chile, primera edición 2009, 464 páginas.**

El Derecho Administrativo, en palabras del ex Presidente del Tribunal Federal Administrativo alemán, Fritz Werner, retomado luego por la doctrina española, es el “Derecho Constitucional concretizado”.

Sabido es que el Derecho Constitucional surge en Europa, a fines del siglo XVIII, como un mecanismo de clara configuración de las potestades de los órganos de poder y un adecuado y eficaz reconocimiento de los derechos fundamentales. Un justo equilibrio.

De allí que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano afirmara que “toda sociedad en que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución”. Y es que, como lo recuerda, el sabio maestro Karl Loewenstein, “La Constitución se ha convertido en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”.

A partir de ello puede entenderse el surgimiento de la legislación administrativa, tendiente a regular la actuación de los órganos administrativos, en el marco de un Estado de Derecho, no olvidando que el destinatario de la misma es el ciudadano, a quien debe asegurársele y amparársele sus derechos fundamentales. La clásica discusión acerca de si el Derecho Constitucional debe enfatizar la mirada del poder o de los derechos ciertamente también se ha trasladado al Derecho Administrativo. De allí la importancia del estudio y sistematización de esta rama del Derecho.

La doctrina administrativa chilena comienza con la obra “Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno”, de que es autor Santiago Prado, en 1859, y que tuvo como referencia y modelo la del español Manuel Colmeiro. Su propósito fue “proporcionar a los alumnos del Instituto Nacional un texto que pueda servir de guía en la clase de Derecho Administrativo”, sistematizando “las leyes y disposiciones administrativas esparcidas en el Boletín”.

En atención a su importancia y contenido, la Facultad de Leyes le otorgó un premio al autor por dicha labor y el Supremo Gobierno dispuso su distribución a lo largo de todo el país, al haber “facilitado el estudio de este importante ramo”. El libro aborda el estudio de la ciencia administrativa, la organización administrativa del Estado, la vinculación de la persona con la administración, sus

derechos y deberes y la jurisdicción administrativa. Prado fue un destacado académico, diputado de la nación y rector del Instituto Nacional.

A partir de esa obra surge en Chile el estudio del Derecho Administrativo. Luego, en el siglo XIX, continuarán la senda iniciada las obras de Valentín Letelier y José Domingo Amunátegui. En la primera mitad del siglo XX destacarán –entre otros- Moisés Vargas, Juan Antonio Iribarren, Ernesto Merino, Guillermo Varas y Manuel Jara. Por su lado, en la segunda mitad del siglo pasado, puede resaltarse la labor efectuada por Patricio Aylwin Azócar, Enrique Silva Cimma, Manuel Daniel Argandoña, Arturo Aylwin Azócar, Eduardo Soto Kloss y Rolando Pantoja, por sólo mencionar algunos. A ello puede añadirse, en el presente siglo, una nueva generación de profesores, que ya han cumplido más de dos décadas enseñando y publicando notables contribuciones en la disciplina, como Ramiro Mendoza Zúñiga -actual Contralor General de la República-, Carlos Carmona Santander -Ministro del Tribunal Constitucional-, Alejandro Vergara Blanco, Gustavo Fiamma Olivares, Iván Aróstica Maldonado y Domingo Hernández Emparanza.

En la presente obra colectiva, destacados profesores del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile, cuna precisamente del estudio de dicha área jurídica, sistematizan diversas instituciones del Derecho Administrativo a la luz de la opinión sustentada por la doctrina nacional en los últimos 150 años.

Así, en primer lugar, Andrea Ruiz Rosas se detiene precisamente en la obra de don Santiago Prado Bustamante, resaltando algunas de sus temáticas –siempre vigentes- como por ejemplo la relación entre el acto administrativo y la generalidad de la norma legal, lo que exige que la administración ejecute la ley, teniendo siempre precisamente como límite la voluntad del legislador. La discusión acerca de los alcances de la potestad reglamentaria y su relación con el legislador ha originado diversos pronunciamientos por parte de nuestros tribunales como igualmente el ámbito de la potestad reglamentaria autónoma. Finalmente, la profesora Ruiz, resalta el rol subsidiario que, en opinión de Prado, debe tener la administración, dando satisfacción a las necesidades sociales y al bien común, como lo recuerda el actual artículo 1º de la Constitución Política de la República.

Por su parte, el profesor Rolando Pantoja Bauzá se refiere al derecho administrativo chileno y su contexto jurídico político, efectuando una panorámica de su evolución en Europa y, en particular, en Chile, en los siglos XIX –más liberal- y XX, en donde el Estado asume un rol más preponderante, marcado por las Constituciones de Weimar (1919) y México (1917). Se sistematiza al efecto las principales opiniones vertidas por los administrativistas nacionales en relación a la finalidad y alcance de la disciplina. En el siglo XXI el autor señala que la función administrativa en el Estado de Chile es de carácter prestacional, conformadora socioeconómica para el desarrollo sustentable del país y orientada al bien común, “en un contexto filosófico humanista y solidario, jurídicamente determinado por un sentido sustancial y teleológico en la aplicación de las normas que rigen su ser y su actuar”.

El profesor y ex Presidente de la República, Patricio Aylwin Azócar, efectúa una precisa y notable síntesis de la evolución y progreso del régimen jurídico de la Administración del Estado de Chile, particularmente en las tres últimas décadas. Para ello, previamente pasa revista a las concepciones del Derecho Administrativo, desde aquellas que se centran en la estructura y funcionamiento de los servicios públicos, enfatizando por tanto las potestades públicas, pasando por aquellas que se ocupan de la protección de los derechos de las personas frente la omnipotencia del Estado, concluyendo con

una tercera posición -tesis que suscribe- en cuanto a entender al Derecho Administrativo como un conjunto de reglas y principios que permitan una justa ecuación o equilibrio entre el bien común y el respeto a los derechos individuales. En su opinión, aún está pendiente el establecimiento de un sistema integral de lo contencioso administrativo, la coordinación del sistema nacional de control y la profundización de los procesos de descentralización regional y comunal.

Por su lado, el estudio de las potestades administrativas en la doctrina chilena es analizada por Sandra Alvarez, para lo cual distingue diversas etapas. La primera (de 1833 a 1979), se encuentra marcada por un Estado potestativo exorbitante, reconociendo potestades coercitivas, disciplinarias, sancionadoras, ejecutivas, reglamentarias o normativas y jurisdiccionales. A partir de los años ochenta, anota la autora, surge cierta doctrina que enfatiza la circunstancia que las potestades deben ser observantes de los derechos fundamentales. Finalmente, resalta la circunstancia que a partir de los noventa se refuerza la potestad reguladora entregada a múltiples organismos de carácter técnico.

En particular, la potestad normativa municipal, es abordada por Ramón Huidobro, quien se remonta a sus orígenes y a su evolución como consecuencia de las diversas legislaciones aprobadas. En la actualidad, las resoluciones municipales adoptan la forma de ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios e instrucciones, debatiéndose acerca de su alcance, en especial en relación al establecimiento de derechos. Se hace presente los mecanismos de control existente y los principales dictámenes de la Contraloría General de la República, dado que se trata de una materia en la que el órgano contralor usualmente efectúa un control a posterior. El autor insta a la necesidad de la dictación de una Ley Marco de Descentralización, que sea un instrumento flexible que permita en definitiva fortalecer la autonomía, tal como lo ordena el mandato constitucional.

Por su lado, la profesora Gladys Camacho se centra en el estudio por parte de la doctrina chilena de la actividad administrativa. Una primitiva visión estaría centrada más bien en el deber de conservación del ciudadano, dando protección a su vida y seguridad. A fines del siglo XIX se procura el mantenimiento del orden sin trabar el progreso. Luego, se enfatiza la sistematización del acto administrativo, siguiendo como modelo concepciones tradicionales del negocio jurídico. A su turno, en la mitad del siglo XX, como consecuencia de las labores realizadas por el Estado, se destaca el servicio público. Mientras que en los años setenta y ochenta se orientará al rol subsidiario del Estado.

La organización administrativa del Estado en Chile es estudiada por Natalia Muñoz, para lo cual se sistematiza su evolución constitucional. Así, en el siglo XIX, la centralización es uno de los elementos configuradores de la estructura administrativa. Bajo la vigencia de la Carta de 1925 se refuerzan los servicios públicos y las empresas del Estado. En la actual Carta Fundamental el concepto de administración es bastante genérico, utilizándose una terminología equívoca. Por lo mismo, se dictó la Ley de Bases de la Administración la que contempla una singularización de los órganos que conforman la administración, dejando a salvo por cierto los órganos autónomos constitucionales. Las empresas del Estado también tienen hoy un estatus diferenciado, desde que, como lo señala el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, sólo una ley de quórum calificado puede autorizar su establecimiento, quedando en tal caso sujeto a la legislación común aplicable a los particulares.

Claudio Moraga contribuye con dos colaboraciones. La primera relativa al procedimiento administrativo, el que se ha ido configurando paulatinamente. Primero, a través de leyes misceláneas. Luego desde 1950 mediante dictámenes de la Contraloría General de la República. Más tarde tendrá un rol

fundamental el seminario nacional organizado por la Comisión Nacional de reforma administrativa y Naciones Unidas. La última etapa se materializa con la dictación de la ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la administración del Estado, los que quedan configurados a través de diversas etapas, como son la iniciación, instrucción y finalización.

Moraga también revisa los contratos administrativos en la doctrina chilena y sus diversas posiciones, desde los que niegan su existencia, pasando por lo que estiman que en ellos prima el principio *rebus sic stantibus*, hasta otros que critican la circunstancia de que el contrato haya sido puesto a disposición de entes que son la personificación del autoritarismo. La administración celebra contratos propios del derecho privado, pero por sobre todo convenios y acuerdos cuya regulación es dada por el Derecho Público en atención a sus fines.

La obra finalizada con un estudio de Cristián Román acerca de la responsabilidad patrimonial de la administración del Estado en Chile, en donde se sintetiza los pronunciamientos efectuados por nuestros tribunales, incluso en el Derecho Indiano, hasta las diversas etapas que se aprecian en el siglo XX. En este último, cabe destacar las variaciones experimentadas por las diversas sentencias emanadas de la Corte Suprema, desde aquellas que distinguieron reglas propias del Derecho Público, pasando por las tesis que diferenciaron los actos de autoridad y gestión, hasta su configuración vigente con base constitucional, lo que ha significado una variada jurisprudencia en la materia, en la cual ciertamente ha tenido un rol preponderante la opinión de la doctrina administrativa.

Como puede apreciarse, en materia administrativa, ha existido una estrecha vinculación entre la evolución de la legislación y las tendencias jurisprudenciales, en todas las cuales ha tenido un rol preponderante la opinión de los tratadistas y estudiosos de la materia. Sólo piénsese en el caso de la nulidad de derecho público, en la que las diversas teorías expuestas por los cultores de la disciplina ha motivado un variado pronunciamiento por parte de nuestros tribunales de justicia.

La relevancia que hoy tiene el Derecho Administrativo en Chile hace que sea muy oportuna la sistematización y estudio de la evolución de nuestra doctrina, desde Santiago Prado a la fecha, desde que mucho de los “nuevos” problemas, son tan nuevos, de puro “viejos”.

**Cristián Román Cordero**

Instructor de Derecho Administrativo  
Facultad de Derecho – Universidad de Chile

***El Soft Law Administrativo.  
Un estudio de los efectos jurídicos de las  
normas no vinculantes de la Administración***

**Daniel Sarmiento, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2008, 200 págs.**

*“No encuentro eso tan mal de parte vuestra. Bien sé lo que pasa con esa ciencia. Leyes y derechos se transmiten de un modo hereditario como la enfermedad perenne; van arrastrándose de generación en generación y avanzan lentamente de un lugar a otro. La razón se convierte en sin razón, el beneficio en ofensa.*

*¡Desgraciado de ti que eres nieto! Del Derecho que con nosotros nació, de él ¡ay! nunca se habla” (Fausto, Goethe)*

En las últimas décadas la Humanidad entera ha experimentado cambios de tal magnitud que exigen efectuar una exhaustiva revisión del Derecho<sup>1</sup>, no sólo de sus normas positivas sino que también de sus institutos y su razón, para actualizarlos a los nuevos tiempos que corren, y si ello no es posible, reemplazarlos por otros idóneos, pues lo contrario sería condenarlo a una pasiva obsolescencia.

Si bien esto puede predicarse en relación a todas las ramas del Derecho, debe serlo con mayor fuerza en relación al Derecho Público, en especial al Administrativo<sup>2</sup>. No sólo porque es particularmente

<sup>1</sup> Vid. En cuanto al Derecho en general: FERRARESE, Maria Rosaria, *Il diritto al presente, Globalizzazione e tempo delle istituzioni* (Bologna, Il Mulino, 2002). MINDA, Gary, *Teorie postmoderne del diritto* (Bologna, Il Mulino, 2001). FERRARESE, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione, Diritto e diritti nella società transnazionale* (Bologna, Il Mulino, 2000). En cuanto al Derecho Administrativo: CASSESE, Sabino, *La Globalización Jurídica* (Madrid, Marcial Pons, 2006). FERRARA, Rosario, *Introduzione al diritto amministrativo* (3ª edición, Bari, Editori Laterza, 2005). ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, *Derecho Administrativo y Globalización* (Madrid, Thomson-Civitas, 2004). MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, (Madrid, Editorial Thomson-Civitas, 2004). CASSESE, Sabino, *La Crisis del Estado* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003). ROMAN CORDERO, Cristian, *Neoadministrativo(s)*, *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, N° 4, p. 263. ROMAN CORDERO, Cristian, *La Metamorfosis del Derecho Administrativo*, ponencia presentada en las XXXVII Jornadas de Derecho Público celebradas en la Universidad Católica de Valparaíso.

<sup>2</sup> Sobre el particular Chevallier expresa: “Las actuales sacudidas que afectan al Derecho administrativo son producto de un conjunto de determinaciones externas al propio sistema, extrañas a su lógica e incompatibles con su racionalidad: el debilitamiento del Estado-nación, la banalización de la gestión pública y de la extensión correlativa de la competencia judicial, el movimiento de penalización de la vida pública, el cuestionamiento de los privilegios estatales, el proceso de internacionalización y de constitucionalización de los derechos fundamentales, la afirmación de la jurisprudencia constitucional, la potenciación de los Tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo [...]. Tales determinaciones externas actúan como limitaciones sobre el campo del Derecho Administrativo, que se haya desestabilizado. La toma en consideración de esta dinámica económica, social, política, ideológica, y el análisis de su impacto sobre

sensible a los cambios sociales y políticos –y globales–, sino que, además, por otras dos razones. En primer lugar, porque los pilares sobre los cuales se ha construido, entre los cuales se cuenta la soberanía del Estado, el monopolio estatal de las fuentes del Derecho, el “fetichismo” de la ley –parafraseando a Duguit–, entre otros, se hallan inmersos en una manifiesta e irreversible crisis, así como el mismo Estado. Y en segundo lugar, porque el Derecho Público, como garante del interés público que es, no puede con su atraso y, consecuente, impotencia, ser aplicado de forma descontextualizada a los esquemas en los que fue ideado, para convertirse de ese modo en un santuario de intereses privados<sup>3</sup>.

Pues bien, esta es la gran tarea a la que, a mi juicio, convocados estamos en la hora presente quienes nos dedicamos al estudio de esta disciplina. Hoy no es posible, conforme señalara Nieto, “quedarse en casa sobando y resobando *ad nauseum* las cuestiones de siempre, discutiendo el sexo de los ángeles domésticos y repintando las fachadas de edificios deshabitados”, esto es, seguir, “manejando inercialmente las técnicas decimonónicas (en su día magistrales)”<sup>4</sup>, menos aun cuando la mismísima razón jurídica que las informa se muestra “desgarrada, incongruente, anacrónica, inútil cuando no perjudicial, en la que se acumulan sin orden ni concierto conceptos heterogéneos provenientes de diversos naufragios culturales, incapaz de explicar la realidad de hoy que se empeña en desconocer, e inviabile en un futuro próximo; una veleta ideológica y técnicamente un juego de palabras y conceptos”<sup>5</sup>.

En este contexto, el libro que tengo el honor de reseñar no sólo advierte la necesidad de una reelaboración del Derecho Público, en especial del Administrativo, cuestión en la que muchos coinciden, sino que, además, da un paso adelante en orden a precisar en qué se traduce aquello en lo que concierne a un aspecto de singular relevancia, cual es la nueva configuración del sistema de fuentes del Derecho Administrativo, y en especial el creciente y relevante rol que en él están adquiriendo los instrumentos propios de *soft law* administrativo.

Duguit, visionariamente, en 1906, señaló que “es un gran error creer que el progreso social se mide por medio de las nuevas leyes que dictan los gobernantes. Por otra parte, en el porvenir [...] harán cada vez menos leyes, porque las relaciones de los individuos y los grupos se regirán sobre todo por regulaciones convencionales [...] por la regulación que resulte de un acuerdo entre dos o más grupos, los gobernantes no deberán intervenir más que para darle la sanción, controlarlo y vigilarlo”<sup>6</sup>. Pues bien, el libro que reseño trata precisamente sobre aquél otro Derecho, llamado *soft law* -en oposición al clásico, *hard law*-, el cual si bien emana preferentemente de regulaciones convencionales, ya sea por la Administración (en función de particulares), entre la Administración y particulares, o entre estos últimos, de una u otra manera ha ido adquiriendo creciente fuerza vinculante en base a la *auctoritas* de quien proviene o de la *potestas* que indirectamente adquiere al incorporar el Derecho clásico sus instrumentos o reenviar a ellos.

Sobre el particular previene Sarmiento que el *soft law* “es uno de los ejemplos paradigmáticos a los

el Derecho administrativo, alcanza a la perspectiva que está en el corazón de la ciencia del Derecho” CHEVALLIER, J., *Doctrine ou science?*, en *L'Actualité Juridique-Droit Administratif* (20 juillet/20 Août 2001), p. 604.

<sup>3</sup> Véase: SILVA CIMMA, Enrique, *La errada tesis del desmantelamiento del Estado. La inderogabilidad de lo público*, en *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2000, p. 175 y ss.

<sup>4</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro, *Recensión al libro de Esteve Pardo: Autorregulación. Génesis y efectos*, en *Revista de Administración Pública* 160 (2003), p. 427.

<sup>5</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro, *Crítica de la Razón Jurídica*, Editorial Trotta, Madrid 2007, p. 37

<sup>6</sup> DUGUIT, León, *Le droit social, le droit individuel et la transformation d'Etat*, Paris 1908, p. 57.

que intenta dar cobertura la nueva gobernanza. Mediante instrumentos ajenos al sistema de fuentes la Administración puede adoptar normas en las que participen todos los actores afectados por la decisión, o incluso pueden ser actos adoptados por los propios particulares. De la misma manera, el *soft law* puede incorporar mecanismos de aprobación y reformas ágiles donde prima la celeridad y la eficiencia respecto de los procedimientos formalizados previstos para la adopción de normas de naturaleza legal o reglamentaria. Incluso cabe la posibilidad de que las normas de *soft law* sean el resultado de un acuerdo entre sujetos públicos y privados, otorgando a la Administración un papel secundario que facilita la regulación desde instancias más cercanas al ciudadano. Esta aplicación flexible también se traduce en la vertiente de los efectos, al admitir que el *soft law* sea vinculante o no, en función de lo que establezca el *hard law*.<sup>7</sup>

En cuanto a su fuerza vinculante, cada vez más evidente, que los erige en una suerte de Derecho “indicativo”, el autor del libro que reseño nos señala que “el *soft law* surte efectos jurídicos desde la óptica de la interpretación y condiciona el margen de discrecionalidad de la Administración que debe aplicarlo. Por tanto, si el *soft law* no es parte del sistema de fuentes (salvo que una norma de *hard law* diga lo contrario para una forma específica de *soft law*), cuando menos es una herramienta que genera efectos jurídicos en un plano que no es necesariamente el de la validez. Aunque el *soft law* no sea parámetro normativo para determinar la nulidad o anulabilidad de actos y disposiciones generales, nadie parece dudar de la capacidad del *soft law* para condicionar la decisión final que adopte la Administración. Una capacidad que se produce principalmente en el terreno de la interpretación y en la relación del *soft law* con los principios generales del Derecho (destacadamente la interdicción de la arbitrariedad de los poderes público y la seguridad jurídica)”<sup>8</sup>.

Concluyo, por tanto, que el libro que reseño pone de relieve que el *soft law* no es una nueva técnica legislativa sino que un verdadero cambio de paradigma del Derecho Administrativo, antesala de uno nuevo, fenómeno que por ello no debe ser ignorado, sino por el contrario que preciso es reconocer, recoger y estudiar, por más que resulte extraño a conceptos tradicionales, pues no puede olvidarse en este sentido lo que señalara Cassese en cuanto a que la crisis que experimenta el Derecho Administrativo “no es tanto una crisis del ordenamiento cuanto una crisis intelectual y por ende relativa a la capacidad de análisis de una ciencia jurídica habituada desde antiguo a una historia fría, sin apenas cambios, que permitía actuar por mera acumulación y perfeccionamiento de las técnicas existentes”<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> SARMIENTO, Daniel, *El Soft law administrativo*, Editorial Thomson Civitas, Madrid 2008, p. 70.

<sup>8</sup> *Ibid*, p. 71.

<sup>9</sup> CASSESE, Sabino, *Crisis y transformaciones del Derecho administrativo*, en *Documentación Administrativa* 250-251(1998), pp. 215-225.

Cristián Román Cordero  
Instructor de Derecho Administrativo  
Facultad de Derecho – Universidad de Chile

## *El Procedimiento Administrativo Sancionador y los derechos fundamentales*

Lucía Alarcón Sotomayor, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2007,  
532 págs.

*“- No puede usted salir; está arrestado.*

*- Así parece –dijo K-; y ¿por qué? –preguntó*

*No nos corresponde decírselo. Vuelva a su cuarto y espere allí. El procedimiento ya está en marcha, de modo que se enterará de todo a su debido tiempo. Sepa que sobrepaso los límites de mis funciones al hablarle tan amistosamente. Pero confío que me oiga sólo Franz, quien, asimismo, infringiendo todas las disposiciones, se muestra demasiado cordial con usted. Si continúa usted teniendo tanta suerte como en la designación de sus guardias, puede abrigar esperanza.”*

*(El proceso, Kafka)*

Ya no se discute en Chile sobre la constitucionalidad de la atribución legal de potestades sancionadoras a la Administración del Estado, mas sí sobre los límites a los cuales debe conformarse su ejercicio para ser conforme a la Carta Fundamental. En este contexto, mucho se ha dicho en relación a las limitaciones de orden sustantivo, esto es, sobre los principios que son tomados del Derecho Penal y transportados, “por regla general” o “con matices”, al Derecho Administrativo Sancionador, mas poco en relación a sus limitaciones de orden adjetivo o procedimental.

Lo anterior se aprecia igualmente en la literatura comparada. Así, por ejemplo, el libro de Alejandro Nieto García, “Derecho Administrativo Sancionador”<sup>1</sup>, señero en esta materia, se refiere al primero de tales tópicos obviando el segundo, mas el libro que tengo el honor de reseñar subsana tal omisión y por su profundidad y rigor metodológico se erige como digno complemento de aquél en lo concerniente a las limitaciones de orden adjetivo o procedimental al ejercicio por parte de la Administración de sus potestades sancionadoras<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 3era edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2002.

<sup>2</sup> Cabe señalar que si bien este tópico ha sido tratado previamente por otros autores, estimo que ninguno de ellos lo ha hecho con la claridad y profundidad del libro que reseño. Entre ellos merecen destacarse: COBO OLVERA, Tomás. El procedimiento administrativo sancionador tipo. Barcelona, Editorial Bosch, 2001. DELLIS, George. Droit Pénal et Droit Administratif. La influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997. GARBERÍ

En efecto, el libro de Alarcón Sotomayor se explyata latamente, a la luz del Derecho español, comparado e Internacional de Derechos Humanos, sobre el contenido de los derechos y garantías que necesariamente debe consultar un procedimiento administrativo sancionador en beneficio del perseguido en dicha sede, muchos de los cuales son tomados del proceso penal, pero que deben, como resulta obvio, ser adaptados en forma más tenue y flexible en el marco de la persecución administrativa. Entre ellos, la autora distingue y desarrolla extensamente, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, el derecho a la defensa y a la asistencia de letrado, el derecho a la prueba (a allegarla e impugnarla) y, finalmente, el derecho a la presunción de inocencia (en relación, especialmente, a la prueba válida, a la carga de la prueba, a la valoración de la prueba, valor de los actas de inspección y atestados policiales o de funcionarios ministros de fe y como regla de tratamiento).

Como se aprecia, el libro que reseña trata con gran profundidad una temática de gran actualidad y relevancia, cuyo desarrollo en nuestro medio es, lamentablemente, bastante limitado<sup>3</sup> y que, en síntesis, se caracteriza por la existencia de una gran cantidad de procedimientos administrativos sancionadores, muchos de los cuales ni siquiera delineados están en sede legal en sus aspectos medulares y en los cuales no es posible advertir, con nitidez, que satisfagan los imperativos de un justo y racional procedimiento administrativo sancionador.

LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe. *El Procedimiento Administrativo Sancionador*, Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch, 2001.

<sup>3</sup> En cuanto a la legislación, sirva recordar el proyecto de ley de bases de los procedimientos sancionatorios, presentado en el año 2004, pero que lamentablemente fuera retirado. En lo que concierne a la jurisprudencia preciso es tener presente las numerosas sentencias del Tribunal Constitucional en las que éste se ha pronunciado sobre el particular, por regla general en el marco del control preventivo de constitucionalidad, estableciendo el derecho al procedimiento administrativo sancionador, al procedimiento administrativo sancionador establecido en la ley y a un justo y racional procedimiento administrativo sancionador, etcétera. En cuanto, a la doctrina, véanse, entre otros: AGUERREA MELLA, Pedro. "Límites procesales a las potestades sancionadoras de la Administración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo*. 1era edición, Santiago, Conferencias Santo Tomás de Aquino, 2005, p. 96. ROMÁN CORDERO, Cristian. "El castigo en el Derecho Administrativo", en *Revista de Derecho y Humanidades* (en prensa).

