

DOCTRINA

El Poder Ejecutivo como Administración del Estado

The Executive Branch as the Administrative Power

Pía Macarena Chible Villadangos 

Abogada, Chile

RESUMEN El objetivo de esta investigación es resituar conceptualmente a la Administración del Estado en el contexto de un Estado Administrativo moderno, ofreciendo un marco conceptual más adecuado para su correcta inteligencia y poniendo de relieve algunos déficits de las teorías trabajadas por la doctrina para dar cuenta de la actividad de intervención de la Administración. Lo anterior, con el propósito de mostrar que la tradición jurídica occidental ha sido reacia a aceptar configuraciones del Estado donde prevalezca la idea de Estado social, otorgando preeminencia al Estado de derecho liberalmente concebido. Bajo este paradigma, el lugar que corresponde a la Administración es el de un mero ejecutor de normas, no el de un Estado construido en torno a un propósito común: el interés general.

PALABRAS CLAVE Poder Ejecutivo, Administración del Estado, legalidad, Estado de derecho.

ABSTRACT The purpose of this investigation is to analyze the role of the Administration in the context of a modern Administrative State, by offering a conceptual scheme that might be more suited for the better understanding of what the Administrative Office entails, and by commenting on some of the problems facing the basic theories that are usually cited for this purpose. What is ultimately argued is that western jurisprudence has usually favoured an understanding of the State that is centered on the liberal ideal of Rule by Law. Under this paradigm, the role of the Administration is limited to a mere executor of legislated mandates, minimizing its role in the search for the general interest.

KEYWORDS Executive branch, Administrative Office, legality, rule by law.

Introducción¹

El auge del Estado administrativo fuerza a reflexionar sobre qué es lo que conforma a la Administración del Estado y sus límites. Esta investigación tiene por objeto resituar conceptualmente a la Administración del Estado en el contexto de un Estado moderno,² ofreciendo un marco conceptual más adecuado para su correcta inteligencia (por la vía de una revisión de los conceptos más fundamentales presentados por Lorenz von Stein) y poniendo de relieve algunos de los déficits más prominentes de las teorías acogidas por la doctrina chilena para dar cuenta de la actividad de intervención de la Administración (fundamentalmente, en lo que respecta a la clasificación tripartita de Jornada de Pozas y la manera en que se habría recibido el «derecho de policía» en la doctrina nacional). Lo anterior, con el objetivo de mostrar que la tradición occidental ha sido más bien reacia a aceptar configuraciones del Estado donde prevalezca la idea de Estado social, otorgando preeminencia al Estado de derecho liberalmente concebido. Así las cosas, no resulta sorprendente que el paradigma del derecho administrativo haya terminado por identificarse plenamente con una de sus manifestaciones: el derecho de la policía, vinculado a la limitación y ordenación de la actividad doméstica, y minimizando el rol transformador del administrador.

Ahora bien, la tesis fundamental de la presente investigación se refiere a lo que subyace a cada uno de estos modos de comprender el rol de la Administración, es decir, la tensión constante entre dos formas de concebir el Estado. En los términos utilizados por Michel Foucault, se trata de la tensión existente entre la idea de Estado como *pastorship* (donde el líder se ocupa no solo de la supervivencia y el mantenimiento de la comunidad política, sino especialmente de su desarrollo espiritual) y de Estado como *rulership* (donde el líder opera como gobernante destinado a mantener la unidad de una multitud determinada). En palabras de Michael Oakeshott, se trata de la oposición existente entre una asociación que es concebida como *universitas* (donde la comunidad es definida en torno a un fin sustantivo en pos de la cual se estructura y desenvuelve) y una entendida como *societas* (donde lo único que une a cada integrante de la comunidad política es la lealtad a partir de la cual el desarrollo personal e individual se hace probable). Finalmente, en los términos utilizados tradicionalmente por la doctrina ju-

1. Agradezco al profesor Carlos Carmona Santander por los valiosos comentarios a la memoria de licenciatu-
ra de la que este artículo es parte.

2. En esta contribución emplearé la noción de «Estado moderno» extendida en la literatura filosófico-
política y jurídica, que sitúa su origen histórico en el siglo XVII (véase Loughlin, 2010: 283, con referencias a
la reconstrucción histórica de Quentin Skinner). En palabras de Martin Loughlin, «solo en la era moderna,
cuando el término [Estado] se disocia de una relación personal de gobierno del príncipe, adquiere este
su significado contemporáneo como un ámbito político existente con independencia del gobernante. Los
arreglos gubernamentales de la Edad Media eran funcionales a la existencia de los tres estamentos del reino
—de aquellos que luchan, aquellos que rezan y aquellos que trabajan—; y solo con el surgimiento del abso-
lutismo pudo adoptarse una comprensión de un reino que comprendía a todos los demás estamentos»
(Loughlin, 2010: 186-187). Agradezco a un árbitro anónimo la sugerencia de incorporar esta clarificación.

rídica, se trata de la compleja relación que puede ser observada a partir de un principio de legalidad entendido en sentido negativo (como no intervención) o en sentido positivo (como habilitación).

Bajo un paradigma liberal de Estado de derecho (configurado a partir de la idea de *rulership*, *societas* y legalidad en sentido negativo), el lugar que corresponde a la Administración es el de la ejecución de normas y no la creación de estas. Sin embargo, analizar punto por punto cada uno de los elementos que llevaron a la configuración de la Administración en el Estado moderno ofrece una oportunidad emancipadora, en la medida en que se hace evidente que la comprensión dominante no es inherente a la idea misma de administración. Más aún, en un esfuerzo por liberar a la Administración de los dogmas del Estado moderno, es posible construir una «moralidad interna» del derecho administrativo a partir de la cual se observa con claridad la manera en que su mandato es más armónicamente entendido bajo un lente de legalidad en sentido positivo (y así, entonces, bajo la idea de una asociación como *universitas* y un Estado como *pastorship*).

Bajo esta mirada, el paradigma reinante ya no es el de un Estado policía como Administración sujeta a limitaciones iusprivatistas para intervenir en la esfera particular de los administrados, sino el de un Estado construido en torno a un propósito común: el interés general. En este contexto, la Administración se presenta como una práctica jurídica, dotada de principios y limitaciones que le son propias, y de una moralidad interna atravesada por consideraciones prudenciales. Este es el primer paso hacia la comprensión de Administración que opera con autonomía, pero en concordancia con la potestad normativa del legislador.

Ejecución y administración

La existencia del Estado

De la mano de Lorenz von Stein, es posible observar que la clave de una configuración armónica de la relación entre legislación y administración se encuentra en la correcta comprensión de lo que debe ser entendido por la vida del Estado. Para el autor, el Estado posee todos los elementos de existencia personal que son propios de la personalidad (natural o jurídica), contando con una existencia positiva (con alma, cuerpo e individualidad) y una existencia personal (un espacio de autodeterminación que consta de un yo, una voluntad consciente y un acto).

La descripción no pretende simplemente ofrecer una metáfora para la comprensión pedagógica de la manera en que opera el Estado,³ sino una tesis con respecto al modo

3. Sí sería el caso para la metáfora del cuerpo humano ofrecida por John Salisbury, según la cual era posible asemejar la estructura de la sociedad a la de un cuerpo donde la cabeza era ocupada por el rey, el corazón era el lugar que correspondía al Senado, mientras que los oídos y la lengua correspondían a los gobernantes de las provincias. Asimismo, el cuerpo poseía una mano armada y una desarmada, situándose los soldados en la primera y los funcionarios en la segunda. Para una descripción detallada de la metáfora de Salisbury, véase Rubin (2005: 39-40).

en que este realmente adquiere su personalidad y, de esta forma, el sentido que subyace a la intrincada relación entre uno y otro poder público. Para Lorenz von Stein, «del todo recibe la parte su esencia y su inteligibilidad. Este todo es el Estado vivo, como se ha desarrollado históricamente» (Stein, 2016: 145).

La existencia positiva del Estado, entonces, es posible a partir de la identificación del cuerpo del Estado, su alma y su individualidad. El primero es el territorio, cuya descripción es trabajo de la geografía. El segundo, es su pueblo, cuyo estudio corresponde a la etnografía. El tercero, finalmente, surge de la interacción entre pueblo y territorio, ambos obrando «independiente pero recíprocamente al unísono» (Stein, 2016: 147), dando forma a la relación a partir de la cual se origina la vida natural del Estado, que es única para cada caso y da origen a su individualidad.

La existencia personal del Estado, por otro lado, se enfrenta a la vida natural en un segundo plano, haciendo posible la identificación de agencia y acción en este. Así, von Stein entiende que el primer órgano de su vida personal se encuentra en el jefe del Estado, cuya «función consiste en mostrar la unidad personal de todos los factores del Estado y representarla en la existencia y la voluntad de una persona» (Stein, 2016: 147). El Estado es, en un sentido relevante, su jefe, y el jefe es, por tanto, «el yo del Estado» (Stein, 2016: 147).⁴ En términos más sencillos, es el jefe del Estado el que permite constituir una unidad a partir de la colectividad de individuos, abarcando bajo su sombra a todo órgano estatal.⁵

El segundo órgano que conforma la vida personal del Estado es su voluntad. A partir del reconocimiento de la libertad como posibilidad de autodeterminación de los miembros de la comunidad política, la voluntad del Estado solo puede ser una voluntad libre, y es la Constitución lo que da forma al proceso por medio del cual se constituye y reconoce la voluntad libre del Estado. Así, el órgano que conforma la voluntad en la vida del Estado es, por referencia a la Constitución, el Congreso, y es, por tanto, su pronunciamiento en la forma de ley lo que nos permite identificarla.

Nuevamente, el tercer órgano del Estado se presenta como la síntesis de la interacción entre jefe y voluntad, dando origen al acto del Estado que surge de la realización concreta de la voluntad abstracta. El acto del Estado debe dar cuenta de la «particularidad de la existencia concreta que abarrota el Estado», mientras realiza «la unidad de su voluntad que impera sobre la particularidad» (Stein, 2016: 148). El acto supone esta tensión y es en esta lucha constante donde surge el Poder Ejecutivo, como la ejecución de la voluntad soberana sin mediar condiciones cambiantes de territorio, pueblo, economía y sociedad. Así, surge el Estado en su vida personal como el constante trabajo de voluntad y acto (o legislación y ejecución), que solo puede avanzar y atravesar lo que

4. En este sentido específico, Luis XIV de Francia tenía razón al declarar: *L'État, c'est moi*.

5. Quizás un escenario en que esto se hace particularmente evidente sea el derecho internacional público, ya que, en ese contexto, cada jefe de Estado asume la forma del Estado mismo, reuniendo en su interior la totalidad del aparato público que se observa —desde adentro— como compuesto de órganos autónomos y diferenciados.

podríamos identificar como el vacío de particularidad de la ejecución,⁶ por medio de la administración efectiva.

Las formas orgánicas fundamentales del Poder Ejecutivo

Ahora bien, a partir de la reconstrucción teórica ofrecida por von Stein, es posible establecer una importante diferencia entre la idea de «Poder Ejecutivo» y la de «Administración del Estado». Y es que mientras el Poder Ejecutivo constituye la manifestación autónoma de los actos del Estado dotados de organismo y derecho propio, mediando toda actividad estatal desde la voluntad hasta la ejecución (Stein, 2016: 159), la administración efectiva (o administración, en general) constituye la voluntad del Estado que se pretende hacer efectiva asumiendo la particularidad que se le enfrenta. La Administración, por tanto, es quien debe «expresar y hacer valer, junto con la legislación, el ser general del Estado» (Stein, 2016: 151), reemplazando y adecuando la voluntad manifestada para lograr su correcta aplicación a la realidad concreta. Es por eso que cuando la doctrina se pregunta por la mejor manera de entender las potestades de un órgano de la Administración mandado a resguardar un fin de la vida del Estado (como puede ser el caso de una superintendencia, un servicio público o cualquier órgano de la Administración), es preciso notar que esta se pregunta por el rol de la Administración y no del Poder Ejecutivo, ya que este último se enfrenta únicamente la ejecución de la voluntad legislada, mientras que solo el primero propende a su efectiva realización.

La administración efectiva es, entonces, toda la actividad del Estado donde el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo conviven en la regulación de los distintos ámbitos que conforman la vida del Estado. Es por esto que, contrario a lo que parece seguirse de un principio de separación de poderes que diferencia a cada uno de sus miembros por referencia a la actividad que desempeña, la actividad de administrar no compete solamente a la Administración del Estado, sino más bien a ejecución y legislación en tanto acto y voluntad.

Ahora bien, en lo que compete al legislador, su rol en torno a la Administración del Estado se acaba con la determinación de los lineamientos generales que constituyen la voluntad pública. En cuanto al Poder Ejecutivo, von Stein identifica tres formas orgánicas fundamentales a partir de las cuales surge la Administración. La primera de ellas permite otorgar unidad a la vida del Estado en la forma de un gobierno, encabezado por el jefe del Estado que es, al mismo tiempo, la cabeza del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Su virtud radica en la posibilidad de aunar los cuerpos autónomos que conforman el Estado bajo un liderazgo común. La segunda y tercera forma orgánica fundamental, en cambio, se refiere precisamente a esos cuerpos autónomos que dan

6. Así como la judicatura tiene el deber de atravesar lo que Michael Detmold llamó el «vacío de particularidad» existente entre la legislación y el caso concreto que reclama adjudicación (la distancia existente, el supuesto abstracto y el caso particular), es la Administración la encargada de atravesar un vacío análogo para transformar las prescripciones legales en actuación efectiva (vacío de particularidad de ejecución) (Detmold, 1989: 436-471).

origen a la administración libre bajo las formas de autoadministración y el sistema de asociaciones, correspondientemente.

Este último se refiere a «todas las formas en las cuales los individuos se asocian libremente para alcanzar un fin determinado», en cuanto ese fin supone la ejecución de una tarea que es propia de la Administración. Dada su especial naturaleza que lo sitúa en un ámbito «en parte público y en parte privado» (Stein, 2016: 182), su estudio excede el marco de la presente investigación.

La autoadministración, en cambio, se refiere a los espacios de administración efectiva que admiten, de manera más directa, «la administración libre como participación organizada y legítima de los ciudadanos en la función ejecutiva en general y en la administrativa en particular» (Stein, 2016: 170). Es, en otras palabras, los espacios donde más inmediatamente se observa la voluntad general aplicada a las particulares condiciones de territorio, pueblo, economía y sociedad, a saber, las zonas de administración local (Stein, 2016: 172).⁷ En este sentido, von Stein distingue entre dos ámbitos fundamentales de la autoadministración. Por un lado, están las representaciones (solicitudes, peticiones, encuestas, consejos, entre otros) que permiten conocer «la voluntad libre y los intereses de los individuos para expresar deseos y exigencias sobre la tarea de ejecución» (Stein, 2016: 171). Por otro lado, está la autoadministración en sentido estricto, que se refiere a la zona «localmente limitada» sobre la cual se ejerce la administración (provincias, municipios y corporaciones).

Lo relevante a notar, en este punto, es la importancia que von Stein reconoce a las administraciones locales por representar el más prístino ejemplo de administración efectiva, ya que al encontrarse la autoadministración lo más cerca posible con el individuo que conforma la comunidad política, al requerir más inmediatamente de un correcto manejo del territorio que gestiona y al observar con mayor claridad las discrepancias existentes entre la norma abstracta y la necesidad local, su actividad solo puede ser efectiva actuando con una autonomía que no es sino la máxima expresión de coordinación entre Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, ejecutando, reemplazando y ampliando la voluntad declarada para realizar el ser general del Estado.

Los poderes de ejecución

En la dilucidación de la intrincada configuración de la Administración del Estado, Lorenz von Stein se pregunta cuáles son los poderes de ejecución que hacen posible la actividad estatal. En ese contexto, el autor distingue entre:

- El poder de decreto y ordenanza.

7. Dice von Stein: «La función de la autoadministración, conforme a su concepto, consiste en asumir la función del gobierno en cuanto este último puede ser modificado por intereses limitados y circunstancias locales». Para un ejemplo de lo que constituiría un escenario de autoadministración en lo que respecta a las potestades normativas locales, sobre potestad reglamentaria de gobiernos regionales, véase Ferrada (2002: 301 y ss.).

- El poder de organización.
- El poder de constricción (Stein, 2016: 159-160), sin perjuicio de que al caracterizar la función de los ministerios y servidores públicos utilice además la idea de;
- El poder de disposición (Stein, 2016:166).

Este último da cuenta de la facultad de decisión existente en los órganos de la Administración, siendo posible establecer una clara relación entre la amplitud de la disposición y la autonomía del órgano cuya determinación se analiza. Así, por ejemplo, mientras puede ser pacífico que las autoridades del sistema burocrático cuenten con poder de disposición, lo mismo no es evidente para las autoridades del sistema ministerial, que operan más bien como representantes del jefe de Estado en cada ámbito de Administración (Stein, 2016: 166).

El poder de constricción (o de policía de seguridad), por su lado, se refiere a las potestades de los órganos de la Administración para «el empleo de medios físicos contra la resistencia del individuo» (Stein, 2016: 166). De acuerdo con von Stein, estos pueden ser clasificados como sanciones administrativas, amenazas o medios de constricción efectiva, constituyendo esta última los mecanismos de coordinación con gendarmería para la ejecución de decisiones de la Administración.

En lo que al poder de organización respecta, este se refiere a la planificación, organización y «creación de los órganos del Poder Ejecutivo necesarios para realizar esta actividad» (Stein, 2016: 159). En términos teóricos, de su ejercicio se desprende la facultad de desconcentrar la labor de la Administración, como también la posibilidad de descentralizar sus funciones en órganos específicos y determinados.

Finalmente, el poder de decreto y ordenanza se refiere a la facultad de la Administración de expresar su voluntad autónoma en lo que concierne a la actividad que desempeña. Cuando la voluntad proviene del Poder Ejecutivo en la forma de jefe del Estado, este recibe el nombre de poder de decreto, mientras que si proviene de órganos inferiores, se trata del poder de ordenanza.

El decreto puede, a su vez, clasificarse según su finalidad en ejecutorio, administrativo o de emergencia, según cuál sea la voluntad que se manifiesta por su medio. Así, el decreto ejecutorio tiene por objeto la ejecución de las leyes dictadas por el Congreso, mientras que el decreto administrativo se dicta ahí «donde falta una ley, pero se presenta la necesidad de una determinación suprema» (Stein, 2016: 166). El decreto de emergencia, en tanto, constituye un pronunciamiento excepcional del Poder Ejecutivo, dictado con el fin de suspender el derecho para la protección del orden constitucional vigente (Stein, 2016: 166).

De la caracterización presentada, se sigue que von Stein no observa problema alguno con la iniciativa administrativa para regular situaciones que reclaman su atención. Sin embargo, vale la pena preguntarse qué amplitud reconoce al poder de decreto frente a la voluntad manifestada del legislador. En ese sentido, von Stein reconoce tres principios delimitadores de la autonomía administrativa. En primer lugar, señala que el

decreto debe observar un principio general de no contradicción con la ley, en la medida en que exista una ley susceptible de ser contradicha. Así las cosas, el autor señala que «donde el decreto sobrepasa la ley, porque esta falta, entonces ahí entra la responsabilidad del Poder Ejecutivo», ya que este debe restablecer «la armonía de la voluntad y del acto de la misma» decretando lo que corresponda con el espíritu de la legislación. En segundo lugar, von Stein reconoce que existe un principio de competencia que opera como límite al poder de decreto de la Administración. Conforme a este, «cada función [órgano] solo está habilitada para hacer aquello para lo que fue determinada por la organización», a saber, para desempeñar la función que le fue asignada por medio del poder de organización de la Administración. Finalmente, el tercer principio se refiere a los límites de la constricción, en la medida en que establece el principio de responsabilidad individual de los órganos por sus actuaciones contrarias a derecho (Stein, 2016: 163).

La conjugación de estos cuatro poderes puede ser identificada como «el poder del Estado», formando todos, en principio, parte del repertorio disponible para cada órgano de la Administración. Las limitaciones para su ejercicio estarían dadas finalmente solo por medio del ejercicio del poder de organización que limita la competencia de cada órgano y, además, por el espíritu de la voluntad legislativa manifestada por medio de la ley.

Los modos de intervención de la Administración

La clasificación «tripartita» de Jordana de Pozas

Si bien queda claro, en este punto, cuál es la estructura básica de la Administración por referencia a sus formas orgánicas fundamentales, o bien, por referencia a sus potestades de ejecución, lo cierto es que aún queda pendiente la pregunta por el objeto de la actividad administrativa. En algún sentido, siguiendo a von Stein, sería posible decir que el objeto de la Administración radica en la concreción del mandato legislativo. Sin embargo, como se ha dicho, la mera ejecución (sin mediar actualización) de prescripciones normativas no permite explicar la necesaria institucionalización de un poder público diferenciado para estos efectos. En otras palabras, existe un valor adicional que parece ser alcanzado por medio de la Administración, entendida como la ejecución que reconoce e integra las alteraciones del mundo real al supuesto jurídico aplicable. Y es ese el bien que habría que reconocer como propio y específico de la Administración.

En términos generales, la labor de la Administración puede ser descrita como la mantención y la promoción del bienestar del Estado y su pueblo (Loughlin, 2003: 7), tradicionalmente reducida a la máxima que prescribe *salus populi suprema lex esto* (que el bienestar del pueblo sea ley suprema). Notoriamente ambigua, una definición como esta requiere de un mayor análisis capaz de dar cuenta de la manera en que ella habría de materializarse en la vida del Estado. Es por esto que resulta pertinente preguntarse por la mejor manera de desglosar la función de la Administración.

Lo anterior resulta posible de la mano de Hobbes, quien dio cuenta de las tareas que, concretamente, correspondían con propiedad a la Administración y no a cualquier otro poder del Estado. Para él, las labores de la Administración podían ser reducidas a cuatro categorías:

1. La mantención de la defensa del Estado frente al peligro presentado por enemigos externos.
2. La mantención de la paz al interior del Estado.
3. La facilitación de la adquisición de riquezas por parte de los ciudadanos, en cuanto resultara consistente con la seguridad social.
4. La promoción del máximo ejercicio de la libertad de los ciudadanos (Loughlin, 2003: 8).

Este parece un buen punto de partida. Sin embargo, siguiendo a Loughlin, es necesario considerar que el desarrollo de las labores de este poder del Estado ha evolucionado en la medida en que el conocimiento, el control y los recursos se han encontrado más disponibles para la Administración.

La escala y el poder de la Administración moderna han crecido en tándem con el desarrollo de técnicas que han fortalecido la capacidad de los gobiernos para apropiarse y emplear los recursos disponibles con el objeto de alcanzar estas tareas más básicas. En nombre de la promoción de la seguridad, la libertad y la prosperidad, los gobiernos modernos han aumentado considerablemente el rango de sus actividades, asumiendo al día de hoy responsabilidades con respecto a la promoción y mantención de la economía y el desarrollo social, administrando la economía y proveyendo de bienestar a sus ciudadanos (Loughlin, 2003: 8).

El rol de la Administración es, entonces, uno en constante revisión y desarrollo, en la medida en que no se satisface con el cumplimiento de un mandato delimitado, sino que debe adaptarse a las necesidades de la ciudadanía, en concordancia con lo que los tiempos requieren. Es por ello que el ejercicio de la función administrativa resulta particularmente incompatible con la ejecución de una prescripción inamovible. Desde el punto de vista de la Administración, de lo que se trata es de mantener y promover el bienestar de la ciudadanía, cuestión que puede requerir de intervención en distintas áreas de la vida social en distintos momentos de la historia. En ese sentido, una definición abierta del rol de la Administración (como lo es, por ejemplo, la promoción del bienestar del pueblo), resulta particularmente útil a la hora de delimitar su función, en tanto esta admite el mayor rango de discrecionalidad necesario para ejecutar el abanico de labores que a esta se le exigen. Por el contrario, una definición tendiente a restringir los ámbitos de actuación de la Administración no solo hace inalcanzable la tarea encomendada, sino que, más propiamente, diluye el sentido de la administración como labor del Estado.

Con todo, la doctrina administrativista tradicional ha optado por la específica delimitación de cada una de las actividades de la Administración, desembocando en lo que José Bermejo Vera (1991: 41) ha tildado como una «riqueza tipológica» de las acciones administrativas, en tanto «no existe una noción de actividad administrativa unitaria» (Camacho, 2010: 84). Así las cosas, entre nosotros, Gladys Camacho identifica al menos seis clasificaciones que resultan aplicables a la Administración del Estado, distinguiendo según su efectividad (entre administración positiva o negativa, dependiendo de si requiere una acción u omisión del aparato público), según la manera en que se «externaliza la actuación» (entre actuación formal o sustancial, dependiendo de si se actúa por medio de actos jurídicos determinados o más bien «hechos administrativos» tendientes a concretar la actividad administrativa), según su legalidad (entre legal o ilegal, en virtud de su concordancia con el derecho vigente), según la perspectiva de las partes (entre unilateral o «convencional») o la perspectiva de terceros (entre interna o externa, dependiendo de la afectación de derechos o intereses de particulares) y, finalmente, de acuerdo con el régimen jurídico aplicable (entre actividades de derecho público o derecho privado) (Camacho, 2010: 84).

Sin embargo, «el principal criterio clasificador de la actividad administrativa es [...] el que atiende a su contenido y alcance» (Parejo Alfonso, 2010: 5), favoreciendo la doctrina administrativista una comprensión más acabada de lo que ha sido entendido como la actividad *sustancial de la Administración* por oposición a la actividad *material de la Administración*. En otras palabras, la doctrina tradicional ha privilegiado clasificaciones tendientes a dilucidar el sentido de la actividad administrativa «tomando el enfoque de los fines que esta actuación persigue» (Camacho, 2010: 42), y no así el de las «modalidades [...] y de las técnicas de actuación asociadas a ellas, las cuales, acorde con la específica configuración legal que se realiza en cada sector, divergen en forma, grado e intensidad» (Camacho, 2010: 42). De este modo, la clasificación más difundida en el derecho administrativo chileno surge del estudio desarrollado en 1949 por Luis Jordana de Pozas en su célebre *Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo* (Jordana de Pozas, 1949).

Con el objeto de presentar una reconstrucción teórica capaz de dar cuenta de la «gran variedad de medios» (Jordana de Pozas, 1949: 42) utilizados por la Administración para satisfacer las necesidades de la población y, especialmente, capaz de caracterizar la actividad de *fomento* distinguiéndola de las demás actuaciones del Estado, Jordana de Pozas ofrece una clasificación integrada de cuatro *grupos o modos*:

1. Legislación.
2. Policía.
3. Fomento.
4. Servicio público.

La clasificación fue recogida por la doctrina española, llegando a José Luis Villar Palasí quien, de acuerdo con lo señalado por Gladys Camacho en su rigurosa obra de-

dicada a la actividad sustancial de la Administración del Estado, en 1950 «complementa la clasificación *tripartita* de Jordana de Pozas, distinguiendo entre actividad de policía, fomento y servicio público, aunque añadiéndole las actividades industrial y de planificación» (Camacho, 2010: 87).

La llamada «clasificación tripartita», que ya no contemplaba a la legislación como modo de actuación de la Administración, pasaría a ser desarrollada en diversas oportunidades, por múltiples autores, agregándose, entre otros, la actividad arbitral (Parada, 1992: 371 y ss.) o las actividades de preservación y de infraestructura (Parejo Alfonso, 2003: 634 y ss.). Lo que llama la atención, sin embargo, es que ella haya persistido por referencia a Jordana de Pozas como una clasificación que incluía solo tres de los cuatro elementos por él desarrollados.⁸ Y si bien la doctrina nacional ha replicado esta idea de la clasificación *tripartita* (Camacho, 2010; Moya, 2013; Leal, 2015; Cordero Quinzacara, 2013), el origen de la omisión no ha estado del lado de la academia chilena. Ya en 1950, Villar Palasí (1950: 53-130) recogía la clasificación de Jordana de Pozas sin incluir referencia alguna a la legislación y Mariano Baena del Alcázar difundiría en 1967 esta recepción de la clasificación (Baena del Alcázar, 1967: 3).⁹ Así, no es sorpresa que, en lo que sigue, la doctrina española haya trabajado la actividad de la Administración como una donde el rol de la legislación era escaso o aún inexistente, llegando a Chile como una clasificación con mucho que decir sobre la policía, el fomento y el servicio público, pero con nada que apuntar sobre la creación de normas al interior de la Administración del Estado.

La confusión entre potestad y ámbito en la clasificación tripartita

La clasificación tripartita de Jordana de Pozas ha servido para orientar la búsqueda de criterios delimitadores de la actividad sustancial de la Administración del Estado. Sin embargo, un examen profundo de esta sistematización de medios disponibles para la Administración hace posible la identificación de una serie de debilidades que la misma presenta, ya que si bien la simplificación de la descripción de la actividad administrativa puede ofrecer una guía para responder a ciertas preguntas que se plantean en torno a la Administración del Estado, la pérdida de rigor analítico redundante en oscurantismo para otros aspectos.

8. Dicho sea de paso, aun después de la recepción de Villar Palasí en 1950 de la clasificación *tripartita* reseñada, Jordana de Pozas publicó —en 1951— un nuevo ensayo titulado «El problema de los fines de la actividad administrativa», reiterando que los modos de la actividad administrativa se encontrarían ordenados «en una escala progresiva que, partiendo de la simple emanación de normas [partiendo por la legislación], pasa por la policía y el fomento hasta llegar al servicio público monopolizado».

9. «Como es sabido, el fomento es el segundo término de la clasificación de las formas de actividad administrativa en policía, fomento y servicio público. Esta clasificación, expuesta desde hace años en sus explicaciones de cátedra por el profesor Jordana de Pozas, es bastante antigua, pero su formulación que podríamos llamar definitiva no tiene lugar hasta 1949, cuando se publica el trabajo de Jordana de Pozas titulado *Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo*».

Luis Cosculluela Montaner y Mariano López Benítez (2007) han sugerido la necesidad de revisar esta clasificación en la medida en que ella parece confundir potestades y actividades de prestación. Esto resulta particularmente problemático si se considera que el resultado de la confusión significa, en último término, la asociación inmediata entre potestades disponibles y ámbitos de actuación de la Administración del Estado.

Así, por ejemplo, si la *policía* ha de ser entendida en el sentido propuesto por la clasificación de Jordana de Pozas (1949: 44), habría que entender que esta se caracteriza por «el empleo de un medio determinado, la coacción» (la limitación de la libertad del administrado) en la persecución del orden público. El *fomento*, por su lado, se define como la actividad administrativa que persigue el estímulo de los particulares «para que sean ellos los que, por su propia voluntad, desarrollen una actividad determinada» (Jordana de Pozas, 1949:46), cuyo fin coincide con aquellos perseguidos por la Administración. Ahora bien, para que la distinción entre uno y otro modo de actuación de la Administración se sostenga, es necesario que cuando esta desempeña una labor de fomento no pueda decirse que lo hace por medio de la limitación de libertades de los administrados, en tanto ello constituye el modo de actuación característico de la labor de *policía*. Y sin embargo, como señala el mismo Jordana de Pozas, existen buenas razones para sostener que la Administración puede estimular uno u otro comportamiento por medio de mecanismos limitativos de la actividad particular, desempeñando con ello una labor de *fomento* por medio de acciones más propiamente de *policía* (Jordana de Pozas, 1949: 51).¹⁰

En el mismo sentido, Jordana de Pozas define el *servicio público* como «una modalidad de la acción administrativa que consiste en satisfacer la necesidad pública [...] de una manera directa» (Jordana de Pozas, 1949: 44). Y aun concediendo la distinción que el autor ofrece entre este modo de actuación y el de fomento ya descrito (que se reduciría a la exclusión o concurrencia de actividad privada, correspondientemente), lo cierto es que el desarrollo del servicio público en el derecho contemporáneo ha mostrado que alcanzar necesidades públicas requiere, con frecuencia, del despliegue de maniobras de *policía*.¹¹

Lo anterior se vuelve aún más evidente cuando, haciendo eco de la clasificación presentada por Jordana de Pozas (1949: 42), se incluye el modo *legislación*, ya que bajo la definición del autor, no es sino «la emanación de normas obligatorias», potestad que se puede observar en cualquier tipo de actividad de la Administración, con independencia de si se trata de una actividad de fomento, servicio público o *policía* que orienta al órgano que la despliega.

10. «Los medios o formas que reviste la acción administrativa de fomento en nuestro derecho pueden clasificarse en positivos o negativos. Son positivos los que otorgan prestaciones, bienes o ventajas, y negativos los que significan obstáculos o cargas creadas para dificultar por medios indirectos aquellas actividades o establecimientos contrarios a los que el gobernante quiere fomentar».

11. Así, por ejemplo, para un órgano que persigue la recaudación de los impuestos de los ciudadanos (como el Servicio de Impuestos Internos), no basta la sola facultad de recaudar, sino que requiere de potestades de fiscalización que se configuran, paradigmáticamente, como facultades de la actividad de *policía*.

Una comprensión alternativa es ofrecida por von Stein, quien distingue entre ámbitos de la Administración del Estado y potestades ejecutivas, desvinculando la necesaria relación entre una y otra categoría. Así, según se ha señalado, todo órgano cuenta, en principio, con un repertorio de cuatro potestades ejecutivas: potestad de decreto y ordenanza; de organización; de constricción; y de disposición. Sin perjuicio de lo cual cada órgano puede estar orientado a la administración de uno o más ámbitos de Administración del Estado. Estos ámbitos, que no son sino los ámbitos en que se desenvuelve la vida del Estado, pueden ser clasificados según su relación con la vida exterior e interior del Estado, distinguiéndose, en el primer grupo, entre el ámbito de la administración de los asuntos exteriores y la administración del poder militar (comercio y guerra, correspondientemente); y entre la administración de las finanzas, la administración de justicia y la administración interna para el segundo (Guerrero, 2016: 94-95). En esta última categoría denominada «administración interna», se encontraría la administración de la vida personal (ya sea física, como la administración de la población, la salud, la policía de seguridad, y el sistema de tutela y curadurías; o espiritual, como administración de la instrucción, educación y profesión) (Guerrero, 2016: 98-99), de la vida económica (administración de impuestos, administración de atención y fomento, de oficios y profesiones y de la industria) (Guerrero, 2016: 99-101) y de la vida social de los ciudadanos (administración tendiente a la exaltación de la libertad y el desarrollo social, y al control de la penuria social) (Guerrero, 2016: 101-106).

La clasificación de von Stein es una que pretende depurar el sistema de la Administración pública, dando cuenta de todas las distinciones que pueden ser reconocidas a su interior. Sin embargo, se trata de una clasificación que puede verse reflejada, por un lado, en la clasificación trabajada hacia 1907 por Domingo Amunátegui en Chile. Asimismo, por otro lado, en la clasificación de Valentín Letelier del mismo año (Amunátegui, 1907).

En ese sentido, Domingo Amunátegui distinguía entre tres tipos de materias administrativas, lo que en términos del sistema de von Stein correspondería a las tres formas orgánicas fundamentales de la Administración. En primer lugar, estarían aquellas materias que son exclusivas de la Administración, como hacienda pública, policía, y fuerzas armadas, que en clave de von Stein estarían encarnadas en la figura del jefe del Estado. En segundo lugar, se encontrarían las materias compartidas con los particulares, como es el caso de la instrucción pública, el correo, las comunicaciones o las obras públicas. En clave de von Stein, esta no es sino la forma orgánica de la autoadministración. Finalmente, para Amunátegui, la tercera materia administrativa estaría conformada por todas las materias que son propias de la iniciativa individual, instancia que para von Stein representa la tercera forma orgánica fundamental de la Administración, en la forma del sistema de asociaciones.

Valentín Letelier, por su lado, distinguía entre tres tipos de materias administrativas que tienden a caer, más bien, en el ámbito de administración interna de la vida personal desarrollado por von Stein. En ese contexto, Letelier (1907) distinguía entre materias

de policía (higiene pública, edilidad y régimen penitenciario), de comunicaciones (correos, telégrafos y ferrocarriles) y de prestaciones (instrucción pública y beneficencia).

Ahora, bajo el sistema desarrollado por von Stein, la potestad de decreto puede ser entendida como la potestad de legislación en sentido de facultad de creación de normas, mientras que la potestad de constricción pasaría a ocupar el lugar que en la doctrina tradicional corresponde a las actuaciones de la Administración tendientes a limitar las actividades de los ciudadanos, integrados comúnmente bajo el paraguas ofrecido por el título «*policía*». Y podrían los órganos de la Administración hacer uso de estas u otras potestades ejecutivas, con independencia del ámbito intervenido, sea este uno de *policía* de acuerdo con la clasificación de Jordana de Pozas (entendida como administración de la seguridad y el orden público y radicada, para von Stein, en el ámbito de la administración interna de la vida personal), de *fomento* (entendida como parte integrante de la administración de los oficios y la industria y radicada, para von Stein, en la administración interna de la vida económica), o bien de *servicio público* (entendido como la labor tendiente a la erradicación de la penuria y el desarrollo social de los ciudadanos, y radicado en la administración interna de la vida social).

El Estado de policía como Estado de bienestar

La necesidad de revisión de la clasificación tripartita de Jordana de Pozas se hace aún más urgente cuando se observa que el paradigma de la *policía* ha calado tan hondo en la comprensión de la Administración del Estado, que incluso ha llegado a tomar su lugar. Así, lo que a la luz de la clasificación reseñada constituye solo uno de los modos de intervención, ha pasado a configurar el paradigma básico para toda actuación doméstica (al interior del Estado) de la Administración, consumiendo lo que para von Stein sería la administración de las finanzas, la administración de justicia y la administración interna. De la mano de las transformaciones que trajo consigo la instalación del concepto de *Estado de derecho*, toda instancia en que interviene la Administración limitando derechos configura, para la doctrina tradicional, la actividad de *policía*, de limitación o de ordenación, que no constituyen sino una y la misma cosa.

Sin embargo, nada hay en la *voz* policía que favorezca, necesariamente, esta comprensión. En ese sentido, hacia el año 1500, la palabra era empleada para «designar la regulación legislativa y administrativa de la vida civil interna, orientada a promover el bienestar general» (Guerrero, 2016: 56). Se trataba de la actividad del Estado mismo, capaz de ejercer todo el poder que resultare necesario para alcanzar su cometido. Y es que el derecho de policía, como fuera adoptado por los príncipes territoriales hacia el siglo XVI y XVII (Guerrero, 2016: 57), suponía un derecho ilimitado enmarcado solo por la función perseguida, incluyendo derecho de imperio para reinar en paz y derecho de dominación para reinar en condiciones excepcionales (Guerrero, 2016: 59). Estado policía y «Estado bienestar» eran, bajo esta comprensión, sinónimos que pretendían dar cuenta del fin último del aparato estatal y del poder absoluto del mismo.

La mayor expresión de este concepto de policía es desarrollada por Johann Heinrich von Justi, quien identifica dos sentidos distintos que serían inherentes al concepto de policía:

Uno extendido, el otro limitado. En el primero, la policía es la actividad encaminada a extender el poder del Estado y expandir sus fuerzas interiores al máximo. En el segundo, es la actividad que desarrolla la vida asociada a través del orden, la seguridad y la subsistencia (Guerrero, 2016: 67).

Ahora, como actualmente se conoce, la policía no recibe su configuración sino hasta el fin del absolutismo y la emergencia del republicanismo francés, que trajo consigo la aspiración de la sumisión de la Administración al gobierno de las leyes bajo la noción de *Estado de derecho*. En este contexto, es el segundo sentido del concepto de policía el que es rescatado por la doctrina alemana, que de la mano de Robert von Mohl muta su contenido para alcanzar en él armonía con el liberalismo dominante. En palabras de Omar Guerrero (2016: 69-70):

En el pensamiento de von Mohl, la policía sufre una desnaturalización, pues de ser activa y positiva, muda a funcionar solo como un puro mecanismo que despeja el camino a los particulares.

Sin embargo, su proyecto fue un audaz esfuerzo en favor de aclimatar a la ciencia de la policía en el Estado de derecho como puente hacia el desarrollo efectivo de una ciencia de la administración acorde con ese Estado [...]. Mohl solo aspiró a renovar la policía al tenor de su época, cuando el derecho público prosperaba, y así someterla a las leyes para eliminar la arbitrariedad.

En este punto, interesa notar que el concepto de policía recibido por la doctrina nacional es precisamente uno «vaciado de su contenido original» (Guerrero, 2016: 72) por von Mohl, incapaz de dar cuenta de la magnitud de las potestades del Estado en el desempeño de su labor. Y si a esto se suma «su acepción común [...] de modo que por el término “policía” se entiende el orden público de cada ciudad, identificando los fines de la policía con los de la Administración interior del Estado» (Camacho, 2010: 94), el resultado es un paradigma distorsionado, en virtud del cual para la Administración existe solo limitación (Estado de derecho liberal), y nunca potestad creadora de derecho. Es por esto que, bajo esta comprensión, la actividad normativa de la Administración no podría nunca limitar derechos, sino solo regular lineamientos generales para su ejercicio. Entonces, la función primaria de la Administración (bienestar general o bien común) se ve reemplazada por lo que ahora es entendido como la función primaria de la policía, ciñéndose la actividad administrativa *in toto* bajo los principios liberales del Estado de policía así entendido.

Sin embargo, el arreglo solo esconde y no elimina lo que von Justi entendía como el sentido extendido de la policía. La tensión inherente a la actividad administrativa es, de este modo, aparente, y basta observar el funcionamiento actual de los órganos de la

Administración para notar que el paradigma de policía es simplemente incapaz de dar cuenta de la actividad de la Administración.

Las dos formas de Estado

Lo que se esconde detrás de las tensiones inherentes al Estado, no es sino una tensión irresuelta entre dos maneras distintas de entender el Estado como asociación política. Una primera aproximación a este dilema hace necesario mirar el Sacro Imperio Romano, como testimonio palpable de la íntima conexión existente entre lo político y lo sagrado en el derecho premoderno. En ese sentido, si bien Cristo se encontraba a la cabeza del Imperio, tanto el Papa como el Emperador eran iguales en tanto ejecutores de la voluntad divina. En este rol, a cada uno correspondía un ámbito diferenciado de potestades: la administración del *regnum* (lo terrenal) para el Emperador y el liderazgo del *sacerdotium* (lo sagrado) para el Papa (Loughlin, 2010: 28-31). De este modo, en la constitución del Estado convivía la sujeción del ciudadano al poder político y terrenal, pero, al mismo tiempo, una sujeción espiritual que veía en el gobierno un verdadero cuerpo místico.

Lo anterior resulta, en cualquier caso, consistente con la definición romana de derecho público bajo las palabras de Ulpiano, expresado en el *Digesto*, bajo la fórmula *Ius publicum in sacris, in sacerdotibus et in magistratibus consistit* (el derecho público concierne la regulación de lo sagrado, el sacerdocio y los magistrados) (Loughlin, 2010: 38). Lejos de ser superada con la llegada de la secularización de los gobiernos, esta comprensión fue nuevamente incorporada en el derecho medieval y, luego, en el derecho moderno. Los poderes del aparato público se extendieron, de este modo, a los asuntos de gobierno y de guerra, pero, además, a los asuntos religiosos, produciéndose con ello una verdadera sacralización de lo político (Loughlin, 2010: 37-46).

Pastorship versus Rulership

El trabajo desarrollado por Michel Foucault permite dar cuenta de las consecuencias que esta sacralización de lo político traería en la constitución del Estado moderno. Utilizando el concepto de «pastorado» (*pastorship*) por oposición al concepto de *rulership*, que es más propio de un gobierno, Foucault pretendió explicar la manera en que el Estado moderno trajo consigo la preocupación por el ejercicio del poder sobre el individuo, al mismo tiempo en que se generaba la centralización de los poderes del Estado. Es lo primero, el ejercicio del poder sobre los cuerpos de los hombres, lo que se refiere al pastorado como modalidad del poder, utilizando en su descripción la metáfora más tradicionalmente desarrollada en la cultura hebrea en torno a la imagen del pastor y su rebaño (Foucault, 1979: 227-228).

La metáfora resulta particularmente útil en tanto ilustra las principales características asociadas a esta forma del ejercicio del poder político. Desde ya, la idea del pastorado supone el ejercicio de poder sobre un rebaño, y no ya sobre una tierra o espacio determinado. La tierra le es prometida al rebaño, que es guiado por el pastor en su

búsqueda continua. El pastor, en ese contexto, es el factor aglutinador que mantiene unido a los miembros del rebaño, cuidando a cada uno individualmente considerado en lo que respecta a su salud y su salvación. De él depende el futuro de la comunidad que guía, por lo que a él corresponde la tarea de supervisar y controlar el devenir del rebaño. En palabras de Foucault, «el poder del pastor supone que este preste atención individual a cada miembro del rebaño» (Foucault, 1979: 228-230).

El rol del gobernante, por contraste, no reviste de las características que se observan en la figura del pastor. En ese sentido, Foucault es claro al observar que:

Los hombres que detentan el poder político no deben ser entendidos como pastores. Su tarea no consiste en promover la vida de un grupo de individuos. Consiste en formar y asegurar la unidad de la ciudad. En suma, el problema político se refiere a la relación entre uno y la multitud, en el marco de la ciudad y sus ciudadanos. El problema pastoral se refiere a las vidas de los individuos (Foucault, 1979: 235).

La razón por la cual esto es relevante, se observa en el desarrollo histórico de los problemas enfrentados por los Estados de occidente que, herederos de ambas tradiciones de gobierno y liderazgo, mantienen las tensiones existentes entre el poder político en la figura del Estado (y la unidad legal que lo sustenta), y el poder pastoral, cuya mirada se dirige a la mantención y mejora de las vidas de cada uno. Para Foucault, es esta tensión la que se encuentra presente bajo el problema del «Estado de bienestar», que más que desarrollarse como una nueva forma de gobierno a la luz de las necesidades contemporáneas, se deja ver como una reaparición de este intrincado ajuste (Foucault, 1979: 235) entre poder político y poder pastoral.

Lo anterior toma forma concreta en el Estado moderno, de la mano de la creciente centralización del poder político que lo caracteriza. En conjunción con las nociones de pastorado que convivían en Occidente, se produciría una transición desde «el arte de gobernar» a «la ciencia política», y desde un régimen dominado por las estructuras de soberanía a uno dominado por las técnicas de gobierno. La tarea del gobierno, en este punto, deja de referirse a la imposición de la ley sobre los hombres para preocuparse de la disposición de «las cosas», empleando tácticas antes que leyes o, incluso, utilizando las leyes como tácticas (Foucault, 1991: 95). Se trata de distintas caras a un mismo proceso de «gobermentalización», donde estas dos modalidades de ejercicio del poder (pastorado y gobierno) quedan interconectadas al interior del Estado (Loughlin, 2003: 15).

El Estado moderno, entonces, se erige sobre esta tensión, combinando las relaciones ciudad-ciudadano y pastor-rebaño (Foucault, 1979:239). Es, para Foucault, de la mano de la «razón del Estado» (*raison d'Etat*) y de la «teoría de la policía», que el poder político logra institucionalizarse, implementando técnicas de control más propiamente referidas a un concepto de pastorado, en el seno de la Administración estatal. La policía, particularmente, cumple una doble función: por un lado, fortalece y asegura la vigencia del Estado y, por otro, se ocupa de las vidas individuales de cada miembro de la comunidad política (Foucault, 1979: 248-250):

La policía se ocupa de la religión, no desde un punto de vista de la verdad dogmática, sino desde la perspectiva de la calidad moral de la vida. En preocuparse de la salud y el bienestar [*supplies*], se ocupa de la preservación de la vida; al referirse al comercio, las empresas, los trabajadores, los pobres y el orden público, lidia con las conveniencias de la vida. En cuidar los teatros, la literatura y el entretenimiento, su objetivo son los placeres de la vida. En suma, la vida es el objeto de la policía: lo indispensable, lo útil y lo superfluo (Foucault, 1979: 250).

El marco conceptual desarrollado por Foucault arroja algunas luces a los problemas que se presentan como internos a la oposición entre Estado parlamentario y Estado administrativo. Si bien difícilmente podría establecerse una absoluta correlación entre cada concepto, la manera en que se estructura la relación individuo/soberano puede aproximarse de mejor manera a cada una de estas formas de Estado (parlamentario o administrativo), según si se observa desde la lógica de cada forma de gobierno disponible (*rulership* o *pastorship*, dependiendo del caso). El primero puede ser más claramente asociado a una idea de gobierno como *rulership*, donde el objetivo del gobierno es interno a sí mismo: la mantención del Estado como comunidad política, regido por los dictámenes de la voluntad soberana, que es la voluntad propia de la comunidad que se obliga. El segundo, en cambio, parece más cercano a una idea de pastorado, donde la finalidad del gobierno reside más bien en el objeto que pretende administrar (los sujetos que componen la comunidad política).

Universitas versus Societas

Loughlin observa que, en un sentido similar, Michael Oakeshott desarrolla la contraposición de dos conceptos de Estado capaces de dar sentido a las tensiones inherentes al Estado moderno. Para Oakeshott, la idea del Estado moderno no puede ser entendida desde un punto de vista meramente filosófico y ahistórico. De modo relevante, el Estado moderno no sería sino una construcción destartalada, trabajada utilizando materiales de segunda mano por parte de artesanos que hacían las veces de diseñadores, siguiendo convenciones elaboradas por ellos mismos. Por lo mismo, históricamente, más que fundar su poder político sobre la base de sofisticadas construcciones teóricas, los Estados modernos habrían encontrado legitimación en el ejercicio de su propio poder y el logro de resultados incidentales (Loughlin, 2003: 16).

Conceptualmente, sin embargo, Oakeshott observa que el Estado debe ser entendido como un arreglo institucional que tensiona dos conceptos derivados del derecho romano: *societas* y *universitas*. El primero indicaría un modo de asociación conforme al cual los individuos buscan asociarse no en miras a la consecución de un fin común o propósito sustantivo, sino solo por referencia a una mutua lealtad que opera como condición básica de la idea de legalidad. En palabras del autor, replicadas por Loughlin, el gobernante operaría, en este caso, como maestro de ceremonias, y no como arbitrador de intereses; su rol sería el de mantener la conversación abierta, pero no determinar el

contenido de lo que se discute (Loughlin, 2003: 16). En la medida en que representa a un Estado como asociación, donde el gobernante solo gestiona lo que ocurre en su interior, la idea de *societas* sería, para Loughlin, analogable al concepto de gobierno como *rulership*, que Foucault contrapone al pastorado.

Rivalizando con esta forma de gobierno, Oakeshott desarrolla la idea de *universitas*, es decir, el Estado entendido como una asociación «corporativa», donde la comunidad es definida en torno a un propósito común, la persecución de un fin sustantivo o la promoción de un interés persistente (Loughlin, 2003: 17). Bajo esta forma de asociación colectiva, el Estado opera como una iniciativa conjunta por parte de quienes valoran un mismo objetivo. La responsabilidad del gobierno, por tanto, ya no se limita a la mantención de las condiciones preexistentes, como es el caso en la idea de *societas*. El gobierno está encargado de la mantención y promoción del *salus populi*, el bienestar del pueblo. En esa tarea, los distintos bienes de la comunidad (recursos, territorio y talentos) pueden ser utilizados en la forma de propiedad destinada a los fines de la corporación (Loughlin, 2003: 17-18). En la medida en que esta forma de Estado supone la idea de un gobierno interventor y vigilante, la idea de *universitas* resulta analogable a la idea de pastorado desarrollada por Foucault, que recibiría su máxima expresión, como se hizo ver, en la ciencia de la policía y la utilización de tácticas de gobierno.

De acuerdo con Loughlin, lo que Oakeshott sostiene es que ambas formas de gobierno estarían confundidas en la formación del Estado moderno. Por un lado, porque la diferenciación entre pastorado y gobierno nunca estuvo muy clara en las prácticas medievales, que tendían a confundir poder político y poder religioso en una y la misma mano. Por otro lado, porque la influencia de la Iglesia Católica habría de dar forma a la manera en que se entendía el rol del gobierno reuniendo en el mismo cargo la potestad para resguardar la tierra y las propiedades (*potestas jurisdictionis*), la fe de los ciudadanos (*potestas ordinis*) y la dirección del conocimiento (*potestas docendi*), en la forma de legatarios de la potestad eclesiástica absoluta, referida al bienestar moral y espiritual de la comunidad (Loughlin, 2003: 18). Pero, incluso sosteniendo que la secularización del Estado habría sido capaz de sustraer el gobierno de lo atemporal del poder político, lo cierto es que la idea del bienestar común como objeto del Estado habría permanecido en el discurso predominante. Bajo esta comprensión, el Estado es entendido como una instrumentalidad, un mecanismo para proveer de beneficios para todo el que viva bajo su control. Es este el Estado eudaemónico, cuyo propósito reside en la maximización de la felicidad de la ciudadanía (Rubin, 2005: 28).

De este modo, el problema de la falta de claridad del rol de la Administración en el Estado moderno no estaría en la manera en que se ejerce la soberanía, sino más bien en la tensión que se hereda entre estas dos formas de entender el Estado. Una mejor comprensión del rol de la Administración se daría, entonces, de la mano del reconocimiento de esta dualidad, que es inherente a la formación del Estado, dando cuenta de las lógicas que subyacen a cada forma de asociación y, de este modo, de las posibilidades y limitaciones que cada una supone.

La legalidad y las formas del Estado

Como consecuencia del reconocimiento de estas dos comprensiones que inspiran al Estado moderno (*universitas y societas; pastorship y rulership*), se hace posible entender con mayor claridad las distintas maneras en que ha sido entendido el principio de legalidad. Dicho de otro modo, el rol de la ley con respecto a la Administración y, por tanto, el rol que cabe reconocer a esta última en la configuración de la realidad política, dependerá de la forma del Estado que predomine en el discurso que se adopte. Y, en el mismo sentido, el espacio que pueda identificarse para cada uno de los tres poderes del Estado dependerá, en gran medida, del concepto de Estado favorecido. Entonces, no es sorprendente que el principio de legalidad, en sus distintas reconstrucciones, pueda ser leído en clave de Oakeshott, dando cuenta de un modo de asociación u otro.

Probablemente, la forma más extendida de describir el principio de legalidad se refiera a este como vinculación negativa de la Administración a los preceptos de la ley. En este sentido, siguiendo a Jorge Bermúdez, el principio de legalidad puede ser descrito como sigue:

Desde una perspectiva general, el principio de legalidad presupone y dispone una actuación de los órganos estatales conforme al ordenamiento jurídico. Es decir, que la sentencia del juez esté ajustada a derecho, que el acto administrativo esté ajustado al ordenamiento en su conjunto y que la ley se ajuste a la Constitución.

En el caso específico de la Administración, el principio de legalidad o juridicidad supone una vinculación de esta al ordenamiento jurídico (Bermúdez, 2011: 64-65).¹²

Lo que el principio de legalidad como vinculación negativa, principio de legalidad «en sentido estricto» para Bermúdez (2011: 79), pretende garantizar, es la limitación jurídica del poder público, vinculando el actuar de la Administración a la ley y, por tanto, sometiéndola a derecho (Otto, 1995: 157). La manera en que esto recibe aplicación concreta, es a través del reconocimiento de dos ideas que han sido consideradas como máximas del derecho público chileno:

1. La idea de que los órganos del Estado solo pueden «realizar aquello que expresamente le ha sido autorizado» (Bermúdez, 2011: 66).
2. El llamado «principio de reserva legal».

12. Vale la pena notar que, como es usual en la doctrina tradicional, Bermúdez acuña el concepto de «principio de juridicidad» como uno relacionado al de legalidad. Lo que está detrás de la distinción no es sino el reconocimiento de que la actuación de los órganos del Estado debe estar sujeta, además de la ley, a los preceptos constitucionalmente consagrados. De ahí que «juridicidad» se presente como un término más amplio, capaz de dar cuenta de este mayor alcance. Sin embargo, la utilización de este concepto tiene como consecuencia la confusión del principio de legalidad con el principio de Estado de derecho, por lo que, en lo que sigue, se utilizará la idea de «legalidad» y no de juridicidad, sin perjuicio de que este sea el término favorecido en la doctrina citada.

Este último requiere de especial atención por ser comúnmente confundido con el principio de legalidad en sí mismo (Cazor, 2011: 394).¹³ Su contenido, sin embargo, se refiere específicamente a la idea de supremacía legal, debiendo la Administración sujetarse a las disposiciones de carácter legislativo, pero, además, debiendo encontrar su fundamento en una disposición de dicho rango (Bermúdez, 2011: 78-79).

Es interesante notar que, para Bermúdez, el fundamento que se erige tras esta comprensión no es otro que el principio democrático. En efecto, este entiende que parte de lo que ha sido garantizado por la Constitución es que las normas con alcance general y permanente sean producidas por un órgano dotado de legitimación democrática directa, entendiendo por este solo al Congreso, a pesar de que ello pueda decirse también de la autoridad presidencial. Así, la Administración podría «entrar en el desarrollo de una actividad o actuación solo cuando el legislador le hubiere autorizado» (Bermúdez, 2011: 80), pudiendo reconocerse una atribución de competencia para la creación de normas específicamente dirigida al Congreso (una «reserva parlamentaria») (Bermúdez, 2011: 80).

En la misma línea, se ubica Eduardo Soto Kloss, quien define el principio de legalidad enfatizando su íntima conexión con la idea de sujeción:

Cuando decimos sujeción, estamos significando, en un sentido más pleno e intenso, la idea de sometimiento, de obediencia, de conformidad a derecho. Lo que emana directamente del propio texto de la Constitución en su artículo 6 cuando prescribe que los órganos del Estado deben someter su acción a ella y a las normas dictadas en su conformidad (inciso 1) (Soto Kloss, 1996: 23).

La vulneración a esta sujeción de la Administración a las prescripciones de la ley implicaría, para el autor, una nulidad de lo obrado en la forma de una nulidad de derecho público (Soto Kloss, 1996: 47). Es esta la mayor expresión que recibe el principio de legalidad como vinculación negativa, entendiéndose que no existen fundamentos jurídicos suficientes que permitan justificar una actuación del órgano administrativo que no se encuentre detallada legalmente. Bajo esta comprensión, la ley es el guion que debe ser actuado por la Administración y sus órganos, sin que exista improvisación posible en estados de normalidad jurídica. Se trata de un arreglo institucional que descansa en la comprensión del Estado como *societas*, en la medida en que la Administración solo gestiona, sin determinar ni dar forma a lo que ocurre en la comunidad política.

Con todo, tradicionalmente los administrativistas han reconocido que existe una dimensión adicional al principio de legalidad. Así, Bermúdez, por ejemplo, recono-

13. «La diferenciación entre principio de legalidad y principio de reserva de ley, manifiestamente se trata de conceptos no claramente depurados en la doctrina; pero sí resulta claro que “los efectos sobre la potestad reglamentaria [...] de la existencia de una reserva constitucional de ley y del principio de legalidad son distintos”. Ya que “el principio de legalidad coloca a la Administración en un lugar determinado en el conjunto de las funciones estatales y, particularmente, respeto a la ley. Por el contrario, la reserva constitucional de ley entraña únicamente, al menos de manera directa, una regla sobre fuentes del derecho que, consiste en atribuir en exclusiva determinadas competencias normativas al Poder Legislativo”».

ce dos formas adicionales en que el principio de legalidad encuentra materialización, identificando:

1. La necesidad de una autorización previa.
2. La vinculación positiva al principio de legalidad.

En la descripción propuesta por el autor, la necesidad de una autorización previa se refiere a la necesidad de habilitación previa para fundar cualquier actuación de la Administración. De este modo, cualquier facultad de los órganos administrativos debe responder a un apoderamiento previo por vía legislativa. Sin embargo, siguiendo a Ignacio de Otto, esta habilitación autoriza a la actuación en conformidad a lo prescrito, pero requiere «que no se concedan apoderamientos en blanco y que las normas sirvan de criterio para enjuiciar en su contenido la actuación administrativa» (Otto, 1995: 157), de modo de hacer efectivo el sometimiento del derecho administrativo y, a su vez, «la sujeción de la Administración al control de los Tribunales» (Otto, 1995: 157). Consecuentemente, para Bermúdez, la vinculación positiva al principio de legalidad se refiere a que los órganos de la Administración solo puedan actuar dentro del ámbito de competencia que les ha sido otorgado, sin poder atribuirse facultades que la ley no dispone expresamente. Estos son puntos en los que, nuevamente, Bermúdez y Soto Kloss (1996: 45-47) parecen coincidir, en tanto este último también da cuenta de estas formas de materialización del principio de legalidad.

La identificación de estos dos elementos permite dar cuenta de un espacio de interacción especialmente relevante entre legislación y administración. Si bien los autores citados restringen el alcance de esta posibilidad para reducir la vinculación positiva a la ley a una verdadera vinculación negativa (en la forma de no vulneración de la habilitación/competencia conferida), lo cierto es que esta muestra que la ley puede no solo limitar, sino también ampliar los espacios de actuación de la Administración en el Estado. Esto es algo que Enrique Silva Cimma (1996: 24-25) identifica con notable claridad al describir de una manera distinta el principio de legalidad:

Nosotros no hablamos solamente de legalidad y Estado de derecho, sino de Estado social y democrático de derecho, porque creemos fundamental añadir a aquel Estado de derecho los ingredientes que, a nuestro criterio, no pueden faltar [...]. En efecto, ni la democracia, ni el Estado, ni el derecho, serían a nuestro juicio completos, si no actúan cumpliendo cometidos como la salud, la educación, la vivienda, que tienden precisamente a procurar esa felicidad de la vida de que hemos hablado tantas veces y que, si no existe, no podemos imaginar que el derecho, por una parte, satisfaga el ideal de la justicia que forma parte de la esencia de su contenido; ni el Estado puede estimarse que está cumpliendo a satisfacción sus roles o cometidos, ni la democracia, en fin, habrá llegado a ser plena, sino seguirá una democracia simplemente política o liberal individualista que habrá dejado en manos del interés privado materias que no son obligatorias de ese campo de gestión.

Lo que esta descripción pone de relieve es la necesidad de una legalidad que no cercene las potestades de la Administración, en tanto que legalidad y Estado de derecho (entendidos solo como limitación) imposibilitan al Estado cumplir los mandatos que le corresponden. La ley, como instrumento de habilitación, entonces cuenta con la posibilidad de otorgar a la Administración las potestades que esta requiere para asegurar su buen funcionamiento (Camacho, 2005: 423-432).¹⁴ Es aquí donde la discrecionalidad, como complemento y no como excepción del principio de legalidad, debe ser reconocida. En este contexto, Silva Cimma (1996: 27) agrega que:

En el fondo, quiere esto decir que la discrecionalidad administrativa, como potestad jurídica, es un mecanismo útil en el orden de buscar la eficacia y la agilidad, necesarias en la función administrativa, pero no autoriza para que, a pretexto de cobijarse bajo su manto, el órgano administrativo quede, como se ha dicho, autorizado para hacer abstracción de la ley. Por ello que no es adecuado sostener, como con alguna frecuencia ha solido hacerse, que la discrecionalidad es un límite o una excepción a la legalidad administrativa. Categóricamente ello no es así. Debemos considerarla como un buen mecanismo de habilitación de una administración eficiente, pero no como un debilitamiento o, mucho menos, excepción a la legalidad.

El principio de legalidad, entendido de esta forma, descansa en una manera distinta de entender la asociación política, que es visible en el modo en que este último autor describe a la comunidad que configura al Estado. Se trata de una comunidad organizada «con el objeto de procurar la defensa o la realización de ciertos valores» (Silva Cimma, 1996: 25), una asociación como *universitas*, con un propósito común a ser perseguido. Bajo esta comprensión, la Administración debe desarrollar un rol activo, promoviendo el bien común y el bienestar del pueblo y no solo interpretando el guion que la ley le ha asignado. En este mismo sentido, se manifiesta von Stein (2016: 151):

No basta con que la Administración simplemente ejecute de forma unilateral la voluntad individual determinada del Estado; sino más bien, al asumir en sí la existencia efectiva de todos sus puntos, la Administración tiene que cumplir la legislación y en parte sustituirla. No es por tanto un ámbito simplemente subordinado a la legislación,

14. En un sentido similar, por ejemplo, se manifiesta Gladys Camacho, señalando: «Es claro que el principio de legalidad aplicado al ordenamiento de la economía caracterizada por su intenso dinamismo e impulsada por una revolución tecnológica permanente no puede ser el mismo que el que acuñaron los liberales junto con el nacimiento del Estado constitucional de primera generación. Para ellos, la legalidad sirvió para consagrar el Estado abstencionista, aunque en realidad nunca lo fue totalmente, cuya consecuencia fue vetar a la Administración la intromisión en la propiedad y libertad: solo la ley (expresión de voluntad general) podría limitar estos derechos esenciales de la persona. [...] En la actualidad, tras la crisis del Estado social que significó la ampliación de los márgenes de actuación de la Administración hasta límites antes insospechados, el ente estatal se redefine como una estructura servicial y principal garante de los valores y principios axiológicos en los que se funda el ordenamiento jurídico, cuya consagración se encuentra en el texto constitucional. [...] El principio de legalidad en el actual contexto económico no puede mantenerse con la formulación decimonónica».

sino a la vez tiene que expresar y hacer valer, junto con la legislación, el ser general del Estado.

Es este el sentido en el cual la Administración debe, *en parte*, sustituir los dictámenes de la ley, ya que ella no agota el cumplimiento de su mandato con la mera ejecución de esta. Bajo una comprensión de Estado como *universitas*, la Administración debe intervenir, resguardando y promoviendo el bien común, aun donde la ley no ha identificado la existencia de un problema. Es esta misma tensión, relativa al espacio que corresponde reconocer a la Administración, la que se encuentra detrás de otras reconstrucciones relativas o cercanas al principio de legalidad. De esta forma, puede entenderse la oposición entre «teorías de la luz roja o luz verde», o incluso la aparente oposición entre Estado de derecho y Estado social como principios fundantes del Estado moderno.

En el caso de las teorías de la luz roja, la teoría diceyiana, esencialmente liberal, enfatizó la relevancia de la libertad de los ciudadanos con respecto a las actuaciones de la Administración como elemento fundamental para construir la supremacía de la legislación (Harlow y Rawlings, 2009: 24). Es por esto que Santiago Montt (2010: 3) identifica al principio de legalidad como «la pieza maestra del derecho administrativo de la luz roja» y, asimismo, al derecho penal como «el gran modelo de la luz roja», en la medida en que «es garantista, y en su narrativa, la legalidad tiene por finalidad proteger al ciudadano frente al *ius puniendi* estatal» (Montt, 2010: 5). Así las cosas, la teoría de la luz roja no es otra cosa que una comprensión del principio de legalidad como vinculación negativa de la Administración a las prescripciones de la ley, lo que a su vez puede ser descrito como una comprensión del Estado moderno como uno erigido sobre la base de una asociación como *societas*. Consecuentemente, la «teoría de la luz verde» tendió a una comprensión del principio de legalidad como vinculación positiva a la ley, dando paso a los fundamentos jurídicos necesarios para hablar de un estado intervencionista y una ley proactiva, necesaria para avanzar en los requerimientos de la sociedad (Montt, 2010: 32). De esta forma, el derecho administrativo de la luz verde se presenta como un derecho cuyos principios son operativos «de cara a la sociedad y sus problemas; [y, que] solo secundariamente operan como factores de coherencia e integridad del ordenamiento jurídico» (Montt, 2010: 11).

En lo que al Estado de derecho y al Estado social se refiere, basta recordar la manera en que Böckenförde (2000: 122) caracteriza ambos principios, vinculando el primero a una comprensión liberal como gobierno por medio de la ley y al segundo a la idea de intervención del Estado, ante una sociedad desigual necesitada de asistencia y redistribución (Böckenförde, 2000: 35). Lo que la aparición de este último genera es la búsqueda de una nueva forma de entender y estructurar el Estado, planteando la necesidad y obligación de reconocer un rol más activo para la Administración, y dejando de lado el Estado de derecho liberal burgués como exclusivo principio configurador (Böckenförde, 2000: 35-27). Lo que se observa es, nuevamente, la tensión entre dos formas de entender el Estado y, por tanto, dos formas de entender el rol de la Administración dentro de él.

La moralidad interna de la Administración

Siguiendo a Alasdair MacIntyre en su *After Virtue*, podría decirse que la Administración del Estado es una institución destinada a sustentar una práctica determinada, a saber, la práctica de administrar el Estado. Para el autor es posible definir una práctica como:

Cualquier tipo de actividad humana cooperativa establecida socialmente de manera coherente y compleja, por medio de la cual aquellos bienes que son internos a ella son realizados al tratar de alcanzar los estándares de excelencia que son apropiados para y parcialmente definitivos de esa forma de actividad, y como resultado de la cual la capacidad humana para alcanzar dicha excelencia y las concepciones humanas de los fines y bienes involucrados, se ven sistemáticamente extendidos (MacIntyre, 1981: 187).

Lo que es característico de una práctica es la existencia de bienes que son internos a ella. Se trata de bienes (fines, objetivos, productos, etcétera) que, por un lado, solo pueden ser definidos por referencia a la práctica que se observa y que, por otro, solo pueden ser identificados y reconocidos una vez que se ha participado en ella (MacIntyre, 1981: 188-189). Sin embargo, el ejercicio de una práctica puede estar asociado también a la existencia de bienes que son externos a ella, es decir, que no están destinados a alcanzar el fin de la práctica, sino que solo se relacionan a ella contingentemente (MacIntyre, 1981: 188-190), operando característicamente en el plano de la propiedad y la posesión individual de quien desarrolla la actividad. En el ejemplo del autor, un pintor de retratos en el siglo XVIII puede desempeñarse en su arte buscando alcanzar fama, bienestar, estatus social o influencia política (=bienes externos a la práctica) y, al mismo tiempo (o alternativamente), pintar para alcanzar la mayor expresión de su desempeño artístico y su arte (=bienes internos a la práctica).

Las instituciones, por otro lado, son definidas por MacIntyre por referencia a su utilidad en la mantención de prácticas valiosas. Lo relevante de ellas es que, si bien apuntan a la mantención de una práctica, operan administrando los bienes que son externos a la misma. Así, por ejemplo, la práctica de la medicina (entendida, según el *Diccionario de Oxford*, como «el diagnóstico, el tratamiento y la prevención de enfermedades») solo puede ser sustentada en el tiempo por medio de la creación de la carrera respectiva y el establecimiento de hospitales. La institucionalización de la Administración del Estado opera, según Loughlin (2001: 29), en un sentido equivalente:¹⁵ gestionando los bienes que son externos a ella para sustentar, en el tiempo, los bienes que le son internos.

En ese sentido, la respuesta a la pregunta por la identificación de los bienes internos a la práctica parece traslaparse con la respuesta a la pregunta por el fin último de la institución. Si bien en el caso de la adjudicación el fin se corresponde con dar a cada

15. El autor citado expresa: «La actividad de la Administración debe ser entendida como una práctica compleja que ha emergido como una tradición viva al interior del pensamiento europeo».

uno lo que es debido conforme al derecho (entendido como integridad), en el caso de la Administración se trata más bien de alcanzar el interés general de acuerdo con lo que requiere la comunidad política. Y si bien la identificación de lo que cuenta como «interés general» no puede sino ser partisana (después de todo, la Administración se preocupa de desarrollar *su comprensión* del interés general teniendo como jefe del Estado al presidente de la República), es la institucionalización de la Administración, por la vía de la gestión de los bienes que son externos a la práctica de administrar el Estado, lo que permite su sustento en el tiempo y la prevención de su deformación.

Ahora bien, estos bienes que son externos a la práctica de administrar el Estado son, en cambio, internos a la idea del «derecho administrativo», preocupado por el estándar de corrección que debe ser observado por la Administración en su actuar. Así, de acuerdo con lo señalado por Loughlin, el derecho administrativo «debe ser entendido como un conjunto de reglas, principios, cánones, máximas, costumbres, usos y modos que condicionan y mantienen la actividad de gobernar» (Loughlin, 2001: 30). Es por esto que los principios del derecho administrativo identificados por Cass Sunstein y Adrian Vermeule pueden ser descritos en términos de «moralidad interna» del derecho administrativo: ellos representan las reglas, principios, cánones, máximas, costumbres, usos y modos que permiten sostener la práctica de la Administración.

Los principios a los que Sunstein y Vermeule se refieren no son sino las ocho hipótesis trabajadas por Lon Fuller, para dar cuenta de distintos casos en que existe un fracaso en la creación de derecho, como:

1. El déficit en la creación de reglas, de modo que la decisión de cada pleito deba determinarse caso a caso.
2. El déficit en la publicación de las reglas que deben ser observadas.
3. El abuso de la legislación retroactiva, que impide que las reglas operen como razones para la acción.
4. El déficit en la generación de reglas comprensibles para sus destinatarios.
5. La promulgación de reglas contradictorias.
6. La promulgación de reglas que requieren conductas que se encuentran fuera del alcance de sus destinatarios.
7. La introducción de cambios frecuentes en las reglas, impidiendo que el destinatario pueda orientar su acción en torno a ellas.
8. El déficit de congruencia entre las reglas anunciadas y la manera en que estas se administran (Fuller: 1978: 39).

Una vez identificados los casos que representan, para Fuller, evidentes fracasos en la creación y mantención de un sistema de derecho, el autor pasa a construir ocho principios que deben ser observados para crear y mantener sistemas jurídicos exitosos, es decir, sistemas jurídicos sujetos a un principio básico de legalidad. Se trata de la con-

ducta que debe ser observada por el ente creador de normas, para evitar los fracasos señalados y así resguardar la «moralidad interna del derecho» (Fuller: 1978: 46). Son estos los principios utilizados por Sunstein y Vermeule para explicar las intuiciones que se observan bajo la actividad judicial norteamericana reciente, tendiente a una deferencia hacia la administración.¹⁶ Un sistema jurídico tendría que exhibir, dice Fuller, las siguientes características:

1. Creación de normas jurídicas de aplicación general (Fuller: 1978: 46-49).
2. Promulgación de las reglas de modo que permita a sus destinatarios conocer su contenido para guiar su acción en concordancia (Fuller: 1978: 49-51).
3. Evitación de reglas de aplicación retroactiva, de manera que los destinatarios de la norma puedan actuar con confianza en base a las prescripciones normativas vigentes (Fuller: 1978: 51-62).
4. Claridad en las reglas, en orden a evitar la promulgación de normas oscuras o incoherentes (Fuller: 1978: 63-65).¹⁷
5. Evitación de reglas contradictorias que transgredan la idea de identidad del derecho, prohibiendo y mandando una acción al mismo tiempo (Fuller: 1978: 65-70).
6. Evitación de reglas que requieren lo imposible de su destinatario (Fuller: 1978: 70-79).¹⁸
7. Consistencia a través del tiempo, de modo que el derecho pueda proveer de certeza jurídica a sus destinatarios (Fuller: 1978: 79-81).¹⁹
8. Congruencia entre la regla declarada y la actuación del Estado (Fuller: 1978: 81-91).

Según Vermeule y Sunstein, estos mismos principios tendrían que ser observados por el derecho administrativo. Sin embargo, estos autores reconocen ciertas limitaciones en su aplicación a esta disciplina. Desde ya, para Fuller era claro que la idea de moralidad interna del derecho no resultaba inmediatamente aplicable a todo tipo

16. Antes que Vermeule y Sunstein, Rubin ya había utilizado estos ocho principios para reconstruir la moralidad interna del derecho administrativo en la manera en que este era aplicado por los jueces norteamericanos. Para más información, véase Rubin (1989: 398).

17. Para Fuller, «es obvio que la legislación oscura e incoherente puede traducirse en una legalidad para todos inalcanzable o, al menos, inalcanzable sin mediar una revisión no autorizada, situación que en sí misma debilita la legalidad».

18. Al respecto, Fuller dice: «Su brutal sin sentido podría llevar al sujeto a notar que no hay nada que no pueda ser requerido de él, por lo que debería estar siempre listo para saltar en cualquier dirección».

19. En este punto, Fuller expone que «existe cierta afinidad entre el daño que genera la legislación retroactiva y el que resulta de cambios frecuentes en el derecho. Ambos se siguen de lo que puede ser llamado “inconsistencia legislativa”».

de acción administrativa. Así, la naturaleza puramente administrativa («*managerial*») de ciertas decisiones (como sucede con aquellas relativas a la destinación de recursos públicos o, incluso, a la acción militar del Estado) tornaría inadecuado su análisis en términos de legalidad, por tratarse de actuaciones que no pueden ser configuradas sobre la base ofrecida por los requerimientos de la moralidad del derecho. Más aún, tratándose de decisiones inherentemente abiertas a múltiples formulaciones (como es paradigmáticamente el caso del licenciamiento de recursos escasos), cualquier referencia a la legalidad resultaría enteramente impertinente por no tratarse de decisiones que se refieren a la adjudicación de derechos en el contexto de un enfrentamiento entre pretensiones. Reseñando el razonamiento de Fuller en este contexto, señalan Sunstein y Vermeule (2018: 1969):

Bajo su comprensión, las consideraciones y los criterios eran muy numerosos y diversos, muy infundidos de razones inarticuladas y muy relacionados a la promoción de bienes sociales agregados más que a la definición y el respeto de los derechos de los reclamantes individuales [...] No hay aquí un asunto de derechos, o incluso de justicia para los reclamantes. Se trata, más bien, de un problema de destinación de recursos escasos con miras al interés general, bajo criterios que no se encuentran definidos y que son multidimensionales.

Ahora bien, incluso tratándose de casos distintos de los identificados por Fuller como eximidos de un análisis de legalidad, vale la pena preguntarse por la rigidez con que los principios reseñados pueden ser aplicados en el derecho administrativo, ya que aun tratándose del primer y más básico estándar fulleriano, pareciera que existen contradicciones difíciles de sortear. Así, por ejemplo, la creación de normas que otorgan potestades discrecionales a la Administración ha sido entendida por la jurisprudencia norteamericana como un problema a la luz del mandato de generalidad. El punto está en que si el estándar requiere de creación de normas (y repudia enfáticamente la determinación del derecho a partir de un análisis caso a caso), resulta necesario que los órganos de la Administración decidan aplicando normas que ya forman parte del entramado jurídico vigente, resultando improcedente el uso de discrecionalidad. En el mismo sentido, el requerimiento de claridad resultaría contradictorio con la *void-for-vagueness doctrine*, que repudia la vaguedad de las disposiciones legales. Si bien se trata de un principio más propiamente aplicable al derecho penal (en tanto materialización del mandato de especificidad), en lo que respecta al derecho administrativo, las cortes norteamericanas comenzaron a extender su aplicación a casos de órganos de la Administración, encausándolo como mandato del debido proceso.

Sin embargo, tanto el uso de discrecionalidad administrativa como el recurso a disposiciones normativas indeterminadas, resultan fundamentales para el desenvolvimiento de la Administración en el Estado moderno. Más aún, la idea misma de consistencia en el tiempo capaz de generar certeza jurídica en la forma de estabilidad del derecho parece contrariar con frecuencia las labores de la Administración. Esto es observado con meridiana claridad por parte de Waldron, quien intenta construir una

noción de *rule of law* para el derecho administrativo, capaz de dar cuenta de las necesidades del derecho público resguardando, al mismo tiempo, el núcleo fundamental de la idea de legalidad. En ese contexto, Waldron se pregunta por la aplicabilidad de los principios tradicionalmente entendidos como asociados a la idea de *rule of law*, concluyendo que se trata de estándares más bien contruidos para dar forma al derecho privado. El *rule of law* para el derecho público tendría que ser, más bien, una versión «moderada» del *rule of law* del derecho privado, «tomándose en serio la misión del Estado administrativo moderno» (Waldron, 2015: 17).

De este modo, habría que concluir que no todo lo que hace la Administración es entendido de la mejor manera bajo el lente de la moralidad del derecho (Sunstein y Vermeule, 2018: 1968). E incluso cuando lo es, los estándares inherentes a dicha moralidad deben ser aplicados de modo que permitan hacer espacio a las distintas técnicas de intervención que la Administración del Estado tiene a su haber. Se trata, en último término, de la aplicación prudente de estos principios, ya que si bien «el lenguaje del derecho público es usualmente presentado como un lenguaje de corrección [*propriety*], este lenguaje es uno gobernado por preceptos de prudencia» (Loughlin, 2001: 30). En palabras de Martin Fleisher, tomadas de una cita efectuada por Martin Loughlin:

La prudencia no debe ser medida principalmente a través de estándares existentes de lo correcto o incorrecto, sino más bien evaluando el mejor medio disponible para alcanzar el fin deseado. La prudencia no es sinónimo de caución ni el dominio de la razón sobre el apetito y las pasiones. Es, en cambio, el frío cálculo de lo que debe hacerse en una situación determinada para alcanzar un propósito, sin que el análisis de la situación sea afectado indebidamente por las pasiones o las convenciones contemporáneas de lo que es correcto o incorrecto (2001: 39).²⁰

Ahora bien, la pertinencia de la prudencia como herramienta para la creación de un derecho administrativo sustentable no puede ser entendida como la consagración de discrecionalidad administrativa ilimitada. Parafraseando a Dworkin, la discrecionalidad administrativa debe ser entendida como discrecionalidad en sentido débil y nunca discrecionalidad en sentido fuerte. En otras palabras, la prudencia siempre debe ser entendida en el contexto que provee un análisis sistemático del entramado jurídico vigente, debiendo esta descansar en una interpretación del derecho administrativo como integridad. Es este el sentido en el cual el proyecto que Vermeule presenta en *Law's Abnegation* es más dworkiniano que el proyecto jurídico del mismo Dworkin, ya que, finalmente, «un buen dworkiniano debe seguir a la integridad hacia donde esta lo guíe» (Vermeule, 2016: 9), incluso si eso significa seguirla fuera del ámbito que es propio de la adjudicación.

De este modo, los preceptos de moralidad interna del derecho administrativo deben reconocer un noveno postulado:

20. Se remite a la obra de Martin Fleisher titulada «*A Passion for Politics: The vital core of the world of Machiavelli*», artículo que forma parte de su compilación «*Machiavelli and the Nature of Political Thought*», editada en Nueva York en 1979

9. La necesidad de administrar el Estado mediando un mecanismo de interpretación atravesado por consideraciones prudenciales.

Es este el carácter definitorio de la actuación de la Administración, que permite dar cuenta de dos elementos centrales al derecho administrativo: el vacío existente entre administración y administrado, por un lado, y la tensión de principios inherentes a ella, por otro. Se trata, según Loughlin, de un método capaz de dar cuenta de la necesidad de contar con una agencia que opera creativamente para vadear ese vacío y, al mismo tiempo, de acomodar los principios de *universitas* y *societas* según lo requiera el Estado (Loughlin, 2003: 163).

Así las cosas, el derecho administrativo hace probable la creación y la mantención de la práctica que constituye la Administración del Estado gestionando los bienes que le son externos (generalidad, promulgación, evitación de retroactividad, claridad, congruencia, evitación de imposibilidad, certeza jurídica y consistencia e integridad) para así asegurar los bienes que le son internos (el interés general de la comunidad política). Construida de este modo, una teoría de la administración descansa en postulados que le son propios y no prestados de entre aquellos que más sentido hacen para una institución diferente. Es a la luz de estos principios que el estudio y el análisis de las distintas técnicas de intervención de la Administración adquieren mayor sentido.

Conclusión

La función específica de este artículo ha sido la de despejar objeciones que podrían levantarse a las potestades inherentes a la Administración del Estado por referencia a cuestiones conceptuales, asociadas a la estructura de la administración como potestad pública. En ese contexto, se abordó la configuración del Poder Ejecutivo, los modos de intervención de la Administración del Estado y lo que podría ser entendido como la moralidad interna del derecho administrativo.

A modo contextual, resulta relevante observar la manera en que el surgimiento de la Administración va de la mano de dos descubrimientos que transforman el modo de operar de la comunidad política como cuerpo institucionalizado. Se trata, por un lado, de la posibilidad de una diferenciación entre el Estado y sus miembros y, por el otro, del reconocimiento de la importancia de distinguir la personalidad del gobernante y el carácter impersonal del cargo que detenta. Ambos elementos van de la mano en la generación de fenómenos de especial relevancia, ya que es a partir de ellos que es posible hablar de jefe de Estado (o «Corona») como algo distinto de la persona del monarca, al tiempo en que se hace posible la identificación de un Consejo que opera con los rasgos primitivos de lo que hoy entendemos como Parlamento. Se trata, por cierto, de una institucionalidad crucial en el contexto del paso del derecho premoderno al derecho moderno, en virtud del cual administración y legislación se desembarazan de las limitaciones impuestas por la idea de derecho como eterna adjudicación, pasando a hacerse cargo del interés general y la voluntad del Estado respectivamente. El sur-

gimiento del Parlamento (levantado, en un principio, como Consejo que operaría en concilio con la Corona), va de la mano del auge de la Corona como órgano impersonal, rodeado de lo que posteriormente pasaría a ser un sofisticado aparato burocrático. De este modo, en el ejemplo ilustrado por la Corona inglesa, «legislación» y «ejecutivo» se erigen desde su conformación, como órganos colaboradores destinados a dar vida al Estado moderno.

De la mano del principio democrático como forma de gobierno, esta nueva configuración supondría, posteriormente, el reconocimiento de un espacio especialmente significativo para la voluntad de la comunidad política, reflejado en la manera en que los más altos cargos del Estado eran electos. El ideal de Estado de derecho, por su lado, aportó una determinada comprensión de la forma en que el producto del poder legislativo debía vincular a todos los demás. Se trató de un principio implementado en los términos de un Estado de derecho liberal, solo matizado por las necesidades innegables que hacían imperativo el reconocimiento del ideal de Estado social.

Lo anterior es consistente con la manera en que se desarrolló el derecho de la Administración en los Estados modernos. Si bien reconstrucciones alternativas se encontraban disponibles, la tradición occidental fue más bien reacia a aceptar configuraciones del Estado donde prevaleciera la idea de Estado social, otorgando preeminencia al Estado de derecho liberalmente concebido. Así las cosas, no resulta sorprendente que el paradigma del derecho administrativo haya terminado por identificarse plenamente con una de sus manifestaciones: el derecho de la policía, vinculado a la limitación y ordenación de la actividad doméstica. Esto minimizó el rol transformador del administrador. Se trata, nuevamente, de una comprensión ideológicamente comprometida de lo que había que entender por «policía», que no decía especial relación con su desarrollo original, sino más bien con la manera en que había calado la idea de Estado de derecho.

Ahora bien, resulta relevante considerar que lo que subyace a cada uno de estos modos de comprender el rol de la Administración no es sino la tensión constante entre dos formas de concebir el Estado. Entender esta tensión en orden a poder organizarla y manejarla, haría eventualmente más probable reconocer ese espacio que se ha negado a la idea de Estado social de derecho. En los términos utilizados por Michel Foucault, se trata de la tensión existente entre la idea de Estado como *pastorship* (donde el líder se ocupa no solo de la supervivencia y el mantenimiento de la comunidad política, sino, especialmente, de su desarrollo espiritual) y de Estado como *rulership* (donde el líder opera como gobernante destinado a mantener la unidad de una multitud determinada). En palabras de Michael Oakeshott, se trata de la oposición existente entre una asociación que es concebida como *universitas* (donde la comunidad es definida en torno a un fin sustantivo en pos de la cual se estructura y desenvuelve), y una entendida como *societas* (donde lo único que une a cada integrante de la comunidad política es la lealtad a partir de la cual el desarrollo personal e individual se hace probable). Finalmente, en los términos utilizados tradicionalmente por la doctrina jurídica, se trata de la com-

pleja relación que puede ser observada a partir de un principio de legalidad entendido en sentido negativo (como no intervención) o en sentido positivo (como habilitación).

Una teoría comprometida con la idea de que la regulación corresponde, principalmente, al Poder Legislativo y no al Poder Ejecutivo, resulta enteramente coherente con el desarrollo que, históricamente, ha experimentado la Administración pública. Bajo un paradigma liberal de Estado de derecho (configurado a partir de la idea de *rulership*, *societas* y legalidad en sentido negativo), el lugar que corresponde a la Administración es la ejecución de normas y no la creación de normas. Sin embargo, analizar punto por punto cada uno de los elementos que llevaron a la configuración de la Administración en el Estado moderno ofrece una oportunidad emancipadora, en la medida en que se hace evidente que la comprensión dominante no es inherente a la idea misma de administración, que puede acercarse con mayor comodidad a un principio de Estado social. Más aún, en un esfuerzo por liberar a la Administración de los dogmas del Estado moderno, es posible construir una «moralidad interna» del derecho administrativo, a partir de la cual se observa con claridad la manera en que su mandato es más armónicamente entendido bajo un lente de legalidad en sentido positivo.

Bajo esta mirada, el paradigma reinante ya no es el de un Estado policía como Administración sujeta a limitaciones *iusprivatistas* para intervenir en la esfera particular de los administrados, sino el de un Estado construido en torno a un propósito común: el interés general. En este contexto, la Administración se presenta como una práctica jurídica, dotada de principios y limitaciones que le son propias, y una moralidad interna atravesada por consideraciones prudenciales. Es este el primer paso hacia la comprensión de una potestad de la Administración que opera con autonomía, pero en concordancia con la potestad normativa del legislador, y que hace probable, asimismo, la realización de un Estado social de derecho.

Referencias

- AMUNÁTEGUI, José Domingo (1907). *Tratado General de derecho administrativo*. Santiago: Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona.
- BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano (1967). «Sobre el concepto de fomento». *Revista de Administración Pública*, 54: 43-86. Disponible en bit.ly/2OQBkd8.
- BERMEJO VERA, José (1991). *Derecho administrativo especial*. Madrid: Civitas.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst (2000). *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta.
- CAMACHO, Gladys (2005). «La problemática de la potestad normativa de las Superintendencias». En Gabriel Bocksang, y José Luis Lara (coordinadores), *Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público*. Santiago de Chile: Lexis Nexis.
- . (2010). *Tratado de derecho administrativo. La actividad sustancial de la Administración del Estado*. Tomo IV. Santiago: Abeledo Perrot.
- CAZOR, Kamel (2011). «Regulación reglamentaria v/s regulación legislativa: Comentario a sentencia rol 1849-2010, de 12 de mayo de 2011, sobre requerimiento parlamen-

- tario de inconstitucionalidad respecto del Decreto Supremo 264, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que “fija normas complementarias al decreto 136 de 14 de septiembre de 2009 (sobre televisión digital)”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 18 (2): 377-397. DOI: [10.4067/s0718-97532011000200014](https://doi.org/10.4067/s0718-97532011000200014).
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2013). «Sanciones administrativas y mercados regulados». *Revista de Derecho (Valdivia)*, 26 (1): 119-144. DOI: [10.4067/s0718-09502013000100006](https://doi.org/10.4067/s0718-09502013000100006).
- COSCULLUELA MONTANER, Luis y Mariano López Benítez (2007). *Derecho público económico*. Madrid: Iustel.
- DETMOLD, Michael (1989). «Law as practical reason». *Cambridge Law Journal*, 48 (3): 436-471. Disponible en bit.ly/3eYnd03.
- FERRADA, Juan Carlos (2002). «La potestad reglamentaria de los gobiernos regionales: algunas notas preliminares». *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 23: 305-322. DOI: [10.22199/s07189753.2002.0001.00010](https://doi.org/10.22199/s07189753.2002.0001.00010).
- FOUCAULT, Michel (1979). «Omnes et Singulatim: Towards a Criticism of ‘Political Reason’». En Stanford University (editor), *The Tanner Lectures on Human Values*. Disponible en bit.ly/2D4sllY.
- . (1991). «Governmentality». En Colin Gordon Graham Burchell y Peter Miller (editores), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*. Chicago: The University of Chicago Press.
- FULLER, Lon (1978). *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.
- GUERRERO, Omar (2016). «Estudio Introductorio». En Lorenz von Stein (autor), *Tratado de teoría de la Administración y derecho administrativo*. Trad. por José Andrés Ancona Quiro. México: Fondo de Cultura Económica.
- HARLOW, Carol y Richard Rawlings (2009). *Law and Administration*. Cambridge: Cambridge University Press.
- JORDANA DE POZAS, Luis (1949). «Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo». *Revista de estudios políticos*, 48: 41-54. Disponible en bit.ly/3hC265c.
- LETELIER, Valentín (1907). *Apuntaciones de derecho administrativo, clase de don Valentín Letelier 1904*. Santiago: Imprenta y Encuadernación Chile.
- LEAL, Brigitte (2015). *La potestad de inspección de la Administración del Estado*. Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional.
- LOUGHLIN, Martin (2003). *The Idea of Public Law*. Oxford: Oxford University Press.
- . (2010). *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press.
- MACINTYRE, Alasdair (1981). *After Virtue*. Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- MONTT, Santiago (2010). *Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurificadora del derecho administrativo y sus principios fundamentales*. Documento de trabajo 4. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- MOYA, Francisca (2013). *El principio de precaución*. Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional.

- OTTO, Ignacio de (1995). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- PARADA, Ramón (1992). *Derecho administrativo*. Tomo I. 4.^a ed.. Madrid: Marcial Pons.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2003). *Derecho administrativo*. Barcelona: Ariel.
- . (2010). «Prólogo». En Gladys Camacho (autora), *Tratado de derecho administrativo. La actividad sustancial de la Administración del Estado*. Tomo IV. Santiago: Abeledo Perrot.
- RUBIN, Edward (1989). «Law and legislation in the Administrative State». *Columbia Law Review*, 89 (3): 369-426. Disponible en bit.ly/2CEykOK.
- . (2005). *Beyond Camelot. Rethinking Politics and Law for the Modern State*. Nueva Jersey: Princeton University Press.
- SILVA CIMMA, Enrique (1996). *Derecho administrativo chileno y comparado: Principios fundamentales del derecho público y Estado solidario*. Santiago: Jurídica de Chile.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1996). *Derecho administrativo: Bases Fundamentales. El principio de juridicidad*. Tomo II. Santiago: Jurídica de Chile.
- SUNSTEIN, Cass y Adrian Vermeule (2018). «The Morality of Administrative Law». *Harvard Law Review*, 131: 1924-1978. Disponible en bit.ly/3hyxJN7.
- STEIN, Lorenz von (2016). *Tratado de teoría de la Administración y derecho administrativo*. México: Fondo de Cultura Económica.
- VERMEULE, Adrian (2016). *Law's Abnegation. From Law's Empire to the Administrative State*. Cambridge: Harvard University Press.
- VILLAR PALASÍ, José Luis (1950). «La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo». *Revista de Administración Pública*, 3: 53-129. Disponible en bit.ly/2ZVFPcQ.
- WALDRON, Jeremy (2015). «The Rule of Law in Public Law». En Mark Elliot y David Feldman (editores), *The Cambridge Companion to Public Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Sobre la autora

PÍA MACARENA CHIBLE VILLADANGOS es abogada y licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Actualmente, se desempeña como abogada de la División de Fusiones de la Fiscalía Nacional Económica. Su correo electrónico es pia.chiblev@gmail.cl.  <https://orcid.org/0000-0002-9827-4370>.

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

La *Revista de Derecho Público* es publicada desde 1963 por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Aparece dos veces al año. Su propósito es la difusión de los avances del derecho público nacional e internacional y la socialización de artículos de investigación inéditos de la comunidad académica nacional e internacional.

DIRECTORA

Ana María García Barzelatto

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Felipe Peroti Díaz

fperoti@derecho.uchile.cl

SITIO WEB

revistaderechopublico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

publico@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía

www.tipografica.io