

Introducción al derecho administrativo

Para nadie es un secreto que la actividad del Estado se fue expandiendo de una manera extraordinaria llegando a ser considerado un verdadero monstruo de siete cabezas. Ello por cuanto el administrado para actuar, debía contar siempre con la aprobación del órgano administrativo, ya sea a través de autorización, licencias, permisos, etc. Esta situación provocaba que la autonomía de los particulares prácticamente no existiera. Sin embargo, tal sistema se ha ido moderando con el tiempo principalmente a través de lo que conocemos como Estado Subsidiario, lo que no ha impedido ese gran intervencionismo.

Allí aparece el rol fundamental del jurista que es mantener el equilibrio entre la libertad y dignidad ciudadana frente a la autoridad administrativa que busca principalmente el bien social, es decir, debe buscarse un equilibrio entre la actividad destinada al bien común y el legítimo interés particular.

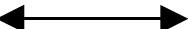
El derecho que va a regular tal situación es el derecho administrativo que se va a caracterizar por lo siguiente:

Va a ser el instrumento técnico que va utilizar el Estado para satisfacer las necesidades públicas y obtener el bien común.

Va a ser el instrumento técnico operativo de los derechos y garantías de los ciudadanos.

Como señalamos, el contacto entre el administrado y el Estado no se va a producir con el poder legislativo, pues este no es operativo, sino que a través del administrador ni tampoco con el poder judicial, ya que van a tener contacto con este. La verdad es que la relación entre el individuo y el Estado desde que se nace hasta que se muere, se quiere o no, va a estar ligada con el administrador.

Las relaciones que van a unir al Estado administrador no van a quedar regidos por el derecho privado, sino que en forma subsidiaria, ya que la gran mayoría de ellas se van a someter a ese derecho que va a tener en cuenta el equilibrio entre el órgano que busca el bien común y el particular que busca su propio bien y que va a ser el derecho administrativo.

Bien común  Libertad

Debemos observar que el Estado no lo vamos a mirar como un instrumento de dominación o de arbitrariedad, sino que como una persona jurídica destinada a obtener el bien común regidos por los principios de responsabilidad y de legalidad administrativa.

Esto está en la Constitución en el artículo 1º inciso 4º (bien común) y tiene como límite el artículo 5º, también los derechos, garantías y libertades del artículo 19.

También nos da la posibilidad de defendernos en los artículos 20 y 21, de los recursos específicos como recurso de reclamación de nacionalidad y del artículo 19 nº 24 que es reclamo del acto de expropiabilidad y de indemnización.

Peculiaridades del derecho administrativo

1. Estructura Normativa Compleja:

Esto significa que existe una serie de disposiciones que de una u otra forma se refieren a la administración o provienen de ella.

Existe un apego a lo concreto por cuanto hay una ausencia de criterios rectores válidos para la totalidad de su normativa jurídica. Así se construyen sectores sancionados, dominio público, etc., cuyo único dato común es la presencia de la administración.

Sus normas se encuentran dispersas en rangos o valores diferentes tales como leyes, decretos, reglamentos u otros.

Finalmente existe fugacidad de sus normas frente a la permanencia de las disposiciones de otros ordenamientos.

2. Apego a circunstancias políticas e históricos:

Se da una circunstancia directa entre normas técnicas y categorías jurídicas-administrativas con la realidad política de cada país a diferencia del derecho privado se considera arriesgado utilizar soluciones jurídicas nacidas en instituciones diferentes.

3. Multiplicidad del contenido de las normas:

No hay una normativa administrativa por razón de esencia, ya que los fines de la actividad administrativa se pueden lograr a través de diversos caminos como penalizar conductas, dictar reglamentos, etc.

Actualmente, sin embargo, existe un reforzamiento de la actividad administrativa al perseguirse el bien común lo que ha provocado el reforzamiento del ejecutivo en desmedro del legislativo o incluso de los tribunales de justicia.

4. Tendencia a modificar la realidad:

Si bien todo el derecho responde a la pretensión de conformar a la sociedad a que se dirige. El derecho administrativo recoge tal pretensión con una mayor intensidad y con un plazo menor. Se dice que la tarea de la administración, que es también su responsabilidad, es conformar a la sociedad según pautas actuales de justicia. Dicha actividad no se dirige solo a lo interesados, sino que el beneficiario es la comunidad llamada el tercero invisible que solo se ve presente en el derecho, en los casos aislados en que se concede acción popular.

Teorías de la actividad administrativa

1. Teoría Objetiva:

Supera el principio de división de poderes e intenta configurar objetivamente las funciones del Estado independientemente del poder que la realicen. En este sentido, se habla de funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales.

Sin embargo, los criterios para delimitar cada una de las funciones son diversos. Por ejemplo: en la teoría pura del derecho se sostiene que el Estado se limita a legislar y a ejecutar la ley y, dentro de esta última, lo administrativo se distingue de lo jurisdiccional, porque los primeros sus órganos son interdependientes y subordinados mientras que en los segundos sus órganos son independientes.

Otra posición sostiene que la diferencia entre ambas funciones consiste en que en lo jurisdiccional la ley es su fin esencial, mientras que en lo administrativo la ley sola se consideraría un límite de actuación y que su transgresión provocaría la nulidad de los actos.

Estas posiciones se critican porque la actividad administrativa no solo es jurídica, sino que es puramente *técnica*; además, porque también para la administración la ley es un fin diverso al judicial, y por último, con relación a la función legislativa, porque esta no solo contiene actos reglados, sino que también la administración dicta una serie de actos que tiene este carácter, como por ejemplo, los reglamentos.

A mediados del siglo pasado, también se consideró que la función administrativa era la que provenía exclusivamente de los servicios públicos, pero esta fue perdiendo vigencia debido al intervencionismo estatal en actividades económicas donde aparecieron formas de actuación que no eran encajables en la categoría tradicional del servicio público.

Todas estas teorías surgieron para explicar una serie de casos en los cuales los órganos del poder legislativo y judicial desarrollaban actos o procedimientos iguales a los de la administración. Sin embargo, ninguno de estos actos se considera parte del derecho administrativo, por cuanto falta la figura fundamental que es la administración pública.

2. Teoría negativa o residual:

Esta considera que es función administrativa aquella que queda de la actividad estatal prescindiendo de la actividad legislativa y jurisdiccional.

Principalmente se recoge por razones históricas en la literatura alemana una vez que el príncipe se desprende de sus facultades legislativas y jurisdiccionales las que pasan a ser ejercidos por órganos con poderes autónomos e independientes.

Esta teoría se critica, porque confunde la actividad administrativa con el poder ejecutivo siendo que dicha actividad es solo una parte de ese poder.

3. Teoría subjetiva:

El derecho administrativo es el derecho de la administración pública
No es por tanto, el derecho del poder ejecutivo.

La función administrativa en Chile

En Chile, existe una tendencia a considerar la función administrativa tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo.

En el primer caso, se entiende que función administrativa es aquella actividad que en forma inmediata, permanente, concreta, práctica y normalmente espontánea desarrolla los órganos estatales para alcanzar el bien común conforme al régimen jurídico de derecho público

De acuerdo a lo anterior, podríamos considerar que función administrativa materialmente también podría ser ejercida por los poderes legislativos y judicial, ya que lo que interesaría sería la actividad y el fin que se persigue. En este sentido, cualquier actividad estatal que fuera concreta, práctica, inmediata y que persiguiera fines como el interés público o la satisfacción de necesidades colectivas, sería función administrativa.

Un ejemplo práctico es el caso de las normas del personal que rigen al poder judicial, las cuales se rigen supletorio por el estatuto de los funcionarios públicos y se someten al control en ciertos casos ante la Contraloría General de la República.

No obstante lo anterior, también en Chile se considera función administrativa toda aquella que emane de los órganos integrantes de la administración del Estado, los cuales enumerados taxativamente en el artículo 1º de la ley nº18.575 sobre bases generales de la administración del Estado. Esto sin considerar la actividad material que realice dicho órgano. Por ejemplo, la actividad de una empresa estatal objetivamente no es función administrativa, pero en sí subjetivamente.

Atribuciones Normativas y Jurisdiccionales de la administración

1. Función normativa:

Aunque no hay una uniformidad doctrinal, se entiende que esta función es aquella que se traduce en el dictado de normas de carácter general y obligatorio destinadas a constituir una situación objetiva e impersonal para los administrados a quien está dirigida.

Desde un punto de vista material, esta actividad no se diferencia de la que realiza el poder legislativo e incluso, puede compararse a la que tiene el poder judicial cuando dicta autocordados.

Las autoridades administrativas que tiene esta atribución son las siguientes:

El Presidente de la República mediante el ejercicio de la Potestad Reglamentaria, ya sea autónoma o de ejecución.

Los Gobiernos Regionales quienes pueden dictar reglamentos de carácter regional.

Las Municipalidades a través de las Ordenanzas.

Nota: no se incluyen los reglamentos que se dictan por las autoridades para organizar en forma interna su servicio.

Ejemplo de reglamento autónomo es el reglamento de protocolo.

2. Actividad jurisdiccional:

Se entiende como aquella que decide controversias con fuerza de verdad legal, función que en ciertos casos es cumplida por órganos que se encuentran insertos dentro de la propia administración del Estado.

Esta actividad dentro de la administración tiene un profundo arraigo en el derecho continental europeo y fue recogida por la organización colonial española particularmente en materias relativas a hacienda.

Esta función ha sido discutida particularmente por aquellos que consideran que no sería propiamente una actividad jurisdiccional, sino una actividad administrativa. A parte de eso, se ha discutido si pudiese considerarse constitucional el ejercicio de esta actividad frente a la prohibición que establece el artículo 73 de la Constitución Política de la República.

Algunos han sostenido que no existiría problema, por cuanto la prohibición se referiría a ejercer funciones judiciales, pero no jurisdiccionales. En este caso, lo jurisdiccional sería el género y lo judicial sería la especie.

No obstante lo anterior, la realidad demuestra la existencia de tribunales administrativos, por lo cual la discusión se traduce en las garantías que estos deberían otorgar. Por ejemplo, para Eduardo Soto Clos, firme partidario de la inconstitucionalidad de estos tribunales a contrariarse el artículo 73, se violarían para el administrado los artículos 19 nº2 y 19 nº3 al carecer el tribunal de la imparcialidad y de afectarse gravemente el debido proceso. Sin embargo, tal posición no ha encontrado eco en la jurisprudencia fundamentalmente por lo que se ha sostenido por el Consejo de Defensa del Estado. Este organismo ha señalado lo siguiente:

El poder judicial tiene la mayor parte de la jurisdicción tanto cuantitativa como cualitativamente, pero la exclusividad

La propia Constitución de la República otorgan atribuciones judiciales, tanto al Presidente de la República como al Congreso Nacional. De manera que tampoco existiría tal exclusividad.

La tendencia legislativa es que en materias contenciosas administrativas sus conocimientos quedan entregados a tribunales especiales y, que por regla general, la jurisdicción de los tribunales ordinarios se circunscriba a las causas civiles y criminales.

El funcionario de la administración que ejerce funciones jurisdiccionales cumple un doble papel; como funcionario, esta sujeto a la organización administrativa del Estado por lo que debe aceptar

los criterios de jerarquía y obediencia, pero cuando se desempeña como juez, su obligación es la de impartir justicia en forma independiente e imparcial.

En conclusión, aceptando la realidad de la existencia de estos tribunales, su actividad debe estar sujeta los siguientes límites:

La atribución de funciones jurisdiccionales órganos de la administración debe ser otorgada por ley formal.

Debe justificarse la idoneidad del órgano como la especialización de las causas que se le atribuyen a la administración para sustraer sus conocimientos a los tribunales del poder judicial.

Los miembros de estos tribunales deben gozar de ciertas garantías para asegurar la independencia de su juicio frente a la administración. Por ejemplo, la inamovilidad.

El control que debe realizar el poder ejecutivo frente a estos actos jurisdiccionales debería ser mínimo, excepcional y limitarse solo a la legalidad.

Los tribunales del poder judicial deben conservar la atribución final de revisar las decisiones de los tribunales administrativos.

*gobierno: es la persona que dice lo que hay que hacer.

*administración: es la que lleva a cabo lo que hay que hacer.

*las municipalidades son las únicas autoridades que no tiene gobierno.

Estado de Policía y Estado de Derecho

No puede hablarse de derecho administrativo con anterioridad a la creación del Consejo de Estado francés que viene a marcar la separación entre el Estado de Derecho que actualmente vivimos y el régimen que la doctrina señala como el Estado de Policía, cuya característica esencial era la concentración del poder en manos del monarca o príncipe.

Si bien es cierto que tanto en Francia como en otros países existía abundante legislación dictada por el príncipe para regular materias civiles y criminales, así como también relativas a la organización de los servicios públicos y de tribunales de esa época, no podía considerarse que existiera una rama independiente del derecho que mereciera llamarse derecho administrativo. Esto se daba fundamentalmente, porque la jurisdicción para conocer de las infracciones que se cometieran respecto de dichas normas, iban a ser conocidas por tribunales cuyo poder derivaba del príncipe, situación por la cual, en cualquier momento este podía recuperar esa potestad.

Por otro lado, no obstante la existencia de diversas normas dirigidas tanto a la administración como a los agentes públicos en cualquier momento el príncipe podía derogarlas o tomar directamente a su cargo la resolución de los asuntos que se entregaban a los entes estatales, de allí entonces que este régimen se denominó Estado de Policía.

Solo después de la creación del Consejo de Estado en Francia se puede considerar que el conjunto de normas que regulan la relación, entre la administración y los particulares, o la legislación de los servicios públicos, constituye un verdadero derecho que va a traer lo hoy conocemos como Estado de Derecho. El Estado de Derecho supone la sumisión absoluta del

Estado al derecho suponiendo la observancia de 3 principios fundamentales, que ha saber son:

- ◆ Declaración de los derechos del ciudadano,
- ◆ División de poderes y
- ◆ Aseguramiento de la libertad de los administrados.

En el siglo pasado se produjo una importante discusión entre dos tratadistas, Hariou y Dicey, respecto al sistema que debía considerarse para un Estado de Derecho. Hariou defendía el sistema francés o de derecho administrativo y Dicey defendía el sistema inglés del "rule of law" (imperio de la ley).

Características principales del sistema del rule of law:

- a) La administración no es un poder y por ello no existe un derecho especial aplicable a ella. En este caso, existe una supremacía del derecho común.
- b) La administración dispone de amplios poderes discrecionales para el ejercicio de sus competencias.
- c) La fiscalización de la actividad administrativa se lleva a cabo por los tribunales ordinarios
- d) Ante la ley, la administración es como un particular más, es decir, no tiene privilegios ni prerrogativas.
- e) Existe un procedimiento muy riguroso para la dictación de actos administrativos y reglamentos.
- f) La ejecutividad del acto administrativo es una excepción. (La ejecutividad del acto administrativo es aquella que permite al acto imponerse con su sola dictación sin tener que recurrir a un nuevo acto o a un tercero).
- g) En materia de responsabilidad, esta recae principalmente sobre el funcionario siendo muy atenuada la que afecta a la administración.
- h) La administración es descentralizada.
- i) No existe presunción de legitimidad. (Presunción de legitimidad: se presume que el acto administrativo es válido, salvo que se pruebe lo contrario)

Características del sistema francés:

- a) La administración es un poder jurídico que dispone de amplios poderes exorbitante, prerrogativas y potestades tales como expropiar, sancionar, ejecutar sus propios actos, etc.
- b) Al ser un poder jurídico, dispone de una potestad extraordinaria que es la reglamentaria, en virtud de la cual puede crear su propio ordenamiento jurídico.
- c) La administración no se encuentra regulada por el derecho común, sino que por un derecho especial, autónomo e independiente que es el derecho administrativo.
- d) En materia de responsabilidad, existen reglas diferentes a las del derecho civil, como por ejemplo, la responsabilidad por falta de servicio, la personal, los actos separables, etc.

- e) La fiscalización de los actos de la administración no se realiza por los tribunales ordinarios, sino por una jurisdicción especial, contencioso-administrativo y por el propio Consejo de Estado.

En rule of law se privilegia la igualdad, en cambio, en el derecho administrativo (sistema francés) lo que importa es la separación de poderes.

Teoría del Fisco

Cuando existía el Estado de policía, el monarca dictaba 2 tipos de normas:

1. El **ius politiae** que se referían a normas internas del reino las cuales no podían ser rechazadas por los súbditos ni se podía reclamar de los abusos que se producían. El límite del ius politiae solo era de carácter moral. Se referían a 2 circunstancias:
 - ⇒ El respeto a los ciudadanos, por cuanto el monarca buscaba la felicidad de sus súbditos.
 - ⇒ El respeto de los derechos naturales mirados estos desde un punto de vista ius naturalista.
2. El otro tipo de normas era de derecho privado y se denominaba **ius privatum**. Este regía fundamentalmente a las personas, la familia y la propiedad, y los conflictos que se producían iban al conocimiento de los tribunales ordinarios.

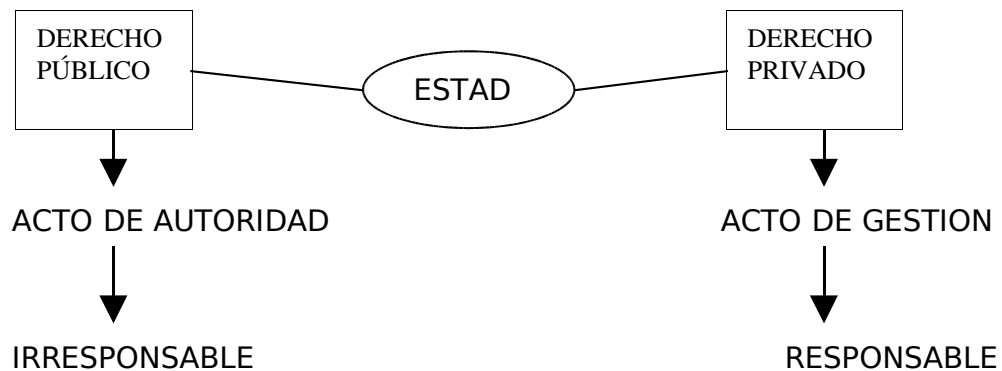
Esta situación de irresponsabilidad del monarca lleva a la construcción de la teoría del fisco o de la doble personalidad del Estado mediante la cual se va a perseguir de algún modo la responsabilidad del Estado.

Esta teoría tiene su origen en el derecho romano.

Consiste en que la actuación del Estado se va dividir en 2:

- a) Si el acto se rige por el *ius politiae* es un *acto de autoridad* y por tanto el Estado es irresponsable.
- b) Si la actuación del Estado se rige por el derecho privado, se denomina *acto de gestión* y por tanto va a ser responsable de su actuación.

La teoría de la doble personalidad del Estado en Europa solo se mantuvo durante el siglo XX, pero en nuestro país tuvo un importante efecto en sentencias dictadas entre los años 1930 y 1960 e incluso en fallos en la década de los 80 donde regía con plenitud la Constitución actual.



Estado de Derecho

Esta expresión apareció en 1832 en una obra de Robert Von Mohl y significa la sujeción integral del Estado de Derecho.

Para concebir un Estado de Derecho debemos estudiar 5 técnicas que permiten tener una aproximación a dicho concepto. Estas técnicas son las siguientes:

- Existencia de una Constitución
- Respeto al principio de legalidad (administrativa)
- Establecimiento de órganos de control
- Principio de responsabilidad del Estado

Generación democrática de los centros de poder.

1. Existencia de una Constitución:

Se dice que el Estado debe tener una Constitución que cumpla con ciertos requisitos de forma y de fondo para encontrarnos frente a una Estado de Derecho.

Como requisitos de forma se exige que sea escrita, rígida y que establezca un mecanismo especial para su reforma.

En cuanto a los requisitos de fondo debe existir un reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, así como el establecimiento de los poderes públicos.

También se ha ido incorporando la idea de establecer un preámbulo donde se contengan las ideas principales que inspiraron la constitución, cuestión esta última que ha provocado una discusión sobre el valor mayor que estos tendrían sobre el resto del articulado constitucional.

En Chile la Constitución de 1980 cumple formalmente con las exigencias anteriores, ya que es escrita, rígida y establece un mecanismo especial de reforma. En cuanto al fondo:

- a) El artículo 19 establece un catálogo de derechos, libertades y garantías que se reconocen a las personas el cual no es taxativo por lo que señala el artículo 5º en cuanto a que el límite de la soberanía estatal son los derechos que emanan de la naturaleza humana lo que puede ser un número infinito.
- b) La constitución establece mecanismos de protección a dichos derechos como son las acciones y recursos contenidos en los artículos 12, 19 nº24, 20 y 21 de la Constitución.
- c) Se establecen los poderes públicos en capítulos independientes como el relativo al Presidente de la República, el Congreso Nacional, y el Poder Judicial.
- d) Siguiendo la tendencia moderna nuestra Constitución tiene un preámbulo llamado "Bases de la Institucionalidad" donde se contienen los principios que inspiran la Constitución, como por ejemplo, subsidiariedad, aplicación directa de la Constitución, legalidad, etc.

Por último, establece un capítulo especial destinado a la reforma de la Constitución el cual como se sabe es diferente al que se establece para la modificación de las leyes.

2. Principio de Legalidad:

El sometimiento del Estado al derecho proviene en nuestra legislación ya del código civil específicamente de su título I donde se reconoce la existencia de personas jurídicas de derecho público las cuales tienen que regirse por las leyes respectivas.

Este sometimiento al derecho significa que el Estado deba ajustarse al llamado bloque de legalidad que integran nuestro ordenamiento jurídico. De allí que algunos autores denominan principio de juridicidad.

El sometimiento del Estado a este bloque de legalidad opera de 2 formas:

Opera sobre el Ser: esto significa que todos los órganos que integran el Estado deben ser creados, ya sea por la Constitución o por la ley. Esto es, su origen solo puede tener rango constitucional o legal. Por ejemplo, sus órganos constitucionales como la Contraloría General de la República y el Banco Central, los demás son de origen legal de acuerdo a lo que señala la propia Constitución en el artículo 62 inciso 4º nº2 en relación con el artículo 60 nº14. Esto quiere decir que la creación de los órganos y servicios públicos son materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Nota: existen comisiones que crean por decreto del Presidente de la República que no constituyen servicios públicos. Por ejemplo, la comisión de descontaminación de Santiago, la comisión de probidad, etc.

Opera sobre el Obrar en el sentido de que el derecho determina quien, como, cuando, por que, parra que ejerce el poder y que decisión se debe tomar. Es decir, la ley va a señalar cual es el súbdito en el cual los órganos van a ejercer sus potestades.

La norma fundamental se encuentra en el artículo 6º inciso 1º de la Constitución que señala que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Además, la propia Constitución obliga a los tribunales o integrantes de dicho órgano.

El otro artículo es el 7º que indica cuales son los requisitos para que la actuación del órgano estatal sea válida. Se exige:

Investidura regular: esto es, que el funcionario haya sido nombrado legalmente.

Debe actuar dentro de la competencia establecida por la ley, tanto en la materia, en el territorio, en el grado, y en el tiempo.

Debe someterse al procedimiento legalmente establecido (artículo 60 nº18 de la Constitución).

En el inciso 2º del artículo 7º, se consagra la regla de oro del derecho público chileno en cuanto a que los órganos deben estar habilitados en forma previa y expresa para actuar y que su incumplimiento, según el inciso 3º, acarrea la nulidad de los actos y las responsabilidades y sanciones establecidas por la ley.

Cabe hacer presente que la ley sobre administración del Estado en su artículo 2º consagra el principio de legalidad en términos muy similares a los referidos a los artículos 6º y 7º. Este artículo 2º señala que las infracciones al principio de legalidad pueden cometerse de 2 formas:

Por *abuso* en el ejercicio de las potestades.

Por *exceso* en el ejercicio de las potestades.

Hay abuso cuando se tiene la potestad, pero se utiliza con un fin distinto (desviación del fin).

Hay exceso cuando se va más allá del límite establecido por la potestad.

En caso de abuso o exceso, se pueden interponer las acciones jurisdiccionales correspondientes o los recursos administrativos (ver artículo 9º de la ley Bases).

Formas de vinculación del Estado al derecho:

En doctrina se habla de la vinculación negativa y vinculación positiva al derecho.

La *vinculación negativa* existe cuando hay compatibilidad entre el actuar de la administración y el derecho. Esto es, el Estado puede actuar en todos aquellos casos en que no exista una ley prohibitiva. Esto se asemeja a la situación que tienen los particulares, los cuales pueden realizar todo aquellos que no esta prohibido.

La *vinculación positiva* supone que la actuación del Estado debe ser conforme al derecho. Esto es, la ley no es un límite, sino que es una condición. El Estado solo puede actuar si existe una habilitación jurídica previa o expresa. Por esto, se dice que en derecho público solo se puede hacer lo que esta expresamente permitido.

En Chile, de acuerdo al citado artículo 7º de la Constitución, se aplica la teoría de la vinculación positiva, motivo por el cual se exige que la actuación tenga una habilitación previa y expresa; si ello no ocurre, el acto debe ser considerado nulo. Con esta teoría se descarta la existencia de poderes implícitos o que se apliquen por analogía como ocurre en el derecho privado.

3. Establecimiento de órganos de control:

Estos órganos de control pueden referirse a un control político, a un control administrativo o a un control jurisdiccional del Estado. Ellos sin perjuicio de que existen controles difusos como el de la opinión pública y el de los medios de comunicación.

— Control político:

Este es un mecanismo de fiscalización de la actividad de dirección política del Estado y se ejerce por las autoridades políticas superiores del gobierno por los órganos representativos de la voluntad popular (parlamentos o asambleas nacionales o regionales) y de modo mucho más informal a través de los ciudadanos mediante el voto y de la crítica que expresan los medios de comunicación social.

⇒ *Control del Presidente de la República, de los Ministros de Estado y de los Intendentes y Gobernadores.*

Respecto del presidente este control emana del art. 24 de la Constitución y 1º de la ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

Para llevar a cabo dicha tarea el Presidente cuenta con una serie de órganos de colaboración siendo sus agentes más directos e inmediatos los ministros de Estado, los gobernadores y los intendentes quienes realizan la conducción política y administrativa de sus respectivos reparticiones públicas (art. 33, 100 y 105 de la C.P.R.)

El control que llevan a cabo estos organismos se refiere a las políticas, planes y programas que define el gobierno y que debe a llevarse a cabo por los órganos de la administración. En el evento que no se realice este tipo de control se puede originar la responsabilidad políticas de los ministros, intendentes y gobernadores en cuanto órganos evaluadores y

fiscalizadores de las políticas sectoriales. Ejemplo: art. 24 letra I de la ley de gobierno y administración regional, art. 3 de la misma ley

⇒ *Cámara de Diputados a través de la fiscalización de los actos de gobierno.*

Esta atribución se encuentra en el art. 48 n°1 de la Constitución y 295 y 296 del reglamento de la Cámara de Diputados. Se trata de un control de mérito de la actividad del gobierno no siendo una mera fiscalización jurídica, ya que de acuerdo a lo que se señaló en la comisión de estudio de la Constitución, vigila la conducta de personas o autoridades para que su comportamiento sea conforme a ciertas pautas.

El control que realiza la cámara se considera muy débil, ya que solo permite la adopción de acuerdo o seguir al gobierno quien debe informar dentro del plazo de 30 días. No permite aplicar sanciones ni perseguir la responsabilidad política o personal del funcionario controlado aun cuando puede servir de base para iniciar acciones ante los tribunales.

De acuerdo al art. 48 solo se fiscalizan los “actos de gobierno” por lo que solo abarcaría a los sujetos que tienen la calidad de gobernadores tales como el Presidente de la República y sus colaboradores directos e inmediatos en la función pública de lo anterior se excluyen, en consecuencia, las autoridades que no forman parte del gobierno, sino que pertenecen a la administración del Estado.

Lo anterior no debe confundirse con la obligación que tiene los órganos de la administración del Estado y las empresas mixtas de proporcionar todos los antecedentes e informes que soliciten las cámaras o sus órganos internos en virtud de lo establecido en los artículos 9 y 10 de la ley del Congreso Nacional.

⇒ *Juicio político o acusación constitucional:*

En este se persigue la responsabilidad política de determinadas autoridades administrativas regulándose en los artículos 48 n°2 y 49 n°1 de la Constitución, en la primera fase actúa la cámara de diputados como acusadora y en la segunda fase resuelve el Senado como jurado (si se acoge o no)

Se considera por algunos que algunas actuaciones de los consejos regionales y de los consejos comunales como una cuarta fuente de control.

⇒ *El consejo regional ejercería funciones de fiscalización de acuerdo a lo que señala el art. 102 de la Constitución en relación con el art. 36 letra g de la ley de gobiernos regionales.*

En el caso de las municipalidades el consejo es un órgano fiscalizador según el art. 108 de la Constitución, y 79 y 80 de la ley orgánica de municipalidades.

⇒ *En algunos países existe la institución del ombudsman o defensor del pueblo el cual se le asignan funciones tales como asegurar el respeto de las garantías individuales dotándolo de competencia para iniciar todo tipo de acciones y de requerir información a los órganos del Estado.*

En Chile existe actualmente un proyecto de ley del defensor ciudadano quien cumplirá algunas de las funciones que se le asignan al ombudsman.

Control administrativo:

El control administrativo es realizado por los propios órganos de la administración y se clasifica en interno y externo.

El control interno no realiza la llamada administración activa y el control externo se realiza por la administración fiscalizadora comprendiéndose dentro de esta a la Contraloría General y a la Superintendencia.

Control administrativo interno:

Este es realizado ya sea por los jefarcas del servicio o bien por las unidades de auditoría interna o control interno que posee cada servicio.

El control jerárquico es realizado por las autoridades y jefaturas de la institución recayendo sobre el funcionamiento del organismo y la actuación del personal de su dependencia. Su fuente legal se encuentra en los artículos 11 de la ley de bases, 58 letra a de la ley n°18.834 (estatuto de los funcionarios públicos) y art. 61 letra a de la ley n°18.883 (estatuto de los funcionarios municipales).

Este control jerárquico se extiende a lo siguiente:

- A la legalidad, es decir, controla a que la actuación se ajuste a derecho.
- A la eficiencia, esto es, que se utilicen de manera adecuada los recursos disponibles.
- A la eficacia, es decir, se controla el cumplimiento de los objetivos.
- Al mérito, oportunidad o conveniencia, esto es, controla si la actuación se ha desarrollado en el momento adecuado.

El control de las autoridades y jefaturas de acuerdo al art. 12 de la ley de bases debe ejercerse de manera permanente y en el evento de que no se realice, acarrea responsabilidad para la autoridad o jefatura.

Nota: el principio del control se encuentra reconocido por la ley de bases en el art. 3° inc. 2°.

Este control interno puede dar origen a 2 potestades típicas de la administración:

La potestad revocatoria: es aquella mediante la cual la autoridad deja sin efecto un acto por razones de oportunidad, mérito o conveniencia

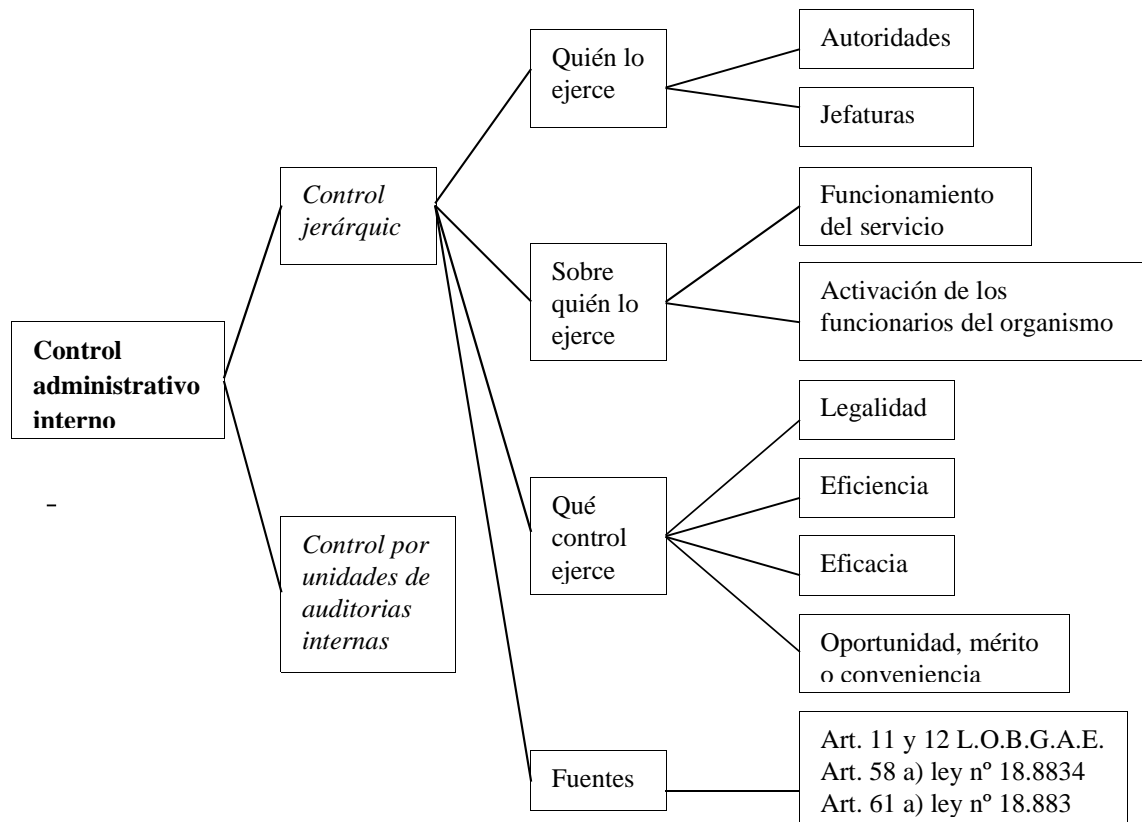
La potestad invalidatoria. Es dejar sin efecto un acto por razones de ilegalidad.

Estas dos potestades se pueden ejercer de oficio o a petición de parte, ya sea cuando así la ley lo exija o se haga uso del derecho de petición (esta en el art. 8° inc. 2° de la ley de bases en relación con el art. 19 n°24 de la Constitución).

En la última década se institucionalizaron las unidades de control interno o de auditoría que se encuentren insertas en la administración activa y que tienen por objeto asesorar a las autoridades y colaborar con la Contraloría General en el control de la legalidad de las actuaciones. Ejemplo: la unidad de control que establece el art. 29 y los artículos 50 a 55 de la ley de municipalidades.

Finalmente en el gobierno del Presidente Frei Ruiz-Tagle se creó mediante decreto supremo n°12 de 1997 un consejo de auditoría interna general de gobierno como órgano asesor del Presidente de la República

destinado a proponer políticas y planes específicos en esta materia y coordinar la labor de los distintos autoridades sectoriales.



Control administrativo externo:

Este se realiza por la Contraloría General y por las superintendencias.

Estos surgen básicamente por la privatización de los servicios públicos y por el abandono que hace el Estado de actividades económicas y sociales.

Las superintendencias regulan y supervisan la actividad de los sujetos privados en la medida que estos últimos son los que prestan los servicios públicos cuyo titular era el Estado. Ejemplo, la superintendencia de seguridad social, de Isapres, etc.

Junto a la superintendencia también se desarrolla una labor de control, las comisiones preventivas y resolutivas antimonopolio, la dirección del trabajo y el servicio de aduana.

La ley confiere a estos organismos un carácter preventivo o represivo cuyas resoluciones siempre son impugnables ante los tribunales de justicia.

Control externo de la Contraloría General de la República:

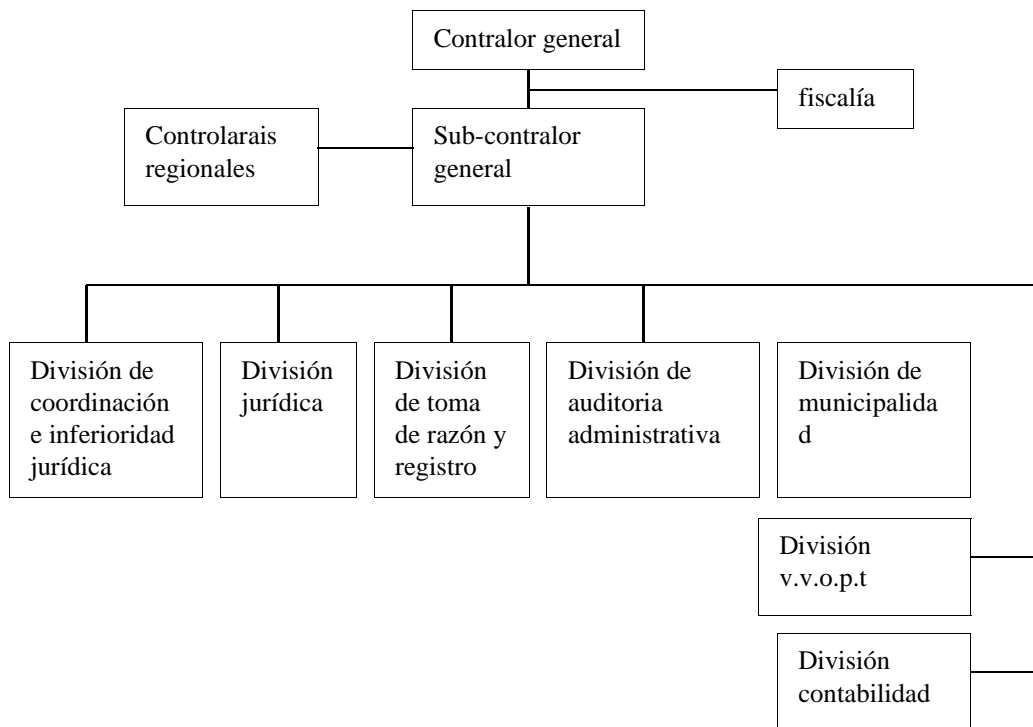
La Contraloría se encuentra reglamentada en los artículos 87 y 88 de la Constitución y en su L.O.C. n°10.336, además sus facultades se encuentran en la ley de administración financiera del Estado (D.L. N° 263 de 1975).

Contraloría General de la República:

Funciones principales:

- a) Ejercer el control de legalidad de los actos de administración (principalmente toma de razón)

- b) La fiscaliza el ingreso y la inversión de los fondos del fisco, de las municipalidades y demás entidades que señala la ley.
- c) Lleva la contabilidad general de la nación.
- d) Examina y juzga las cuentas de las personas que tienen a su cargo bienes del estado.
- e) Tiene las demás funciones que señala su ley orgánica, en estas:
 - Registro de personal
 - Las auditorias e inspecciones a órganos del estado, etc.



La Contraloría General de la República esta a cargo del contralor general que es designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado y que es inamovible, cesando al cumplir 75 años.

El contralor actúa como tribunal de segunda instancia en los juicios de cuenta correspondiéndole al sub contralor ser el tribunal de primera instancia.

Administrativamente se divide en divisiones en la región metropolitana, mientras que en las demás existen órganos desconcertados denominados contralorías regionales que se regulan por la resolución 21 de 1972 del contralor.

Toma de razón:

Se definió como un control de constitucionalidad y legalidad de los actos de la administración.

Sus características son las siguientes:

Es un control preventivo

Es un control de juridicidad

Una vez que se toma de razón el acto nace a la vida del derecho.

Es un control imperativo, por cuanto los actos contrarios a derecho que es representados impiden su entrada en vigencia.

Quién toma razón?

Puede el contralor general, el sub-contralor, los jueces de ----- y los contralores regionales, salvo el contralor, los demás realizan el tramite bajo la formula por orden del contralor general. (al decir por orden se refiere a delegación de firma)

Cómo se toma razón?

Materialmente se realiza mediante la colocación de un timbre que dice "tomando razón" (es esta frase nace a la vida del derecho).

De que se toma razón?

De los decretos supremos

De las resoluciones de los jefes de servicio que en conformidad a la ley deben someterse a este tramite

Se excluyen las circulares, las instrucciones, las ordenes ministeriales, los oficios y las peticiones de los particulares.

Quién decide la toma de razón?

La ley puede excluir determinados actos de la toma de razón, ejemplo: art. 53 L.O.C. de municipalidades.

El articulo 10 de la ley nº10336 autoriza al contralor general para dictar una resolución, donde se indiquen las materias "no esenciales" que no deben someterse al tramite de toma de razón, actualmente esta resolución es la nº520 del año 1996.

Plazo para tomar razón:

La regla general son 30 días, sin embargo existen casos en que el plazo se baja a 15 días e incluso a 5 días.

Actitudes del contralor frente a la toma de razón:

Toma de razón si el acto se ajusta a derecho

Representarlo cuando es antijurídico.

Cursarlo con alcance, en este caso, se toma razón, pero se emite un oficio de alcance cuando el acto contiene errores no sustanciales, como por ejemplo: errores aritméticos (en números o en letras)

Actitudes del Presidente de la República en caso de representación:

Desistirse de seguir tramitando el acto.

Acoger el criterio de la Contraloría y modificar el acto.

Insistir con la firma de todos sus ministros, en este caso, el contralor esta obligado a tomar razón, pero envía una copia del decreto a la cámara de diputados (responsabilidad política)

No se puede insistir:

Los decretos inconstitucionales

Los decretos con fuerza de ley

Los decretos promulgatorios de una ley o reforma constitucional, en estos casos el Presidente deben recurrir ante el tribunal constitucional en el plazo de 10 días.

No se puede presentar un recurso de inaplicabilidad por un decreto.

___ Control de reemplazo:

Se encuentran contemplados preferentemente en el artículo 8º de la resolución nº1520 de 1960 y se refieren a fiscalizaciones selectivas y posteriores que realiza la Contraloría luego de la actuación administrativa.

Entre estos figuran las inspecciones y las auditorias que se realizan a petición de autoridad de un particular o de auspicio. Esta fiscalización persiguen asegurar la legalidad de los actos de la administración y perseguir la responsabilidad administrativa y civil y funcionaria, ya sea a través de un sumario o de un juicio de cuentas.

___ Control de registro:

Se realiza respecto de ciertos actos vinculados al personal. Este registro no da vida al acto administrativo, si no que solo persigue dejar constancia de un hecho. Sin embargo existe jurisprudencia contradictoria respecto de los alcances de los registros, pues algunos sostienen que el registro implica un control de legalidad mientras que otros fallos señalan que es solo una anotación manual. Debe reafirmarse el hecho de que el acto administrativo nace desde su dictaminacion y no desde que se registran al contrario de lo que ocurre con la toma de razón.

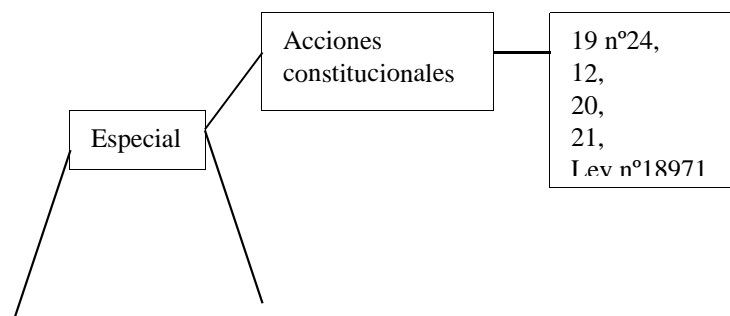
¿Qué comprende el control de legalidad?

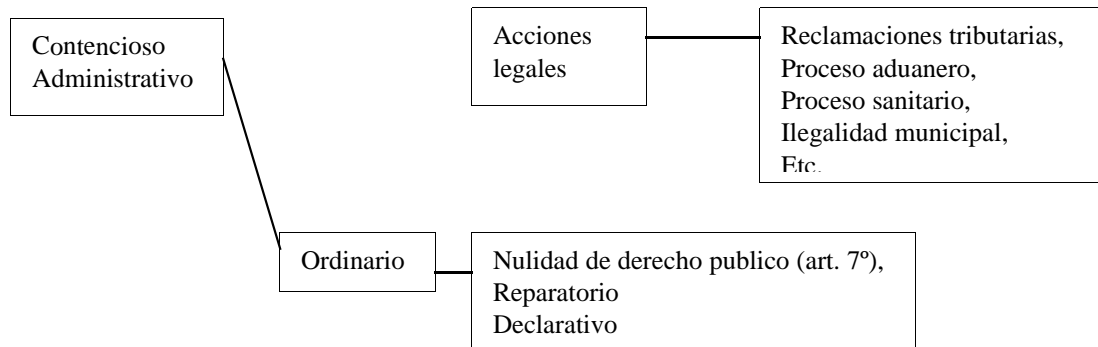
Hasta mediados de 1970 la Contraloría sostenía que el control de legalidad solo cubría la juridicidad del acto administrativo quedando afuera tanto el mérito, oportunidad o conveniencia de la actuación como la calificación de los hechos. Esta interpretación vario principalmente con la entrada en vigencia del D.L. nº263 de 1975 (ley de administración financiera del Estado), texto en el cual por un tiempo la Contraloría expresamente podía realizar el control de mérito de la actuación administrativa. Esto se reafirmo en 1986 cuando se consagraron como principios jurídicos en la ley nº18575 la eficiencia, la eficacia y se contemplo el control de mérito, oportunidad o conveniencia.

En consecuencia, hoy la Contraloría no solo vela por la juridicidad del acto en sentido formal, sino que también por la oportunidad, mérito o conveniencia de la actuación en la medida en que forma parte de dicha juridicidad.

___ Control jurisdiccional:

Este realiza preferentemente por los tribunales ordinarios de justicia y en ciertos casos por el Tribunal Constitucional.





Lo contencioso administrativo especial se refiere a la existencia de acciones que tiene por especial objeto discutir sobre la procedencia de un acto administrativo, estas acciones se encuentran tanto en el ámbito constitucional como en el ámbito legal y pueden ser conocidas tanto por el tribunal del poder judicial como por tribunales insertos en la administración.

El contencioso administrativo ordinario se refiere a acciones del derecho común conocidas por tribunales del poder judicial, pero que se diferencian de las acciones ordinarias por basarse en determinadas normas de la Constitución. Así el contencioso ----- persigue declarar la nulidad de un acto administrativo por ser antijurídico y contrario al artículo 7º de la Constitución. El contencioso reparatorio persigue determinar la responsabilidad civil de la administración en virtud de lo que establece el artículo 38 de la Constitución.

Finalmente el contencioso administrativo declarativo busca que los tribunales declaren una determinada situación que afecta las potestades de un órgano administrativo. Por ejemplo, televisión nacional con fisco

Control del Tribunal Constitucional:

Este control lo establece la Constitución para que el Tribunal Constitucional vele por la supremacía constitucional de los actos administrativos.

Este control se reduce a tres casos:

- (a) Para controlar la regularidad constitucional del ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República.
- (b) Para controlar la constitucionalidad de los Decretos Supremos.
- (c) Para resolver las diferencias entre el Presidente de la República y el Contralor General respecto de un decreto o resolución del primero que el segundo estima inconstitucional.

4. La responsabilidad del Estado:

Responsabilidad del Estado legislador:

El Estado puede incurrir en responsabilidad cuando actúa como legislador en 2 hipótesis:

- a) Cuando dicta una ley que provoca perjuicios a los administrados sin que contemple una indemnización.
- b) Cuando se dicta un acto administrativo bajo el amparo de dicha ley.

Ambos casos suponen que no se consagre un sistema de reparación del daño causado y que se afecten gravemente alguna de las garantías o derechos que se contienen en el capítulo III de la Constitución.

En Chile no existe una norma que regule esta responsabilidad, pero ella se deduce de lo establecido en los incisos finales de los artículos 6º y 7º de la Constitución. En ello se señala que la infracción a la Constitución y la infracción al principio de legalidad administrativa generan las responsabilidades que señala la ley.

Estas dos normas se aplican al poder legislativo.

Se cita como único caso jurisprudencial el fallo "comunidad galletué con fisco" donde en voto ----- la Corte Suprema ordena el pago de una indemnización.

En el derecho comparado especialmente en Francia desde "Arrot La Fleurette" se ha reconocido este tipo de responsabilidad.

Responsabilidad del Estado juez:

Esta se encuentra en el artículo 19 nº7 letra i conocida también como el error judicial procediendo solo en aquellos casos en que se den los supuestos de la norma que son:

- a) Que una persona haya sido sometida a proceso y haya sido condenado en primera instancia.
- b) Que posteriormente haya sido sobresalida definitivamente o hubiese obtenido sentencia absoluta.
- c) Que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria la resolución que sometió a proceso o condeno a la persona.

Respecto del procedimiento la Constitución señala que es breve y sumaria y que la prueba se apreciara en conciencia.

El derecho a solicitar la indemnización por error judicial que cubre tanto daños materiales como morales esta regulado en un autoacordado de la Corte Suprema publicado el 24 de mayo de 1996 (en el artículo 408 del C.P.C.)

Observación: con la vigencia del código procesal penal el art. 19 nº7 letra i a perdido parte de su vigencia porque en el nuevo proceso no existe el procesamiento, para superar lo anterior ha surgido 2 tesis:

- Una que asimila el procesamiento a la formalización. Esto se critica porque la formalización no es un acto judicial sino que una decisión privativa del ministerio publico.
- Para otros, el procesamiento se asimilaría a la acusación que contempla el C.P.P.

No obstante lo anterior, lo único cierto es que debe reformarse la Constitución en esta parte.

El ministerio publico solo esta obligado a formalizar ----- a la persona a quien se investiga...

La responsabilidad personal de los jueces se contiene en el artículo 76 de la Constitución en relación con los artículos 324 con 326 del C.O.T.

El artículo 76 dice que los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, faltas de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, de denegacion y torcida administración de justicia y general de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

Responsabilidad de Estado administrador:

Esta responsabilidad afecta a todos los órganos que integran la administración del Estado, los cuales se encuentran enumerados en el artículo 1º de la ley orgánica de bases de la administración del Estado.

Los fundamentos constitucionales son los siguientes:

- a) Artículos 6º y 7º, incisos finales.

- b) Artículo 19 nº20 (iguales cargas publicas)
- c) Artículo 19 nº24 relativo al derecho de propiedad
- d) Artículo 38 inciso 2º.

Además se debe agregar el artículo 5º que establece un freno a la soberanía estatal de los derechos esenciales de las personas.

Características de esta responsabilidad:

Que exista una acción u omisión de un órgano de la administración del Estado.

Se discute esta acción u omisión debe necesariamente ser ilícita, ya que parte de la doctrina considera que habría responsabilidad por hechos lícitos.

El profesor considera que solo se refiere a acciones u omisiones ilícitas tal como se desprende de los incisos finales de los artículos 6º y 7º de la Constitución.

Debe producirse un daño o perjuicio a un particular.

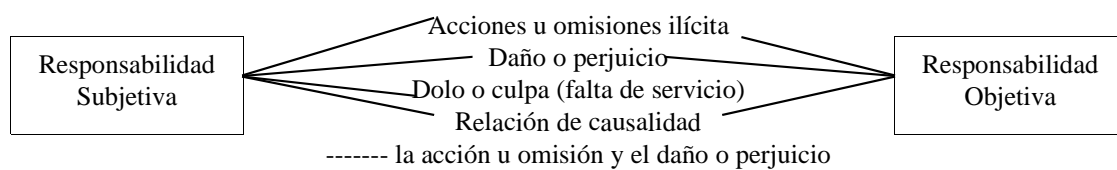
El artículo 38 inciso 2º de la Constitución permite hablar mas bien de una lesión a un derecho subjetivo de alguien que no esta obligado a soportarlo.

La responsabilidad puede ser tanto de derecho publico como de derecho privado por lo que se rige por normas diversas.

Lo único cierto es que el artículo 4º de la ley orgánica de bases de la administración del Estado consagra el principio de responsabilidad de los órganos de la administración (...)

En la mayoría de los casos debe probarse la llamada "falla de servicio" esto es que el servicio publico no haya funcionado debiendo hacerlo, que haya funcionado tardíamente o que haya funcionado de manera anormal.

La responsabilidad por falta de servicio se consagra en el nuevo artículo 42 de la L.O.B.C.A.E. y en él artículo 141 de la L.O. de municipalidades.



El Estado es responsables solo cuando hay falta de servicio que se asimilaría a solo o culpa, por ejemplo, una persona se muere en la posta y hay 50 personas mas, este esta funcionando con los medios que tenia, pero sino esta funcionando...

Síntesis jurisprudencial de la responsabilidad del Estado:

La primera etapa se caracteriza por una aplicación simultánea de norma de derecho público con norma de derecho privado. Esto se traduce en que las sentencias se fundamentan no solo en las normas del código civil (artículos 2314 y ss.), sino que también en normas constitucionales relativas al derecho de propiedad e igualdad ante las cargas públicas.

Dentro de estos fallos deben destacarse Ávalos con Fisco, Fusch y Plath con Fisco y Lapostol con Fisco.

La segunda etapa se caracteriza porque los fallos se sustentan única y exclusivamente en el código civil (título XXXV) haciéndose la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión.

Si la responsabilidad deriva de un acto de autoridad, es decir, cuando el Estado actúa con poder soberano no es responsable salvo que exista una ley expresa que establezca dicha responsabilidad. En cambio, si es responsable si se trata de un acto de gestión donde actúa como simple particular. De esta etapa son Granja con Fisco, Aqueveque con Fisco, Becker con Fisco y Klinqel con Fisco. Cabe hacer presente que los fallos Rettig y Klinqel se sanciona al Estado considerando especialmente que su actuar era ilícito.

La tercera etapa es aquella que se aplica exclusivamente normas de derecho público para fundamentar los fallos en un primer momento basados en normas constitucionales (artículos 19 nº20 y nº24) y aplicando las reglas de equidad. En este periodo se aplican exclusivamente normas de derecho público por ley especial en el fallo Tirado con municipalidad de la Reina donde por primera vez se habla de responsabilidad objetiva.

5. Generación democrática de los centros de poder

En un Estado de derecho las personas que ejercen el poder se generan de 2 formas:

Por vía eleccionaria:

Tiene su fundamento en el artículo 5º de la Constitución donde se señala que si bien la soberanía reside en la nación esta se ejerce por el pueblo a través de elecciones. En Chile se elige las siguientes autoridades: el Presidente de la República, los Senadores, los Diputados, los Alcaldes y los Concejales.

Por vía de nombramiento:

Son las autoridades que se dignan por aquellos que fueron elegidos por votación popular, por ejemplo, los Ministros, los Subsecretarios, los Intendentes y en general todos los funcionarios de la administración del Estado. Esto se fundamenta también en el artículo 5º de la Constitución donde se señala que la soberanía también es ejercida por las autoridades que ella misma señala.

Teoría de las potestades

Principio de legalidad y atribución de potestades

La ley no solo constituye una limitación negativa de lo que la administración puede hacer, sino que también es un medio de habilitación para que actúe. Esto es, le otorga potestades positivas que van a ajustarse a dicha legalidad.

El problema se ha suscitado respecto de las formas en que se atribuye la potestad a la administración. Para ello existen por lo menos tres tesis:

- a) Teoría de la representación que significa que la administración es representante de la comunidad. Esto quiere decir que hubo un acto de traslación desde la comunidad a quienes nos representan. Esta teoría es inexacta porque la administración no es representante de nadie que la comunidad deposita la representación en órganos específicos y determinados que tiene la calidad de soberanos.
- b) Teoría anglosajona que se relaciona con el concepto de trust. Esto es, con un negocio fiduciario y en el cual un tercero maneja los intereses de otro que es un verdadero titular, pero esta gestión se hace de nombre propio y no por representación. Esta teoría se aplica a la figura del rey en Inglaterra quien a pesar de actuar por el pueblo lo hace en nombre propio. Ejemplo: la armada real y aviación real, etc.
- c) Teoría alemana que trata de resolver el problema a través del concepto de habilitación. Esto quiere decir que en un estado de derecho y aplicando el principio de legalidad la ley le atribuye a la administración determinados poderes de una manera concreta y tasada. Esto significa que no existen poderes que puedan atribuirse indeterminadamente.

La administración necesita de una norma previa para actuar incluso cuando la norma emana de la propia administración. Esto se ve reflejado en el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos en virtud del cual la administración solo puede interpretarlos, pero no vulnerarlos.

Concepto de potestad

Como nota común las potestades y el derecho subjetivos son poderes jurídicos o facultades de obrar o de querer conferidas por el ordenamiento.

Sin embargo, las diferencias que existen entre ambos son mayores pudiendo señalarse los siguientes:

Las potestades no nacen de relaciones jurídicas, sino que ellas emanan directamente del ordenamiento jurídico. Esto tiene importancia, por cuanto la administración puede ser también titular de derechos subjetivos, por ejemplo, cuando realiza una compraventa.

En cuanto al objeto, las potestades no tienen un objeto concreto ni determinado, sino que se caracterizan por ser genéricas. Esto significa que la potestad se desenvuelve en una dirección o aspecto genérico. Es poder jurídico, general y abstracto que no tiene ni un objeto determinado ni una persona determinada. Ejemplo, el Estado tiene la potestad de imponer tributos, pero estos no pueden estar referidos ni a una situación determinada ni a una persona concreta.

El derecho subjetivo siempre hay sujeto pasivos obligados. Esto es, no hay derecho subjetivo sin derecho contrapuesto. En las potestades no existe un sujeto pasivo, ya que no existen conceptos de obligaciones; lo que existe es una sujeción o sometimiento a soportar los efectos del ejercicio de la potestad. La doctrina habla de una "situación pasiva de inercia" que puede no afectar a todos los ciudadanos y que puede ser ventajosa o desventajosa.

En definitiva, las potestades emanan del ordenamiento jurídico y tienen un objeto genérico. Son atribuciones o poderes que se dan para realizar determinadas acciones que es el ejercicio de la potestad y no tienen un sujeto determinando cada vez que estos solo aparecen cuando incurren en el supuesto de la potestad.

Características de las potestades

La potestad deriva directamente del ordenamiento jurídico y no de un negocio jurídico. En virtud de ello el ejercicio de la potestad requiere una habilitación expresa de ley.

La potestad al tener un objeto genérico no es transferible, por tanto también es imprescriptible. Lo anterior significa que la potestad no se extingue por su no uso.

Se dice que tampoco es renunciable salvo que se den las condiciones del artículo 12 del código civil como sería por ejemplo, que un funcionario renuncie a su cargo y ello implique no ejercer la potestad.

A. No debe confundirse la transferencia de atribuciones de la potestad con la delegación de atribuciones que se contempla en la ley de bases de administración del Estado, toda vez que dicha transferencia no implica desprenderse de la potestad.

B. No debe confundirse la imprescriptibilidad de la potestad con la caducidad de la misma, por ejemplo, el ejercicio de la potestad puede estar sujeto a un plazo (ver artículo 61 de la Constitución).

La doctrina clasifica las potestades según se ejerzan en un interés ajeno o en un interés objetivo. En este último caso la potestad se denomina potestad función y son las típicas de la administración pública.

En ciertos casos las potestades deben ser ejercidas como un deber y esto suceden generalmente cuando la administración es el sujeto pasivo de una relación jurídica y su obligación consiste precisamente en ejercer una potestad. Ejemplo: en el caso de concesión de O.O.P.P., el concesionario tiene la obligación de realizar la obra a su costo el que se recupera luego con el cobro de tarifas. En este caso, el Estado asume como obligación ejercer la potestad expropiatoria para que pueda realizarse tal obra.

Clasificación de las potestades

- I. Potestades Innovativas o de Conformación
- II. Potestades no Innovativas o de Conservación

Las primeras consideran la posibilidad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concreta. Estas se clasifican en potestades normativas que son aquellas en que el efecto innovador se realiza mediante normas, por ejemplo, la potestad reglamentaria. Y las otras, las potestades no normativas en los cuales la innovación se realiza mediante actos administrativos, por ejemplo, potestad expropiatoria.

Las potestades no innovativas o de conservación tienen por objeto tutelar o mantener situaciones jurídicas preexistentes sin innovar en ellas, por ejemplo, la potestad certificante.

- I. Potestades de Supremacía General
- II. Potestades de Supremacía Especial

Las potestades de supremacía general son aquellas que se aplican a la generalidad de las personas. Estas son aquellas que la administración ejerce sobre los ciudadanos como poder público, por ejemplo, la potestad expropiatoria.

Las de supremacía especial son aquellas que se ejercen sobre determinadas personas que se encuentran en una situación concreta, por ejemplo, la potestad disciplinaria sobre los funcionarios públicos.

- I. Potestades Regladas
- II. Potestades Discrecionales

La potestad reglada es aquella que se ejerce cuando se cumplen todos los supuestos de la norma. Esto significa que el ejercicio de esta potestad se encuentra predeterminado en su totalidad por el ordenamiento jurídico y la administración sola se limita a constatar la concurrencia de dicho supuesto.

Nota: no existen en verdad potestades regladas que sean puras, sino que siempre existe un margen de discrecionalidad.

Ejemplos de potestades regladas: si un funcionario de exclusiva confianza no se presenta su renuncia dentro del plazo de 48 horas la autoridad debe declarar vacante el cargo.

La potestad discrecional es aquella en que la norma no contiene todos los supuestos, sino que le da un cierto margen de actuación a la administración la que debe actuar sobre la base de las alternativas que la misma norma le otorga.

Lo anterior no significa que frente a una potestad discrecional la autoridad actúe aplicando el principio de la autonomía de la voluntad, sino que es la misma norma que otorga la potestad la que le fija los criterios de actuación. Lo importante es entonces la posibilidad de elegir que tiene la administración respecto de las alternativas que se le ofrecen.

Relación entre potestad discrecional y conceptos jurídicos indeterminados

Tradicionalmente se confundían los conceptos discrecionalidad con conceptos jurídicos indeterminados, pero actualmente existe consenso de su diferenciación.

La discrecional significa siempre que la administración goza de una serie de alternativas que le señala la ley, pero puede ocurrir que la misma ley le señale un solo camino de actuación que no sea muy fácil de ver en un primer momento, por ejemplo, la ley de expropiación dice que la indemnización a pagarse debe ser justa. El problema es determinar que significa justa.

De allí nace una serie de conceptos que se denominan indeterminados y que no son privativos del derecho administrativo, tales como la buena fe, la familia, la urgencia, el interés público, etc.

En un principio la Contraloría señaló que no podía controlar la concurrencia del supuesto del acto administrativo cuando estuviera conformado por un concepto jurídico indeterminado, ya que ello implicaba realizar no un control de legalidad, sino que uno de mérito, oportunidad o conveniencia que era privativo del órgano administrador. En tal situación, tuvo que ser corregida por los tribunales de justicia principalmente al conocer recursos de protección donde considero que la falta de concurrencia del supuesto concepto jurídico indeterminado constituía una arbitrariedad.

Por otro lado, se critico la posición de la Contraloría, ya que determinar la concurrencia del concepto jurídico indeterminado era un problema de interpretación y no de apreciación de un ente, por lo que perfectamente podía controlar tal supuesto. Hoy en día la Contraloría ejerce este control principalmente porque la ley de bases nº18575 consagra como principio jurídico el control de mérito, oportunidad o conveniencia.

Otros controles

Además de la concurrencia del concepto jurídico indeterminado tanto la Contraloría como los tribunales pueden realizar control sobre lo siguiente:

A. Sobre los hechos determinantes:

Significa que se controlan los presupuestos de hecho, por ejemplo, si se va nombrar a un juez de letras debe acreditarse la calidad de abogado.

B. Control de elementos reglados:

Esto se relaciona con el hecho de que la actividad discrecional de la administración siempre tienen elementos reglados especialmente aquellos que llevan a la consecución de un fin. En este caso, tanto la administración como los tribunales pueden fiscalizar que el fin perseguido por la autoridad sea el mismo fin establecido en la norma. Esto en Francia dio origen a lo que se denomina la acción por abuso de poder.

Por ejemplo, la utilización de los resquicios legales durante la época de la unidad popular.

C. Control de los principios generales del derecho:

Esto significa que la autoridad al fiscalizar puede comprobar si se respetan o no principios generales del derecho tales como la buena fe o el enriquecimiento sin causa. Ejemplo típico es la orden de reintegro de remuneraciones percibidas indebidamente.

D. Control por iniquidad manifiesta:

Se realiza al resultado de la actuación administrativa cuando este es manifiestamente inicuo lo que podría conducir a que se considere ilegal la actuación discrecional de la administración.

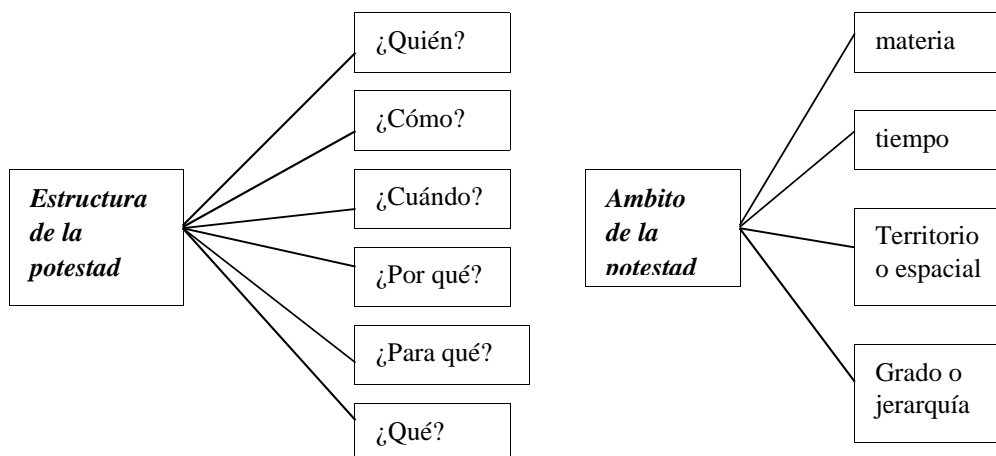
Potestades inherentes o apoderamiento implícito de potestades

La regla general es que la norma atribuya expresamente a la administración una determinada potestad. Por ejemplo, la ley orgánica de municipalidades autoriza a estas entidades para expropiar en determinados casos. Sin embargo, la doctrina reconoce la existencia de otros poderes que no aparecen en la ley escrita y que pueden derivar de otras fuentes del derecho tales como la costumbre y los principios generales del derecho. Por ejemplo, la declaración tácita de voluntad.

Sin embargo, existen casos en que por la interpretación y la sistematización de las normas legales la administración puede encontrarse con potestades que explícitamente no le otorgan a la ley, son las llamadas poderes inherentes o inherent power.

En Chile existía reticencia a aceptar esta teoría, ya que la tendencia era a la interpretación literal. Sin embargo, cuando la Contraloría cambio su posición a una interpretación finalista de la norma ello fue reconocido.

Respecto del poder judicial esta teoría se aplico en un recurso de amparo económico interpuesto en contra de la empresa Metro en fallo del 13 de enero del 2000 (gaceta jurídica, enero 2000).



Estructuras de las potestades

¿Quién?

Es el titular de la potestad que será generalmente el jefe del órgano o servicio o un inferior que tenga atribuida la potestad. En este caso se puede dar la figura -----de las desconcentracion administrativa, o bien puede existir una delegación de facultades.

¿Cómo?

Esta se realiza mediante el procedimiento legal que debe seguirse tanto para la dictación del acto como para la suscripción de un contrato (ver artículo 7º inciso 1º con relación al artículo 60 nº18 de la Constitución y artículo 8º inciso 2º de la ley nº18.575.)

¿Cuándo?

Este es el momento o la oportunidad en que debe actuar el órgano administrativo (artículo 8º inciso 1º de la ley nº18.575).

¿Por qué?

Este es el motivo de actuar que no es sino el hecho configurado por el legislador como necesidad pública que debe satisfacer la administración y constituye el estímulo para que el órgano decida o no actuar según el criterio del bien común.

¿Para que?

Es la finalidad que persigue la potestad para satisfacer la necesidad pública puesta a cargo del órgano administrativo.

¿Qué?

Es la decisión que en definitiva adopta la administración. En este caso el legislador puede configurar un deber concreto de actuar o bien dar un margen de libertad para decidir si se actúa o no.

Ambito de la potestad

- 1) En cuanto a la MATERIA, se dice que es el círculo de intereses puesto bajo el cuidado del órgano administrativo para satisfacer las necesidades que se le presten. Esta es una atribución típicamente sectorial (por ejemplo, los ministerios).
- 2) La potestad tiene un ámbito TEMPORAL, toda vez que puede haber sido otorgada en forma indefinida o bien por un plazo (1 año en el D.F.L.) o estar sometida a una condición (por ejemplo, mientras se mantenga determinadas circunstancias).
- 3) La potestad también es otorgada sobre la base de un TERRITORIO determinado. De allí por ejemplo que existen autoridades nacionales, regionales, provinciales y comunales.
- 4) En cuanto al GRADO o JERARQUIA, la potestad se radica, ya sea en el jefe del servicio o bien, en una persona de inferior jerarquía.

Principios constitucionales de la administración del Estado

1) Principio de legalidad administrativa:

Significa que la administración del Estado debe someter su actuación al ordenamiento jurídico y que todo abuso o exceso en el ejercicio de las

potestades otorgue al administrado el derecho de interponer las acciones y recursos correspondientes. (artículos 6º y 7º de la Constitución y en los artículos 2º y 10º de la ley nº18.575)

2) *Principio de unidad de la administración:*

Significa que en Chile existe solo una administración cuyo jerarca máximo es el Presidente de la República (artículos 3º y 24 de la Constitución)

La administración del Estado esta integrada por diversos órganos y servicios públicos enumerados taxativamente en el artículo 1º inciso 2º de la ley nº18.575.

Debe recordarse que el Presidente de la República salvo excepciones ejerce un vinculo de dependencia o supervigilancia, según corresponda.

3) *Principio pro-administrado (servicialidad):*

Este consiste en que la administración esta al servicio de la persona humana y que en caso de enfrentarse una prerrogativa estatal con el derecho de las personas deben preferirse a estos últimos.

Se consagra en el artículo 1º de la Constitución y artículo 3º de la ley nº18.575 en concordancia con el artículo 5º de la Constitución.

4) *Principio de la subsidiariedad:*

La filosofía de la Constitución se expresa en que el Estado debe restringir su actuación a 2 campos:

Aquel en que los particulares no pueden intervenir, por ejemplo, la defensa nacional.

Aquellos en que los particulares no quieren intervenir.

Se consagra en los artículos 1º de la Constitución y 3º inciso 2º de la ley nº18.575 donde se garantiza la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos agregándose el respeto al derecho de las personas para desarrollar cualquier actividad económica en conformidad a la Constitución y a la ley.

Este principio se consagra en el artículo 19 nº21 de la Constitución y en el artículo 7º de la ley nº18.575.

5) *Principio de revisión judicial de los actos administrativos:*

Esto significa que todos los actos administrativos pueden ser objeto de revisión por parte de los tribunales de justicia lo que aparece de manifiesto en el artículo 2º de la ley nº18.575 que autoriza al administrado para ejercer todo tipo de acción. Estas acciones como se sabe pueden ser tanto de origen constitucional como legal. Por ejemplo, artículos 12, 19 nº24, 20 y 21.

Nota: debe tenerse presente que existe discusión sobre la revisión de dos tipos de actos:

Los llamados actos de gobierno que son aquellos que se refieren a la soberanía del Estado, por ejemplo, las relaciones diplomáticas.

Los actos tramites que son aquellos que dicta la administración para llegar a un acto terminal.

6) *Principio de responsabilidad:*

Este significa que la administración es responsable por los daños que causen sus integrantes en ejercicio de sus funciones. En la Constitución se consagra en los artículos 6º y 7º incisos finales y en el artículo 38 inciso 2º

que otorga el derecho a accionar ante los tribunales para la reparación del daño.

En la ley de bases este principio esta en el artículo 3º y se desarrolla en el artículo 4º. Se discute si esta ultima norma sola consagra un principio o bien atribuye responsabilidad directa a la administración.

A su vez el artículo (ex 44) establece la responsabilidad por falta de servicio la que se aplica preferentemente a las entidades que la ley menciona en su artículo 21 (ex 18).

Hay que tener en cuenta que a la administración se le aplican las disposiciones del título XXXV del código civil relativo a la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, se discute, salvo en el caso de las empresas estatales.

7) Principio del debido procedimiento administrativo:

Los órganos administrativos deben actuar en la forma que prescribe la ley, motivo por el cual deben sujetarse a un procedimiento previo que se haya establecido mediante una ley (artículo 60 nº18 de la Constitución).

Este procedimiento debe establecer garantías para que sea justo y racional (artículo 19 nº3 inciso 1,2,3 y 4), como por ejemplo, el derecho de ser oído, el de rendir prueba, el de hacer uso de acciones o recursos, el de ser juzgado por un órgano imparcial e independiente, que la decisión se tome en un plazo prudente y de ser tratado con justicia e igualdad de condiciones

8) Principio de interdicción de la administración:

Esto significa que la actuación administrativa no solo debe ajustarse formalmente a la ley sino que también debe ser razonable.

Los conceptos de arbitrariedad y de legalidad no son sinónimos, ya que la arbitrariedad significa algo contrario a la razón o que se hace por mero capricho.

En la Constitución se consagra en el artículo 19 nº2 inciso 2º, pues las autoridades no pueden establecer diferencias arbitrarias. Por otro lado, el artículo 19 nº22 consagra la no-discriminación arbitraria en trato que debe dar el Estado en materia económica.

9) Principio de participación popular:

Es una consagración del régimen democrático que se señala en el artículo 4º. Se manifiesta en el artículo 19 nº14 (derecho de petición), en el artículo 102 (consejo regional) y en el artículo 108 (concejo municipal).

10) Principio de irretroactividad:

Se aplican normas similares a los del derecho penal y a las del derecho civil. Por ejemplo, en derecho administrativo no puede sancionarse un hecho sino cuando existe una ley que haya sido promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una ley nueva favorezca a un afectado.

Respecto de los actos administrativos se aplica la regla del artículo 9º del código civil. Esto es, que rigen solo para el futuro. No obstante, en determinados casos el acto puede ser retroactivo siempre y cuando no afecte el derecho de propiedad.

11) Principio de la reserva reglamentaria:

Esto se relaciona con el dominio legal máximo y significa que las potestades reglamentarias del Presidente pueden abarcar todas aquellas materias que no están expresamente señalados en el artículo 60.

12) Principio de control preventivo de los actos:

De acuerdo a los artículos 87 y 88 los actos administrativos por regla general deben someterse a toma de razón ante la Contraloría.

13) Principio de control de constitucionalidad de los actos administrativos:

En forma excepcional los actos administrativos pueden ser sometidos a control del tribunal constitucional en los casos de los números 5,6 y 12 del artículo 82

14) Principio de nulidad de derecho público:

Se consagra en el artículo 7º a través de la violación del principio de legalidad. En este caso, los actos serían nulos y la nulidad presentaría características especiales distintas a las del derecho civil. Por ejemplo, que operaría de pleno derecho, que sería imprescriptible e insanable.

La jurisprudencia es contradictoria en este caso.

15) Principio de regionalización administrativa:

Se establece en el artículo 3º donde se indica que si bien Chile es un Estado unitario, su administración será funcional y territorialmente descentralizada o desconcertada en su caso en conformidad a la ley.

Se relaciona con los artículos 105 (desconcentración del gobernador), 107 (de las municipalidades), 102 inciso 2º.

16) Principio de la carrera funcionaria.

Se consagra en el artículo 38 donde la ley debe garantizar esta carrera los principios de carácter técnico y profesional en que debe fundarse y asegurar tanto la igualdad de oportunidades como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.

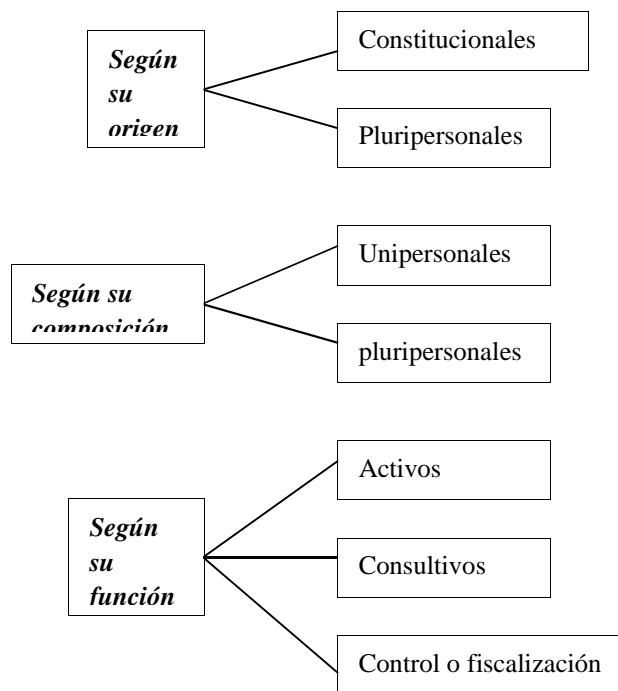
Están en el artículo 19 nº17 que consagra como derecho la admisión a todas las funciones y empleos públicos sin otro requisito que lo que establezca la Constitución y la ley

Estructura orgánica de la administración

La Constitución en el artículo 38 inciso 1º señala que la administración del Estado será regulada mediante una L.O.C. que determinara su organización básica y garantizara la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse y asegurara la igualdad de oportunidades tanto de ingreso a ella como a la capacitación y perfeccionamiento de sus integrantes.

En la ley nº18.575 que se encuentra actualmente.

Clasificación:



Según su origen:

Existen órganos que tiene su origen en la Constitución y que por lo tanto solo pueden ser suprimidos por una reforma a la Carta Fundamental.

En este caso, encontramos a la Contraloría General, al Banco Central, al Consejo Nacional de televisión y las F.F.A.A. de orden y seguridad publicas.

También se pueden incluir a los órganos de administración regional, provincial y comunal.

La regla general es que los órganos tenga un origen legal de acuerdo al articulo 62 inciso 4º nº2 en relación con el articulo 60 n14.

Nota: no son órganos publicas aquellos que se crean mediante decreto del Presidente de la República como son por ejemplo las comisiones asesoras.

Según su composición:

Los *órganos unipersonales* son aquellos integrados por una sola persona, por ejemplo, el Presidente de la República, los Intendentes, los Gobernadores.

Los *órganos pluripersonales* son aquellos integrados por varias personas llamándose *órganos colegiados*.

El funcionamiento de los *órganos pluripersonales colegiados* es el siguiente:

- a) Debe existir una convocatoria, es decir, se debe citar a los integrantes del mismo. La citación debe realizarse según lo disponga la ley o el acuerdo del propio órgano.
- b) Reunido el órgano se produce la deliberación la cual exige que se reúnan determinados quórum.
- c) Por último, se produce la decisión o resolución del asunto sometido al órgano para lo cual también se exige los llamados quórum de decisión o resolución.

Distinción entre *órganos simples* o *complejos*:

El *órgano simple* está compuesto por un solo órgano, por ejemplo, el Servicio de Impuestos Internos, el SAG, la Aduana, etc.

Los *órganos complejos* están integrados por 2 o más órganos, por ejemplo, el gobierno regional se compone del Intendente más el consejo regional. Las municipalidades se componen del alcalde más el Concejo.

Según su función:

Los *órganos activos* son los que emiten y ejecutan los actos administrativos, es decir, toman la norma y la aplica al administrado ante una situación jurídica compleja. La regla general es que los *órganos públicos* sean activos.

Los *órganos consultivos* son aquellos que asesoran a los *órganos activos*, pero carecen de facultades decisorias. Ejemplo, los Cescos y los Cespros.

Los *órganos de control* son aquellos que realizan una situación de vigilancia sobre la actuación de los *órganos activos*. Esta vigilancia puede ser anterior o posterior a la ejecución de los actos. Ejemplo, la Contraloría General y las Superintendencias

Estructura de la administración del Estado, según la ley nº18.575

En primer término debe tenerse presente que los conceptos *administración pública* y *administración del Estado* se consideran sinónimos desde que se dictó el fallo del Tribunal Constitucional recaído en el proyecto de ley de origen a la ley nº18.575 del año 1986 con anterioridad dichos términos eran diferentes por cuanto se consideraba a la *administración pública* como parte de la *administración del Estado*, concepto este último que abarcaba otras entidades como la llamada *administración invisible* (por ejemplo, las empresas estatales).

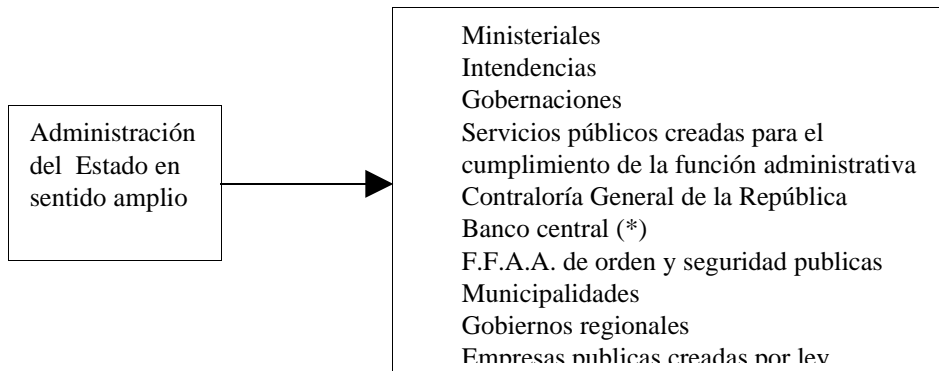
También se debe tener presente que tanto la Constitución (artículo 24) como la ley de Bases (artículo 1º inciso 1º) señalan que es el Presidente de la República quien ejerce el gobierno ya la *administración del Estado* por lo que siempre se considera como *jerarca máximo*.

En tercer lugar, la ley de Bases se estructura en 3 títulos:

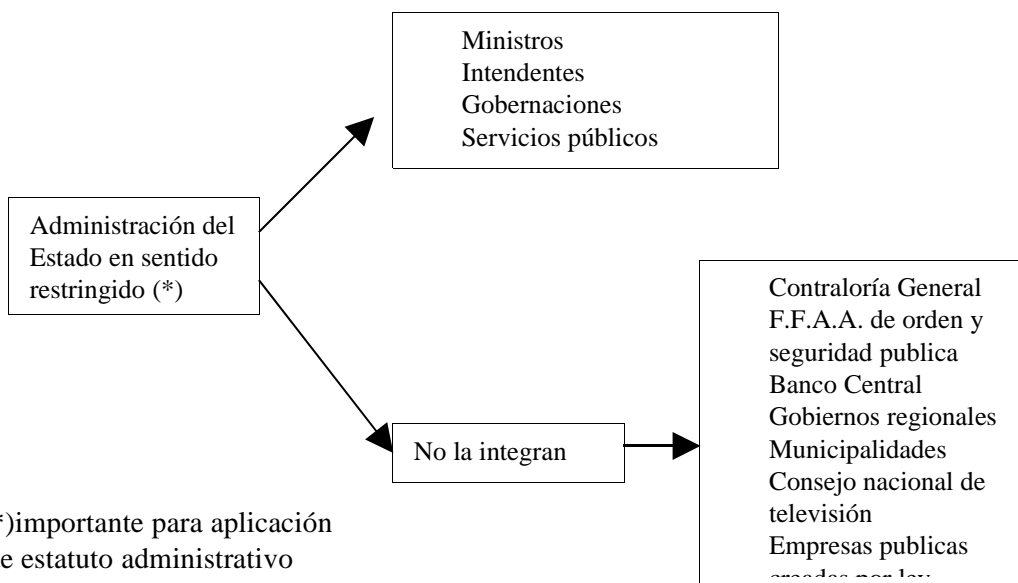
Título I: se llama *Normas Generales*. Se aplica a todos los *órganos* de la *administración*.

Titulo II: se llama Normas Especiales. Solo de aplica a los órganos taxativamente numerados en su artículo 21 inciso 1º.

Titulo III: relativo a la probidad administrativa. Se aplican a todos los órganos de la administración.



(*)ver artículo 50 de la ley nº18.840, L.O.C Banco Central.



(*)importante para aplicación de estatuto administrativo (ver art. 1º ley nº18.834)

Principios de la ley de bases de la administración

a) Principio de legalidad:

Contemplado en el artículo 2º de la ley

b) Principio de servicialidad:

Contemplado en el artículo 3º inciso 1º. Concordado con el artículo 1º de la Constitución.

c) Principio de responsabilidad:

Contemplado en el artículo 4º y para la administración en sentido restringido esta en el artículo 42 relativo a la falta de servicio.

Parte de la doctrina señala que solo el actuar ilícito acarrea la responsabilidad del Estado. Además se otorga un derecho al Estado de repetir en contra del funcionario.

d) Principios eficiencia y eficacia:

Eficiencia: la administración tiene que utilizar los escasos recursos disponibles con el objeto de satisfacer el mayor número de necesidades públicas. Osea, el mayor uso de los recursos.

Eficacia: persigue los logros de los objetivos trazados.

Tanto la eficiencia y la eficacia están sujetos a control interno, de acuerdo a lo que señala el artículo 11 inciso 2º.

Por último, de acuerdo al artículo 62 de la ley se infringe el principio de probidad administrativa en el nº8 cuando se contraviene los deberes de eficiencia y eficacia.

e) Principio de coordinación:

Contemplado en el artículo 5º inciso 2º.

f) Principio de incursión de oficio de procedimiento:

Contemplado en el artículo 8º.

g) Principio de impugnanabilidad de los actos:

Tiene su base en la parte final del artículo 2º. Esta consagrado en el artículo 10.

Se pueden aplicar los siguientes recursos:

→ Recurso de reposición: se interpone ante la misma autoridad que dicto el acto. Procede siempre.

→ Recurso jerárquico: se presenta ante la autoridad superior de quien dicto el acto y solo procede cuando lo señala la ley.

h) Principio del control:

Consagrado en el artículo 11 en el que se hacen las 3 preguntas que ya estudiamos: ¿Quién ejerce el control?, ¿Sobre que se ejerce el control? Y ¿qué controles comprende?.

i) Principio de transparencia y publicidad administrativa:

Contemplado en el artículo 13 y 14, relacionado con el artículo 9º. (No estudiarlo para el examen, porque ni el profe lo sabe).

j) Principio de subsidiariedad:

Esta consagrado en la parte final del artículo 2º y en el artículo 6º.

Existen además 4 principios que sin estar enumerados, también se encuentran en la ley. Estos son:

k) Principio de continuidad

Significa que los órganos de la administración deben actuar de manera continua y permanente para satisfacer las necesidades publicas. Esto se desprende del artículo 3º inciso 1º en relación con el artículo 28 y con el artículo 42.

Si se viola este principio se incurre en responsabilidad por falta de servicio.

Debe concordarse también con el artículo 19 nº16 inciso 6.

l) Principio de probidad

Se regula profundamente en el título III de la ley y su definición esta en el artículo 52 inciso 2º.

Por infracción a este principio hay sanciones en los artículos 61 a 68.

m) Principio estatutario:

Esta en los artículos 7º, 15 a 20 de la ley.

n) Principio de apoliticidad:

Significa que el personal de la administración no puede realizar actividades políticas dentro de ella.

No esta prohibido pertenecer a un partido político, pero sí el proselitismo dentro de la administración. Todo esto es la regla general, ya que sí hay quienes tienen expresamente esta prohibición.