



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**F FACULTAD DE DERECHO**

EL PARTICULAR FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO: SU  
ENCUENTRO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO BASE DE LA LEY

Nº19.880

Memoria para la obtención del grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

VÍCTOR LEONARDO FENNER RIVERA

IGNACIO ESNAOLA VIDAL

Profesor Guía: NATALIA MUÑOZ CHIU

Santiago de Chile

Enero 2012

## Tabla de Contenidos

RESUMEN.....	vi
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I .....	21
1. Ningún extremo es deseable. La apuesta por el equilibrio de las democracias occidentales en el siglo XXI .....	21
2. “Actuación autónoma” y “actuación intervenida” en el Derecho Administrativo Chileno. Herramientas básicas.....	31
3. 3. La expresión concreta de “actuación autónoma” y “actuación intervenida”: un esquema previo de análisis. “Qué pasó”, “qué está en juego”, y “qué hacer”. .....	34
3.1. Normativamente no puede afirmarse que la tensión entre actuación “autónoma” e “intervenida” esté zanjada. Normas, principios y discrecionalidad. La cuestión de la habilitación legal previa y la “actuación <i>intra ius</i> ” .....	38
3.1.1. ....	
La distinción entre norma y principio .....	39

3.1.2. ....	43
Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa.....	43
3.2.3. ....	49
El principio de legalidad y la competencia de los órganos de la Administración: la habilitación legal previa y la actuación “intra ius” ....	49
3.3. Una mirada operativa: qué pasó, qué está en juego y qué hacer.....	54
CAPÍTULO II.....	63
1. El concepto de acto administrativo.....	64
2. La tensión actuación autónoma / actuación intervenida se manifiesta en la propia caracterización doctrinaria y jurisprudencial del acto administrativo.....	78
2.1. Hacia una actuación autónoma: presunción de legalidad, imperio y exigibilidad (autotutela ejecutiva).....	79
2.1.1. ....	80
La presunción de legalidad .....	80
2.1.2. ....	90
Imperio.....	90
2.1.3. ....	94
Exigibilidad .....	94

2.1.4.	.....	
Acto administrativo y actuación autónoma: conclusiones	.....	104
2.2.	.Hacia una actuación intervenida: competencia, procedimiento previo, antijuridicidad del acto, fundamentación.....	106
2.2.1.	.....	
El principio de legalidad: investidura regular, competencia, procedimiento y juridicidad.....		107
2.2.1.1.	.....	
Investidura regular y competencia.....		113
2.2.2.	.....	
El deber de fundamentación: igualdad, razonabilidad y proporcionalidad.....		115
3.	Conclusiones: actuación autónoma e intervenida en el núcleo doctrinario del acto administrativo.....	122
	CAPÍTULO III.....	128
1.	La conceptualización doctrinaria del procedimiento administrativo en Chile. El procedimiento como escenario de encuentro.....	132
2.	Principios y garantías de la LBPA.....	142
2.1.	Régimen jurídico común establecido para la Administración de los órganos del Estado.....	142

2.2.Principios de la LBPA y actuación autónoma e intervenida de la Administración (2.2) .....	149
2.2.1.....	
Principios o pautas adscritas a la instrucción del Procedimiento.....	151
2.2.2.....	
Principios o pautas adscritas al aspecto garantístico del procedimiento.....	179
3. Herramientas procesales de la LBPA para la actuación autónoma e intervenida.....	193
3.1. Medidas provisionales .....	194
3.2. Silencio administrativo.....	201
3.3. Ejecución del acto administrativo .....	207
3.4. Invalidación del acto administrativo.....	211
CONCLUSIONES.....	228
BIBLIOGRAFÍA.....	234

## RESUMEN

El siguiente trabajo toma como punto de partida la conceptualización del Derecho Administrativo en general como la técnica institucional para equilibrar una tensión inherente al Estado democrático liberal: el interés del individuo y aquél colectivo expresado a través de la Administración. Apuntando al hecho que el ordenamiento jurídico carece de una preferencia ex ante por uno u otro (por el contrario, mantiene un repertorio de buenas razones para cada cual), el trabajo tiene por propósito identificar que tanto en la conceptualización clásica del acto administrativo, como asimismo en la regulación del procedimiento administrativo base de la Ley N° 19.880 en Chile, se encuentran herramientas de argumentación que tienden a favorecer uno u otro interés. Nuestro propósito consiste en sistematizar dichas herramientas, a la luz de lo que doctrina y jurisprudencia predicán sobre las mismas, para servir de guía al usuario que debe desenvolverse en el procedimiento administrativo.

## INTRODUCCIÓN

El Derecho Administrativo y la tensión entre “tradición” y “realidad”: herramientas para evaluar la actuación de los órganos de la Administración del Estado. La óptica del administrado.

Deteniéndose a mirar en retrospectiva la evolución de la teoría del Derecho Administrativo, en particular en lo referido a la justificación constitucional (liberal) del ejercicio de la función administrativa y gubernamental, es posible interpretar el debate fundamentalmente como una cuestión de equilibrios.

O si se prefiere, como un intento de manejar la tensión entre dos ineludibles paradigmas que imbuyen de principio a fin el *ethos* mismo de la actividad de la Administración del Estado, y que podemos (para empezar) simplemente denominar *tradición* y *realidad*. Como se intentará explicar en los párrafos que siguen, con esta oposición no se quiere apuntar a que la tradición *ius administrativista* esté desprovista de vínculos efectivos (y prácticos) con la realidad cotidiana de la Administración (ya que de hecho, la conceptualización y caracterización de los principios que rigen su actuar sí inciden en el mecanismo de toma de decisiones de sus órganos, de suerte que en no pocas ocasiones dichos principios terminan por *incidir* en la referida cotidianeidad). A lo que se quiere llamar la atención, oponiendo “tradición” con “realidad”, es al hecho que identificando el origen del Derecho Administrativo (de inspiración continental) en las revoluciones liberales del siglo XVIII, que han plasmado sus ideales (acaso

de manera inexorable) en las conceptualizaciones teóricas más básicas del *ius publicismo* desde ese entonces, durante la historia que siguió a tales épocas no hemos vuelto a ser testigos de un cambio de paradigma semejante (me refiero a la transición del Antiguo Régimen a las democracias modernas). Más bien, los principios básicos del Estado constitucional de primera generación (elaborados sobre la base del poderoso principio de legalidad, la protección de los derechos individuales de los administrados y el principio *duae sunt positiones*) han debido ser progresivamente *adaptados* a los ulteriores procesos políticos e históricos en general que han definido la evolución del sistema jurídico de Derecho Administrativo.

Así, mientras que la irrupción del petróleo y la electricidad en las sociedades industrializadas de la segunda mitad del siglo XIX, la irrupción de la “cuestión social” y la consolidación de los imperios europeos en todo el mundo (entre otros factores, ciertamente) animaron –todos ellos- la transición del “Estado gendarme” (mero ejecutor de la ley, y garante de la seguridad externa e interna) a la teoría del “servicio público” (la Administración como organización funcional a la satisfacción de ciertas necesidades), del mismo modo la irrupción del Estado de bienestar de la posguerra europea dio lugar, por su parte y al compás del auge de la economía keynesiana, a la función “conformadora social” del Estado<sup>1</sup>. Inspirada en principios de solidaridad y justicia social (como

---

<sup>1</sup> PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2008d. El Derecho y la Administración del Estado en Chile. En: Derecho Administrativo Chileno. Ciudad de México, Editorial Porrúa. pp. 41 y ss.



también en el de subsidiariedad<sup>2</sup>), esta visión de la función pública intenta alcanzar un óptimo entre el ejercicio individual de los derechos y las políticas públicas eficientes que son llamadas a su potenciación, empero sin asfixiar los primeros.

Hoy en día, y sin embargo, existen importantes exponentes en doctrina que afirman que podríamos estar en una nueva etapa de transición (si no ya en un nuevo período). Fenómenos como la consolidación de la sociedad de consumo, el auge de las tecnologías de la información y telecomunicaciones, la globalización, el cambio climático, el declive de las ideologías, la súper-regulación y tantos otros factores que parecen identificar a la sociedad (al menos occidental) del siglo XXI, ciertamente han tenido un gran impacto tanto en la configuración de los diversos sistemas normativos como en las teorías y doctrinas a su amparo existentes<sup>3</sup>. Es por ello que, al igual que ocurrió con la revolución industrial primero y con las economías de posguerra después, muchos autores advierten desde ya fuertes transformaciones en el mundo del Derecho, y particularmente del Derecho Administrativo. Así, se pueden consultar textos que relativizan la separación (tan tajante e indiscutible desde la

---

<sup>2</sup> ORTIZ DÍAZ, José. 2000. El Horizonte de las Administraciones Públicas en el Cambio de Siglo. En: SOSA WAGNER, Francisco (coord.). El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mate, tomo I. Valencia, España. Ed. Tirant Lo Blanch. pp. 63 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. SOUVIRÓN MORENILLA, José. Sobre la Administración Pública y el Derecho Administrativo. En: SOSA WAGNER, Francisco (coord.). *Op.Cit.* pp. 119 y ss.

Revolución Francesa) entre Derecho Público y Derecho Privado<sup>4</sup>, como asimismo el de separación de los poderes del Estado<sup>5</sup>; otros que apuntan al ocaso del principio de legalidad (particularmente en materia de Derecho Administrativo Sancionador)<sup>6</sup> y de la importancia normativa de la ley en general; otros que subrayan la progresiva e innegable cesión de soberanía de los Estados al tenor del Derecho Comunitario<sup>7</sup>; como asimismo (y sin agotar la inacabable lista de tópicos posibles), que intentan continuamente re-describir el rol del ciudadano frente a la Administración.

Así y todo, el Derecho Administrativo no se encuentra todavía en posición de desconocer sus orígenes, o abandonar o reformular de plano los principios sobre los cuales descansa su propia conceptualización. A pesar de toda el agua que ha corrido bajo el puente desde que los ideales de Montesquieu fueran plasmados positiva y autoritativamente en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, y ya de lleno en el Derecho Administrativo, desde que décadas más tarde el Consejo de Estado francés declarara la independencia normativa (como estatutos diferenciados) de las normas de responsabilidad

---

<sup>4</sup> Especialmente en materia de Derecho Administrativo Sancionador. Vid. ROMÁN CORDERO, Cristián. 2008. Derecho Administrativo Sancionador: ¿Ser o No Ser? He Ahí el Dilema. En: PANTOJA BAUZÁ, Rolando (coord.). 2008a. Derecho Administrativo 120 Años de Cátedra. Santiago, Ed. Jurídica. pp. 107 y ss.

<sup>5</sup> SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. 2003. La Teoría del Derecho Administrativo como Sistema: Objeto y Fundamentos de la Construcción Sistemática. Madrid, Marcial Pons Editores. N. del T.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> PARADA, Ramón. 2000. Derecho Administrativo Tomo I: Parte General. 13ª Ed. Madrid, Marcial Pons. p. 57.

patrimonial estatal y privada, seguimos, no obstante, girando en torno a un mismo eje principal que ilustra (acaso de insuperable manera) la herencia liberal subyacente a todo el Derecho Público occidental; a saber, entender a este último como el ámbito de interacción entre **el individuo** (y todas sus prerrogativas, garantías y dignidad)<sup>8</sup>, por una parte, y **los órganos de la Administración del Estado**, por otra; siendo el caso que ambos tienen buenas razones para hacer valer sus variados (y legítimos) intereses, los que descansan en presupuestos y fundamentos diferentes que, aún en ausencia de conflicto, hacen de suyo difícil su ponderación.

Dicho de otro modo, sea cual fuere el marco teórico que se adopte, o la mayor o menor adhesión a la tradición clásica de los orígenes del Derecho Administrativo, puede afirmarse que buena parte de la problemática que éste supone (particularmente, como se verá, en cuanto al acto y al procedimiento administrativo) consiste en articular de tal o cual manera la dinámica de relaciones y la ponderación de intereses entre individuo y Administración; o expresado en términos más sencillos, se trata (finalmente) de responder a la pregunta “qué hacer” cuando, en un contexto jurídico, individuo y Administración (sea para negociar, coordinarse, asociarse, someterse a los intereses del otro o combatir) se encuentran.

---

<sup>8</sup> El “individuo”, y sin entrar todavía en distinción más técnicamente precisas, por ahora será entendido no sólo como persona natural, sino personas o entidades en general, desprovistos de potestades públicas.

Es desde ese punto de vista, entonces, que es posible leer la historia del Derecho Administrativo y su doctrina como un intento de equilibrar “tradición” y “realidad”. Por “tradición” se entenderá aquí los ideales, principios y fundamentos clásicos del Derecho Administrativo moderno (tributarios de las revoluciones liberales), y que según se ha explicado, siguen en la base de los sistemas de inspiración continental. A través de la expresión “realidad”, en cambio, se hará referencia a las nuevas ideas y paradigmas que, en el devenir histórico, han introducido modificaciones a los principios y valores esenciales del Estado liberal. No se ha querido, valga subrayar, otorgar una denominación más precisa a este cúmulo de influencias en atención a su gran heterogeneidad y complejidad –que en una investigación dedicada a tan interesante tema exigiría sin duda sub-clasificaciones mucho más precisas-. Sin embargo, para estos efectos, es útil al propósito de simplemente señalar el contraste entre los principios e ideas fundamentales del Derecho Administrativo moderno, y *todo lo que vino después* (y de lo que se ha dado una breve pincelada), y que obligó la adaptación, redescrición o reconfiguración de aquél a esta nueva “realidad”.

Así entonces, el análisis del Derecho Administrativo debe necesariamente partir de conceptos y principios que estuvieron en la base de su origen (y que por ende, todavía no es posible reformular de manera íntegra salvo que el cambio de paradigma fuera total, que parece no ser el caso). Con todo, nuevas realidades nos obligan a re-configurar o re-definir los mismos para integrarlos con otros completamente novedosos. Así por ejemplo, mientras otrora cualquier

iniciativa estatal aparecía de dudosa legitimidad en la medida que afectara la *libertad negativa* de los individuos (interviniendo ahí donde tradicionalmente sólo intervenía el particular), hoy dicha iniciativa es ponderada de manera diferente si es el caso que responde a una política pública que (finalmente) busca *hacer realidad la libertad positiva* (de todos o un grupo social determinado, según criterios de justicia distributiva). Se “restringe” la libertad porque (se teme o se sabe, según se piense) la ausencia de restricciones podría terminar negando o ahogando la libertad (de una mayoría, o de ciertas minorías). Asimismo, donde el Estado liberal decimonónico requería de una ley abstracta y general, para efectos de dar estabilidad y seguridad a las relaciones comerciales, y no incurrir en discriminaciones o distinciones imprevistas o arbitrarias, el Estado social parece requerir otro tipo de ley y otro tipo de actividad administrativa, con mayor capacidad de adaptarse a un entorno cambiante y producir resultados de optimización social de manera más eficaz, en un contexto de un complejísimo sistema de planificación social<sup>9</sup>.

Mucho puede decirse al respecto; muchas pueden ser las perspectivas de análisis en torno a este fenómeno. Lo que sin embargo puede extraerse como elemento común, o punto de partida, es que el problema se desarrolla, invariablemente, en el contexto del individuo frente a la Administración, donde la interrogante final (de un modo u otro) consistirá en determinar el peso de los

---

<sup>9</sup> Este tema se encuentra desarrollado, para propósitos mucho más generales (y que exceden ciertamente lo de este trabajo) en: HABERMAS, Jürgens. 2002. Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso. 4ª Edición. Madrid, Trotta. p. 689.

intereses que, en cada momento histórico, cada cual puede esgrimir para que jurídicamente se tome una determinada decisión respecto del problema que se trate (sea que tal decisión pase por preferir los intereses de uno en perjuicio de los del otro, o bien de una composición de los mismos<sup>10</sup>).

La pregunta por el Derecho Administrativo, entonces, puede ser entendida como la interrogante sobre cuáles han de ser las herramientas que configuren de modo satisfactorio (hoy diríamos constitucionalmente satisfactorio) la interacción entre Administración y administrado. Dichas herramientas, en el caso chileno, tienen su base en la tradición administrativista francesa (que hace suyos los ideales ilustrados de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII), que frente al devenir histórico que le siguió, ha debido ir haciendo cabida a nuevos principios, teorías y postulados que la morigeran, la redefinen o simplemente la contradicen, y cuya ordenación teórica unitaria ha sido y sigue siendo la tarea fundamental de la doctrina *ius* administrativista.

La primera premisa de esta investigación, entonces, consiste en afirmar que buena parte de los problemas a los que el Derecho Administrativo busca dar respuesta (en particular los que aquí nos interesan, relativos al acto y al procedimiento administrativos) pueden redesccribirse como distintas maneras de modular la interacción Administración – administrado conforme se estime la

---

<sup>10</sup> Que, según veremos, es la oportunidad que ofrece el procedimiento administrativo (y no sólo la deliberación democrática legislativa ni los procesos consultivos o plebiscitarios).

“tradicción” del Derecho Administrativo pueda (y en qué nivel) ser adaptada a la nueva “*realidad*” de los sistemas jurídicos en general.

En términos prácticos lo anterior se traduce, desde la óptica del administrado (punto de partida que desde ya homenaja el punto de vista más clásico), en diagnosticar hasta qué punto la actuación de la Administración del Estado (que de alguna manera restrinja o condicione el ejercicio de derechos individuales, aunque sea para optimizar aquéllos de terceros) ha de entenderse *lícita* a la luz del principio de juridicidad (que más bien nos lleva a hablar de legitimidad), por un lado, y diagnosticar qué razones puede esgrimir la Administración para llevar adelante legítimamente dicha actuación, por otro.

En el presente trabajo no se busca dar solución a la primera interrogante (que obedecería más bien a un texto de filosofía política, y que en definitiva dependería del programa ideológico que le subyazca<sup>11</sup>), sino más bien a la segunda, en el contexto específico de la Ley N° 19.880 que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los

---

<sup>11</sup> Sin perjuicio de que sería posible (y de hecho, hay bastante literatura en tal sentido) esbozar una tesis de cuáles serían los límites que la propia Constitución establece como infranqueables para la actuación de la Administración del Estado (por ejemplo, exigencia de ley e indemnización en caso de expropiación). Sin embargo, y salvo que se tengan compromisos muy marcados con ciertas teorías de la interpretación legal y Teoría del Derecho en general (ver por ejemplo: SOTO KLOSS, Eduardo. 1996. Derecho Administrativo. Bases Fundamentales, Tomo I. Santiago, Ed. Jurídica de Chile. pp. 17 y ss.), la regla general es que los textos constitucionales sean bastante permeables a diferentes lecturas en torno a la legitimidad de la intervención administrativa, de manera que aun un análisis eminentemente dogmático deberá reconocer (o proponer) algún grado de compromiso de la Carta Fundamental con un cierto ideario político, y más aún, admitir la pertinencia de diferentes interpretaciones.

Órganos de la Administración del Estado (en adelante, “LBPA”). En otras palabras, lo que interesa para efectos de esta investigación es analizar cuáles son las herramientas institucionales que nos ofrece el ordenamiento jurídico chileno, en el marco de interacción administrado – Administración contenido en la ley referida, para resolver el problema (en cada caso concreto) de la ponderación de intereses uno y de otro. Naturalmente, a lo largo del análisis se irá dando cuenta de la tensión (o equilibrio) que se ha descrito entre “tradición” y “realidad” (como simplifícadamente se ha denominado) para efectos de dicha ponderación, desde el punto de vista jurídico.

El estudio de las páginas que siguen no será simétrico para ambos actores, sin embargo, por cuanto en esta ocasión se ha optado por tomar la óptica del administrado; o expresado de otro modo, las herramientas institucionales a las que se ha hecho referencia se revisarán teniendo en mente la funcionalidad de las mismas para que, en el contexto de la LBPA, sea el administrado quien pueda, con éxito, hacer efectivos sus intereses o derechos. El contexto específico de uso de dichas herramientas será el de impugnación de actos administrativos.

Ahora bien, al hablar de “herramientas institucionales”, se hará uso de la expresión en su sentido más amplio, por cuanto abarcará tanto las “acciones” de las que dispone el administrado para hacer valer sus pretensiones en el procedimiento administrativo (vale decir, los mecanismos por los cuales puede optar a un pronunciamiento favorable de la Administración) como asimismo los



argumentos (más recurrentes o efectivos) que, en dichas instancias, pueden ser esgrimidos para tal fin. Esta distinción (entre argumento y medios por los cuales se puede hacer valer el argumento) se justifica en la medida que la estrategia argumentativa del particular debe estructurarse de manera funcional a los mecanismos de diálogo preestablecidos (particularmente en la estructuración de las vías de impugnación de los actos administrativos), de manera que para una comprensión más cabal de qué es lo que se debe hacer para hacer valer (con éxito) los intereses del particular frente a la Administración (haya o no conflicto entre aquéllos y los propios de ésta), es necesario estudiar ambos aspectos (que cabe denominar “procesales” y “de fondo”, para mayor claridad<sup>12</sup>).

De este modo, el análisis que sigue se dividirá en cuatro partes.

- I. En primer lugar (Capítulo I), se pasará revista (delineando los aspectos más relevantes, sin agotar, por cierto, el riquísimo terreno de la discusión) a la forma en que se manifiesta institucionalmente, a juicio del autor, la tensión entre “tradición” y “realidad” que a propósito de cada caso concreto de procedimiento administrativo, puede reformularse en una “actuación autónoma” y una “actuación intervenida” (que ya definiremos), por parte de la Administración, describiendo las

---

<sup>12</sup> Sin embargo, y como se examinará, en el caso de impugnación de actos administrativos las contravenciones a aspectos meramente “procesales” o “de forma” por parte de la Administración, en el estado de la doctrina y jurisprudencia actuales, pueden llegar a convertirse en aspectos genuinamente “de fondo”.

herramientas normativas concretas del ordenamiento que permiten optar por uno u otro camino. Para ello, se propondrá una forma particular de diagnosticar un problema jurídico en el marco de la LBPA.

Las expresiones “actuación autónoma” y “actuación intervenida” dicen relación con el éxito o fracaso de la intervención de un particular (vale decir, una persona o ente carente de potestades públicas) en el ámbito de una decisión administrativa donde están en juego intereses públicos y privados (que deben ponderarse). Dado que nuestro escenario es el espacio de interacción formal entre Administración y administrado (es decir, el procedimiento administrativo), por “actuación autónoma” se entenderá las pretensiones concretas de la Administración en dicho contexto, libres de toda injerencia particular (vale decir, sin que sea el caso que un particular haya sido exitoso en hacer valer pretensiones propias). Si en cambio el administrado prevaleciera en resistir las pretensiones de la Administración (o en exigir, conjuntamente, la satisfacción de las propias), habrá podido lograr, jurídicamente, bien que las referidas pretensiones simplemente no se materialicen, bien que lo hagan de manera diferente (por ejemplo, subsanando los defectos de un acto administrativo que redundaban en su ilegalidad; o adoptando medidas adicionales que mitiguen eventuales perjuicios). Por ende, al hablar aquí de “actuación intervenida” se hace referencia no a la presencia del particular en un proceso de decisión administrativa, sino a

la eventual circunstancia de que éste tenga éxito en afectar las pretensiones concretas de la Administración, sea previniéndolas, neutralizándolas, modificándolas, o remediando sus consecuencias<sup>13</sup>.

- II. En segundo lugar (Capítulo II), el análisis se volcará en el concepto mismo de “acto administrativo” (que es la idea central sobre la cual administrado y Administración discuten institucionalmente su intereses en el marco del procedimiento administrativo), donde se afirmará que la tensión “actuación autónoma – actuación intervenida” forma parte de la base misma de su construcción dogmática. Asimismo, en esta segunda parte se estudiará, ya de lleno en la esfera del principio de impugnabilidad de los actos administrativos, qué es, en concreto, lo susceptible de ser impugnado a la luz de la LBPA.

A este respecto, se examinarán los aspectos sustantivos de impugnación de los actos administrativos; vale decir, los argumentos que, en el marco de la LBPA (y que sin embargo, en tanto sustantivos, no se limitan a ella) pueden conducir a la invalidación o revocación de un acto administrativo. Fuera de los argumentos más comunes (incompetencia, desviación del fin, omisión ilegal, etc.) se hará una revisión especial al problema de la fundamentación o motivación de los actos administrativos como requisito particular de validez.

---

<sup>13</sup> Esta “oposición”, como puede apreciarse, puede darse (según también se verá) en un procedimiento de carácter no necesariamente “contradictorio” o “contencioso”, sino también en un contexto de negociación. Es decir, no hace falta que exista un conflicto estrictamente *jurídico* de posiciones excluyentes.

III. Por último, y en tercer lugar (Capítulo III), se pasará revista a los aspectos procedimentales más importantes (como también controversiales) de la LBPA, con particular énfasis en las garantías de los administrados, defectos de estructura y tramitación del acto administrativo, y mecanismos para forzar la decisión administrativa (plazos, silencio positivo y negativo). En este punto se analizará también, por los particulares problemas que presente, el carácter supletorio de la LBPA en relación a los procedimientos administrativos específicamente regulados.

En definitiva, y como se detallará a lo largo de este trabajo, el objetivo que se persigue al estructurar el análisis de esta perspectiva en particular radica en proveer un guía útil para, desde el lugar del administrado, dar una respuesta más clara y efectiva a las preguntas qué pasó, qué está en juego y qué hacer en el marco de la impugnación de actos administrativos a la luz de la LBPA, teniendo presente el contexto que ocupa dicha discusión en el ámbito de la doctrina del Derecho Administrativo en general.

## CAPÍTULO I

*Los intereses en juego: el particular y la Administración del Estado. Actuación autónoma e intervenida: el núcleo del problema y su manifestación en el Derecho Administrativo chileno. “Qué pasó”, “qué está en juego” y “qué hacer”.*

1. Ningún extremo es deseable. La apuesta por el equilibrio de las democracias occidentales en el siglo XXI

La Francia revolucionaria de Montesquieu tenía un programa altamente definido para la Administración del Estado. Cuando la teoría de la separación de poderes vivía su cenit intelectual, el Estado liberal proclamó al legislador democrático como único receptáculo legítimo de la soberanía, relegando de ese modo a la Administración, y como es bien sabido, a un rol exclusivamente ejecutor de la ley<sup>14</sup> (del mismo modo que a la función jurisdiccional se la relegó

---

<sup>14</sup> Esta pretensión decimonónica todavía sigue dominando el pensamiento de autores nacionales contemporáneos. Por todos, vid. SOTO KLOSS, Eduardo.

a una función meramente “intermediaria” de la voz de la ley, por cuanto todo indicio de creatividad judicial era considerado inaceptable). Este Estado constitucional de primera generación veía con desconfianza cualquier injerencia de la Administración en la libre determinación de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos, respecto de quienes sólo era legítimo imponer los límites que la propia ley (de manera general y abstracta, y en la medida que propendía a la optimización de la suma de libertades individuales) impusiera.

Tal era el paradigma (tradicional) que resolvía el encuentro entre Administración y administrado exclusivamente a favor del segundo<sup>15</sup>: el Estado debía limitarse, cual gendarme, a la mantención del orden público y de la seguridad interna y externa. El resto sólo cabía dejarlo a la coordinación y autorregulación de los entes privados: el Código Civil se erguía como la principal obra legislativa de la época, acaso regulando de manera autosuficiente

---

1980. La Responsabilidad Pública (un retorno a la idea clásica de restitución). *Revista de Derecho Público* (27): 133-135.

<sup>15</sup> Con todo, el Derecho Administrativo francés post-revolucionario conoció lo que PANTOJA denomina una “grieta jurídica” en el actuar de la Administración que dejó fluir nuevos causes de arbitrariedad estatal. Se trata de la distinción (dogmáticamente feliz, empero) entre *actos de gobierno* y *actos de administración*. Los primeros constituyen una función de mantención del orden público marcada por su carácter de *iure imperii*, que el Consejo de Estado francés declaró fuera de la órbita de impugnabilidad, dando pie al concepto de “razón de Estado” para separarlo del sistema de garantías. Los actos de administración, por su parte, suponen “un conjunto de atribuciones que orientan más bien a la consecución de los objetivos del poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos”. PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2008e. La Tipología Asumida por la Administración Pública como Función Estatal, en su Proceso Adaptativo a la Evolución Experimentada por el Estado Moderno Constitucional: desde la Suma Potestas a la Concreción Humanista de la Solidaridad. En: *Derecho Administrativo: 120 Años de Cátedra* (coord.). Santiago, Editorial Jurídica. pp. 189.

(como si el resto de las leyes fueran meramente accesorias) las relaciones jurídicas al interior de una nación. Eran los tiempos del *laissez faire, laissez passer*<sup>16</sup>: el mejor Estado era aquél “más pequeño”, y los derechos individuales, por primera vez proclamados en 1789, aparecían como la barrera infranqueable al poder otrora absoluto e irresistible del Estado. El paradigma parecía ser, entonces, “actuación intervenida” (al menos, cabe subrayar, respecto de los actos de administración; no así los de gobierno).

Sin embargo, fueron las propias consecuencias del progreso al que aspiraba el liberalismo las que se encargarían de instalar en la conciencia europea de la segunda mitad del siglo XIX la tendencia precisamente contraria, en un ámbito donde la industrialización desregulada, migración a las ciudades y precariedad de la clase obrera terminaron por detonar serios cuestionamientos al Estado burgués de primera generación. Desde el punto de vista de la Administración, la tendencia que reaccionaría a este escenario (aparte de los postulados del marxismo que conducirían, más tarde, a la transición hacia un Estado totalizador en los países de futura influencia soviética) fue aquella inaugurada por DUGUIT y que la vislumbraba, simplemente, como un conjunto de servicios

---

<sup>16</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. 2002. Principios de Derecho Administrativo, Tomo I. 3ª ed. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Arces S.A.. pp. 60-61. Este autor subraya, sin embargo, que ello no implicó (al menos en Francia) necesariamente una desintegración de las estructuras administrativas del Antiguo Régimen. Más bien, el cambio estuvo en la novedosa concepción de la Administración que alimentó la cultura jurídica post-revolucionaria (a la luz del principio de soberanía nacional, división de poderes, reconocimiento de derechos individuales innatos al ser humano, y por cierto, el principio de legalidad).

públicos, orientados a satisfacer necesidades públicas de manera regular y continua<sup>17</sup>. En este punto, entonces, la ponderación entre “actuación autónoma” y “actuación intervenida” comienza a verse afectada, y la “tradicción” heredada del Estado constitucional de primera generación debe, para evitar una revolución social como la que a ratos amenazaba estallar, incorporar modificaciones, adiciones y complementos (una cuota de “realidad”, según lo hemos llamado) que en plano del Derecho Administrativo deviene en este cambio en la forma de entender a la Administración.

El escenario de la Europa de posguerra impulsó otro salto en la manera de comprender y configurar las relaciones entre administrado y Administración, dando origen al denominado “Estado de Bienestar”<sup>18</sup>, que en la doctrina *ius*

---

<sup>17</sup> “Se comprende, pues el sentido y el alcance de la transformación profunda que se ha realizado en el derecho público.

“No es ya un conjunto de reglas aplicables a una persona soberana, es decir, investida del derecho subjetivo de mandar, y que determina las relaciones de esa persona con los individuos y las colectividades que se hallan en un territorio dado, relaciones entre personas desiguales, entre un soberano y sus súbditos.

“El derecho público moderno se convierte en un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido. De la relación de soberano a súbditos no queda nada. Del derecho subjetivo de soberanía, de poder, tampoco. Pero sí una regla fundamental, de la cual derivan todas las demás: la regla que impone a los gobernantes la obligación de organizar servicios públicos, de fiscalizar su funcionamiento, de evitar toda interrupción. El fundamento del derecho público no es el derecho subjetivo de mando, es la regla de organización y gestión de los servicios públicos. El derecho público es el derecho objetivo de los servicios públicos”. DUGUIT, León. 1987. Las Transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón. Edeval, pp. 116-117, citado por PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2008e. Op. cit. p. 158.

<sup>18</sup> SANTAMARÍA PASTOR. Juan Alfonso. Loc. cit. pp. 67 – 68. Atribuye el surgimiento de esta nueva “versión” del Estado a las siguientes causas: (a) las crisis económicas que se sucedieron desde el término de la Primera Guerra



administrativista (esta vez alemana) fue conceptualizado mediante de la teoría de la función “conformadora social” de la Administración<sup>19</sup>. En esta etapa, no resulta ya suficiente proveer al ciudadano de ciertas prestaciones para la satisfacción de necesidades que venían “dadas” en el sistema social establecido, sino que se hace necesario, además, conformar un orden social que mejore el *status quo* en un sinnúmero de aspectos, entre ellos, ciertamente, la economía. Naturalmente, esta circunstancia excede la técnica de la garantía de la libertad y el control jurídico que fuera conquistado por el Estado burgués, puesto que en la modulación de las relaciones entre Administración y administrado, este último se conceptualiza en una situación de dependencia con la primera, de manera que requiere de ella una intervención concreta en el tráfico para alcanzar un óptimo de libertad e igualdad social.

---

Mundial, culminando en la Gran Depresión; (b) las constantes crisis bélicas que, desde el siglo XX en adelante, no se limitan a grupos específicos de la población sino que afectan a naciones enteras; (c) la irrupción de los principios democráticos, caracterizada por el ascenso de grupos sociales tradicionalmente marginados a la participación política y a la posesión de bienes económicos y culturales; y (d) las consecuencias del proceso de explosión demográfica y urbanización, que profundizó el fenómeno de división del trabajo e interdependencia. La complejidad de las sociedades industriales del “capitalismo tardío” haría insuficiente los mecanismos de autorregulación de los diversos sectores sociales y productivos, haciendo indispensable la intervención estatal en una modalidad tanto *prestacional* (de bienes y servicios) como *directiva* de políticas públicas de fomento, desarrollo, planificación, etc. Vid. también, desde un punto de vista más crítico, ORTIZ DÍAZ, José. 2000. El Horizonte...Op. cit. pp. 64 y ss; GORDILLO, Agustín. 1974. Tratado de Derecho Administrativo. Parte General, Tomo I. Buenos Aires, Ed. Macchi S.A. II-9-14; GARCÍA-PELAYO, Manuel. 1982. Las Transformaciones del Estado Contemporáneo. 3ª Ed. Madrid, Alianza. pp. 20 y ss.

<sup>19</sup> PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2008e. Op. cit. pp. 166 y ss.; y en particular, FORSTHOFF, Ernst, 1958. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid, Instituto de Estudios Políticos. 768p.

En ese sentido, parte de la doctrina alemana (si bien desde un punto de vista más abstracto, sin compromisos evidentes con la visión política que subyace al *Welfare State*) concibe al Derecho Administrativo como una ciencia de la dirección, esto es, como un Derecho que aspira a dirigir los procesos sociales. Más que limitarse a la construcción dogmática de reglas, categorías y doctrinas, la teoría habría de aspirar a encontrar las condiciones y los presupuestos que hagan posible que el Derecho sea eficaz y eficiente<sup>20</sup>. Ello reconoce entonces que, aun desde una perspectiva eminentemente sistemática, es ineludible reconocer la funcionalidad del Derecho Administrativo, y de la Administración del Estado, a la configuración de un estado social en sintonía con principios que trascienden a aquéllos del Estado liberal, y que, hoy por hoy, apuntan a la optimización máxima de todo el abanico de derechos fundamentales, no solo individuales, que las constituciones vigentes de los países de tradición occidental garantizan a sus ciudadanos<sup>21</sup>.

Con todo, independientemente de la contingencia política de cada país que haya participado de esta evolución<sup>22</sup>, la oscilación (equilibrio o tensión) entre la “actuación autónoma” y la “actuación intervenida” de la Administración frente al particular (que como ha podido apreciarse, también incluye la pregunta sobre el mejor modo de actuar) tiende, el día de hoy, a no caer en los extremos. Se

---

<sup>20</sup> Por todos, SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. Loc. cit. pp. 27 y ss.

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. 2004. Servicio Público y Derecho Comunitario Europeo. Revista de Derecho Público 66: 275-290.

<sup>22</sup> En Chile, al menos programáticamente, el paso habría sido dado con motivo de las reformas constitucionales de principios de la década de los noventa.

excluye así la existencia de un estado liberal de raigambre clásica, como con el que soñaron los revolucionarios franceses y que, ciertamente, resulta inepto para hacer frente a las problemáticas actuales del Estado moderno constitucional<sup>23</sup>; como asimismo se deja atrás al largamente superado Estado totalitario de los socialismos reales.

En otras palabras, el Derecho Público occidental hoy reconoce la indiscutible legitimidad que revisten por sí mismas las fuerzas de “tradición” y “realidad”, de tal manera que descarta de antemano la posibilidad de excluir *a priori* las pretensiones (derechos e intereses) que administrado o Administración puedan efectuar en el ámbito de sus espacios formales de encuentro<sup>24</sup>. Y es que normalmente hay buenas razones detrás de ambos tipos de pretensión

---

<sup>23</sup> Vid. SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. 2003. La Teoría del Derecho Administrativo como Sistema: Objeto y Fundamentos de la Construcción Sistemática. Madrid, Marcial Pons Editores. N. del T pp. xxiii-xxiv, para un sucinto pero certero resumen de dicha insuficiencia (donde un Estado meramente *ejecutor* de ley deviene incapaz para dirigir y vincular a la administración a la consecución de sus finalidades esenciales a la luz de la Constitución).

<sup>24</sup> Esto es así incluso en el contexto del principio de control de la discrecionalidad administrativa y, más generalmente, del principio de legalidad. Como se verá en el siguiente capítulo, la contrapartida a los referidos principios se encuentran en algunos de los caracteres propios del acto administrativo, particularmente la autotutela declarativa y ejecutiva que los asiste. Desde un punto de vista *material*, por otra parte, en el contexto de la sociedad del consumo (híper-regulada) lo común será que la ley (límite por antonomasia al ejercicio de las potestades de la Administración) no sea autosuficiente para el tratamiento o regulación óptimos de las situaciones del tráfico. Por consiguiente, lo usual será que la Administración *sí posea*, por mandato legal, algún cúmulo de competencias o atribuciones en parte no menor de los sectores o aspectos más relevantes del tráfico (piénsese por ejemplo en regulación de mercados financieros, servicios básicos, recaudación, medio ambiente, etc.). Sobre los aspectos generales de la regulación administrativa, vid. MORAGA KLENNER, Claudio. 2004. Cuestiones Generales Sobre Regulación Administrativa. Revista de Derecho Público 66: 391-404..

(independiente del hecho que, por defectos formales, la Administración puede ver frustrados sus intereses para el caso concreto, por mucho que las razones jurídicas “de fondo” para actuar pudieren haber prevalecido sobre el interés particular).

Así, puede afirmarse (sin que sea en absoluto problemático) que las democracias del siglo XXI han optado ciertamente por un equilibrio (con inclinaciones en uno u otro sentido, según el país que se trate) entre los principios de la “tradición” y las fuerzas de la “realidad” que han constituido, alimentado y sacudido al Derecho Administrativo en los últimos dos siglos (vale decir, desde su nacimiento). Innegable resulta la herencia (que acaso sigue sirviendo de matriz teórica básica) de los principios del Estado liberal de primera generación (basta pasar revista a la teoría del principio de legalidad en materia administrativa, hoy refinada en un principio más amplio a la vez que más preciso, denominado principio de juridicidad), como inevitable es igualmente reconocer a la Administración espacios de intervención y modalidades de interacción con el ciudadano desconocidas para la tradición decimonónica.

Un claro ejemplo de lo anterior son las interrogantes que plantea la proliferación y expansión del Derecho Administrativo Sancionador<sup>25</sup>. Como

---

<sup>25</sup> Ahí donde los Estados renunciaron (en gran medida) a su faceta empresaria, dando pie al proceso de privatización de numerosas empresas públicas, surge como contrapartida (ante la crisis de las des-regulaciones que propugnó el neoliberalismo económico) el surgimiento de una regulación tecnificada sin precedentes, donde el Estado asume un rol fiscalizador que (acaso) le termina por conferir más poder que el que tenía cuando él mismo desarrollaba las actividades reguladas. Donde el Estado ya no produce, entonces, *sanciona*.

señala GARCÍA NIETO, la lógica que subyace a la regulación sancionatoria no puede ser ya (únicamente) la de la garantía del ciudadano corriente frente a la implacable Administración (que viene a limitar sus derechos individuales), que ha sido el papel clásico del Derecho Administrativo desde su nacimiento, por cuanto la realidad parece exigir que aquél se preocupe además de defender a dicho ciudadano de las eventuales (y reales) agresiones de otros grupos privados, con incluso más poder que la propia Administración<sup>26</sup>. Así, frente a la existencia de mercados altamente tecnificados (y por lo mismo, frecuentemente oligopólicos), en los que el ciudadano aparece situado en una situación de alta dependencia y asimetría respecto de los (poderosos) prestadores del servicio, un Estado que (en aras del principio de subsidiariedad) tiene vedado competir con estos últimos, o coartar más allá de lo razonable su libertad de emprendimiento, aparece legitimado para utilizar la técnica sancionatoria para evitar las situaciones de abuso que pudieran (fácilmente) generarse. Y esto es así, cabe señalar, precisamente y de forma más patente en los países de mayor desarrollo y tradicionalmente “capitalistas”.

Por consiguiente, la enorme complejidad y la riqueza de situaciones que supone la interacción de la Administración con los particulares en las sociedades occidentales del siglo XXI (sociedad de la información, del

---

Para una referencia general a esta problemática, Cfr. NIETO GARCÍA, Alejandro. 2005. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª Ed. Madrid, Tecnos. 592p.

<sup>26</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro. 2003. Recensión al libro de Esteve Pardo: *Autorregulación. Génesis y efectos*. *Revista de Administración Pública* (160): 429.

consumo, del riesgo, del cambio climático, etc.), hacen virtualmente imposible para el legislador tradicional (el parlamento) efectuar una ponderación *ex ante* (es decir, en la propia ley) de los intereses en juego, de manera que la regulación general y abstracta más bien se orienta en proveer las herramientas (formales y sustantivas) para que, conforme a ciertos principios y límites preestablecidos, cada parte tenga la posibilidad real de hacerlos valer al calor del desenvolvimiento mismo de la interacción administrado – Administración<sup>27</sup>.

De ese modo, entonces, es posible establecer que una de las preguntas clave del Derecho Administrativo, y que sirve de marco fundamental de análisis para este trabajo, es sentar bases claras, obtenidas del equilibrio a que dé lugar la tensión entre “tradición” y “realidad”, para posibilitar una respuesta satisfactoria ante cada caso concreto (en este caso, en el contexto del procedimiento administrativo) a la pregunta de si las pretensiones de la Administración del Estado se encuentran debidamente justificadas desde el punto de vista normativo de ponderación de intereses (actuación autónoma), o si por el contrario se justificaba la intervención de un particular para neutralizar, prevenir, modificar, o remediar las consecuencias de dichas pretensiones (actuación intervenida).

Cabe detenerse, en este punto, en pasar revista a cuáles serían los aspectos normativos puntuales que, en el Derecho Administrativo chileno,

---

<sup>27</sup> Como tendrá la oportunidad de discutirse más adelante, posibilitar dicho encuentro es el objetivo primordial y principal ventaja que ofrece el procedimiento administrativo como instancia democrática de composición de intereses.

permiten que el problema sea resuelto en una u otra dirección; o dicho de otro modo: qué normas permitirán que la ponderación se incline hacia la actuación autónoma, y que normas, en cambio, pueden dar mayor pie a una modalidad de actuación intervenida, en el marco de un procedimiento administrativo. Desde el punto de vista argumentativo, ello implica identificar qué normas y principios del sistema jurídico pueden formar parte de la estrategia de argumentación de cada parte para hacer valer sus pretensiones en el procedimiento.

## 2. “Actuación autónoma” y “actuación intervenida” en el Derecho Administrativo Chileno. Herramientas básicas

El Derecho Administrativo chileno, heredero de la tradición francesa, no ha estado ajeno a la evolución descrita en los párrafos anteriores. Sin embargo, la discusión (al menos hasta la década de los 90) giró más bien en torno a la conceptualización del concepto mismo de “Derecho Administrativo”, oscilando entre perspectivas que subrayaban su aspecto más bien orgánico (desde la creación de la primera cátedra de la disciplina en Chile)<sup>28</sup> a otras que optaban

---

<sup>28</sup> PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2008c. El Concepto de Derecho Administrativo. En: Derecho Administrativo, 120 Años de Cátedra. Op. cit. pp. 57-106. Véase también el Dictamen N° 64.792 de 1970 de la CGR. En este período (desde 1920 en adelante) la doctrina y jurisprudencia fijaron, además, el esquema básico de la orgánica administrativa chilena.

por concepciones más bien “sustanciales” (y que caracterizaron la doctrina y jurisprudencia desde 1973 en adelante)<sup>29</sup>.

La perspectiva orgánica, apunta el profesor PANTOJA<sup>30</sup>, estuvo primordialmente ligada a la proliferación de los servicios públicos<sup>31</sup> y el “Estado social” que comenzó a configurarse en Chile a partir de 1920 (y en particular desde el período de los gobiernos radicales, que comenzaron en 1938). Sin adentrarse demasiado en su interesante estudio, puede afirmarse, a grandes rasgos, que se trató de una época en que la intervención de la Administración era entendida como algo posible, necesario, y aun coherente con un sistema económico de mercado (keynesiano, podría agregarse).

Sin embargo, a partir del golpe militar el lugar de la doctrina del servicio público (entre cuyos exponentes destacaba el profesor Patricio AYLWIN AZÓCAR<sup>32</sup>) fue sustituida por aquella denominada “sustancial” del Derecho Administrativo, fuertemente comprometida con los principios del régimen militar (y con raíces en el *iusnaturalismo* católico clásico), y cuyos exponentes más representativos fueron los profesores SOTO KLOSS<sup>33</sup> y FIAMMA OLIVARES<sup>34</sup>. Esta

---

<sup>29</sup> Ibid. pp. 75 y ss.; SOTO KLOSS, Eduardo. 1983. Administración y Derecho en Chile. Revista de Derecho Público (33-34), pp. 53 y ss.

<sup>30</sup> PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2008c. Op. cit. *Passim*.

<sup>31</sup> Sin que sea de extrañar la buena acogida que tuvo la tesis jezeana del servicio público durante este período.

<sup>32</sup> Cfr. Su obra: AYLWIN AZÓCAR, Patricio. 1959. Evolución y progreso del régimen jurídico de la administración del Estado de Chile. En: Derecho Administrativo: 150 años de doctrina. Santiago, Ed. Universitaria. 464p.

<sup>33</sup> Cfr. SOTO KLOSS, Eduardo. 1996. Derecho Administrativo. Bases Fundamentales, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica. *Passim*.



corriente se caracteriza por desconfiar profundamente de los ámbitos de actividad estatal en los distintos sectores de la vida jurídica, entendiendo al Derecho Administrativo (y el Derecho en general) como un medio para garantizar la libertad de las personas frente al poder del Estado con arreglo a una determinada concepción de justicia que, en opinión de estos autores, debía entenderse implícita en toda ciencia jurídica que pretendiera superar las tendencias positivistas.

O en otros términos, “el Derecho Administrativo, para los juristas que profesan la orientación objetiva surgida en 1973, es, entonces, una disciplina del Derecho público interno cuyo objeto es garantizar los ‘derechos y libertad’ del ‘administrado’, de los particulares frente a la administración, la ‘libertad del ciudadano frente a la autoridad’; constituye ‘un régimen administrativo tutelado judicialmente<sup>35</sup>”.

Era el caso además, atendida la coyuntura política de la época, que dicha concepción del Derecho habría sido recogida en la propia Carta Fundamental de 1980 (o al menos, antes de las reformas de principios de los noventa). Ciertamente, la defensa del ciudadano y los derechos individuales que esta corriente afirma efectuar no se basa ya en la “tradicción” del Estado liberal de primera generación, sino en antecedentes más remotos vinculados a la tradición indiana hispana, usualmente asociada con círculos conservadores.

---

<sup>34</sup> FIAMMA OLIVARES, Gustavo. 1986. La Acción Constitucional de Nulidad: un Supremo Aporte del Constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo. *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales* t. LXXXIII (1): 123-128.

<sup>35</sup> PANTOJA BAUZÁ. 2008c. *Op. Cit.*, pp. 86-87.

Sin embargo, la contraposición entre dicha doctrina y su predecesora sirve para ilustrar la tensión entre “actuación autónoma” y “actuación intervenida” que se ha venido esbozando, en el marco de la doctrina chilena.

La pregunta interesante se encuentra, sin embargo, en el examen de la evolución del Derecho Administrativo chileno a partir de la vuelta de la democracia, de manera de diagnosticar cuál sería la situación actual entre “tradición” y “realidad”; y “actuación autónoma” y “actuación intervenida”, a la luz de las normas vigentes del ordenamiento nacional. En definitiva, y a partir del contexto histórico brevemente formulado arriba, cabe preguntarse cuáles serían los principios y normas jurídicas que permiten, a administrado y Administración, inclinar la balanza en uno u otro sentido (en el marco, cabe recordar, de un procedimiento administrativo).

3. La expresión concreta de “actuación autónoma” y “actuación intervenida”: un esquema previo de análisis. “Qué pasó”, “qué está en juego”, y “qué hacer”.

El recuento y revisión de las fuerzas en tensión (o equilibrio) esbozada en los párrafos precedentes (“tradición” y “realidad”, y operativamente, “actuación autónoma y actuación intervenida”) permite llegar a una primera conclusión elemental.

a) De una parte, no cabe duda que a lo largo y ancho de la regulación constitucional y de Derecho Administrativo se verifican una serie de garantías que permiten a los particulares resistirse a ver afectados sus libertades y derechos más allá de lo jurídicamente admisible con ocasión del ejercicio de potestades públicas de naturaleza exorbitante; y más aún, sea como fuere se interpretare una intervención administrativa como “más allá de lo jurídicamente admisible”, el particular tiene, en todos los casos, la posibilidad de gatillar mecanismos institucionales (administrativos o jurisdiccionales) en los cuales la cuestión puede ser ventilada con sólidas garantías procesales. Dado que la directriz programática esencial de la Constitución es la mayor realización material y espiritual del individuo, ciertamente existe un marcado interés público en el control y revisión constante de la actuación de la Administración del Estado, a tal punto que el cumplimiento del principio de legalidad y los demás principios que gobiernan la actuación de la Administración pasan a tornarse verdaderos requisitos de validez de la misma. En consecuencia, el particular *tiene* a su haber, en cualquier situación, la facultad de hacer valer las herramientas descritas *supra* (sección 2 de este capítulo) para mutar una actuación autónoma de la Administración en una actuación intervenida, en un caso concreto; o dicho de otro modo, puede afirmarse que desde el punto de vista institucional las garantías

individuales son efectivamente un límite a las pretensiones de la Administración.

- b) De otra parte, y simultáneamente, la Constitución también reconoce a la Administración un ámbito de acción enormemente vasto con miras al logro de objetivos de interés público y bien común, que excede con mucho a la función clásica de gobierno, la ejecución de ley y el resguardo de los derechos fundamentales. Hoy, la Administración tiene el deber de contribuir, con acciones positivas, a la mayor realización material y espiritual posible de todos los ciudadanos, para lo cual la Carta Fundamental consagra la posibilidad de diseñar planes nacionales, regionales y comunales de desarrollo (que incluyen algunos de los rasgos característicos del *Welfare State*, como la prestación de ciertos bienes públicos básicos, inversión pública, subsidios, fomento, etc.). El ordenamiento jurídico positivo provee poderosas razones (distintas a la defensa de derechos de terceras personas determinadas<sup>36</sup>) para que,

---

<sup>36</sup> Es decir, la Administración puede obrar sin necesidad de que existan derechos o intereses concretos amenazados, bastando (al fundamentar sus actos) razones de prevención, optimización de recursos, etc., que ciertamente representan resguardo de intereses colectivos difusos. Adicionalmente, si se interpreta que las sanciones administrativas –en tanto cualitativamente distintas que las penas corporales propias del Derecho Penal- cuentan dentro de sus objetivos la protección de los derechos de terceros (e.g. consumidores de los bienes producidos por el sancionado), entonces se agrega otro poderoso ejemplo de cómo la ponderación de bienes e intereses del caso, aun cuando el particular afectado arriesga una sanción, puede volcarse a favor de la Administración. Sobre la discusión actual en torno a la naturaleza de las sanciones administrativas, vid. ROMÁN CORDERO, Cristián. 2008. Derecho Administrativo Sancionador... Loc cit. pp. 107 y ss.; MESEGUER YEBRA, Joaquín.

dado el caso, el actuar de la Administración pueda prevalecer sobre los derechos e intereses particulares que en el camino pudieran verse afectados<sup>37</sup>. Ante la eventual oposición de un particular, entonces, la Administración también encuentra herramientas institucionales para hacer valer sus pretensiones –sea dotada de presunciones y autotutela ejecutiva, como se examinará, o bien impulsando de oficio procedimientos de discusión institucional<sup>38</sup>–.

Ante tal escenario –que a primera vista podría resultar algo dicotómico- cabe preguntarse si acaso el constituyente o el legislador, al menos en ciertos casos, ha tomado partido por alguna de estas dos caras de la moneda. O lo que es lo mismo: si acaso hay casos en donde el procedimiento administrativo tiene un carácter exclusivamente de control y resguardo de garantías (es decir, opera sólo con la finalidad de “frenar” desviaciones de poder o ilegalidades de la

---

2001. La Tipicidad de las Infracciones en el Procedimiento Administrativo Sancionador. Barcelona, Ed. Bosch. 96p.

<sup>37</sup> Ciertamente, la afectación de derechos fundamentales requiere, como lo reconoce la doctrina, de habilitación legal previa. Sin embargo, y como se vuelve cada vez más habitual en una era de la especialización, la ley no es capaz de proveer el marco completo de permisividad de la injerencia estatal, de manera que (por vía reglamentaria) la extensión de la actuación administrativa puede alcanzar dimensiones insospechadas –que pueden resultar tan beneficiosas como indeseables, según el caso–.

<sup>38</sup> En algunos casos, de manera obligatoria (V.gr. el procedimiento de consulta ciudadana en el marco de la aprobación de una Resolución de Calificación Ambiental, Ley N° 19.300).

Administración), o bien si además sirve como un ámbito institucional de toma de decisiones (o de composición de intereses, en palabras de CORDERO VEGA<sup>39</sup>).

Para evitar cualquier confusión, resulta conveniente separar el análisis estrictamente *normativo* de otro de carácter más bien *operativo* (es decir, mirando el desenvolvimiento *procedimental* en que se generaría la discusión).

3.1. Normativamente no puede afirmarse que la tensión entre actuación “autónoma” e “intervenida” esté zanjada. Normas, principios y discrecionalidad. La cuestión de la habilitación legal previa y la “actuación *intra ius*”

Normativamente, el principio de legalidad administrativa establece (y es un lugar común en la doctrina) que toda actuación de la Administración (como de las demás entidades sujetas al Derecho Público) debe estar expresamente autorizada por la ley. Así, si a propósito del encuentro entre administrado y Administración *lo que se debate* es si es el caso que existe una norma legal que autoriza la actuación administrativa, entonces (normativamente) aparentemente podría afirmarse que la cuestión sí estaría resuelta de antemano por el legislador (o el constituyente)<sup>40</sup>, y la decisión que se tome finalmente dependerá

---

<sup>39</sup> CORDERO VEGA, Luis. 2003. El Procedimiento Administrativo, Santiago, Lexis-Nexis. 228p.

<sup>40</sup> En ese sentido, no es de extrañar que la doctrina “objetivista” del Derecho Administrativo sea la más entusiasta defensora de la construcción doctrinaria de

exclusivamente de materias propias de interpretación legal. En otras palabras, podría tenerse la impresión de que el problema se simplifica simplemente a una cuestión de identificación de una norma que, por sí misma, resolviera a favor o en contra de la Administración.

Sin embargo, existen tres órdenes de consideraciones que arrojan serias dudas sobre la posibilidad de dirimir (o al menos prever) *ex ante*, con precisión, el resultado del encuentro institucional entre Administración y administrado.

### 3.1.1. La distinción entre norma y principio

En primer lugar, encontramos la circunstancia de que no todo el sistema de interacción administrado – Administración (y ni siquiera la delimitación de competencias de los organismos públicos) se encuentra estructurado en base a *normas*, sino que también por la conjunción de principios. La distinción, bastante asentada ya en la teoría jurídica contemporánea<sup>41</sup>, subraya las diferencias entre uno y otro tanto en su enunciación sintáctica habitual como asimismo, y más importante, en cuanto a sus condiciones de aplicabilidad. Mientras una norma supone una decisión necesariamente disyuntiva para el adjudicador (juez), y que debiera reproducirse en todos los casos en que el

---

la denominada “Nulidad de Derecho Público”, sosteniendo que toda actuación administrativa ilegal (o arbitraria, contraria a la Constitución) deviene nula *de pleno Derecho*, de manera insubsanable e imprescriptible. Por todos, Cfr. SOTO KLOSS, Eduardo. 1996. Op. cit. *passim*.

<sup>41</sup> La obra fundamental (y acaso inaugural del debate actual) es de DWORKIN, Ronald. 1985. Los Derechos en Serio. Barcelona, Ariel Derecho.

supuesto de hecho se verificara (puesto que la norma se aplica o no se aplica, o es válida o no lo es), el principio, por su parte, constituye un mandato de optimización abierto a tantas consideraciones de ponderación como lo exija la complejidad del caso, de manera que su aplicabilidad es variable en función de aquél<sup>42</sup>. Así, dos principios pueden ser contradictorios entre sí (o presentar ámbitos de incompatibilidad), y sin embargo ser simultáneamente aplicables al caso. El hecho que, realizado el juicio de ponderación, uno sea preferido al otro no tiene como consecuencia la preterición ni menos la derogación de este último (que acaso prevalecerá en un caso futuro).

Así, y sin que sea necesario ahondar en esta fértil parcela de la teoría legal, toda vez que la realización efectiva de las pretensiones concretas de la Administración, en el marco de un procedimiento administrativo, se encuentre regido por principios, el juicio de ponderación sólo podrá ser conclusivo ante el caso concreto (donde, *all things considered*, pueda determinarse el peso específico de los principios en juego para dicho caso). Un ejercicio abstracto *ex ante* puede ser útil con fines de sistematización, o para asegurar una mayor corrección analítica en la argumentación, pero difícilmente podrá sustituir la ponderación efectiva que toma en cuenta las variables concretas de la situación.

Un ejemplo que se viene volviendo cada vez más recurrente es el del denominado “principio de conservación” del acto administrativo, normalmente

---

<sup>42</sup> El concepto pertenece a ALEXY, Robert. 1997. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 610p.



esgrimido conjuntamente al principio no formalización del Art. 13 LBPA. Según el primer principio citado, un acto administrativo puede producir efectos y reputarse válido aun si adolece de ciertos vicios (normalmente formales) si es el caso que es posible que se produzcan sus efectos sin producir un menoscabo cierto a derechos de terceros (y sin que cause indefensión). A su turno, el principio de no formalización, y como se desprende de su sola enunciación, establece que sólo cabe exigir a la Administración las formalidades que sean estrictamente necesarias para la consecución de la finalidad del acto, agregando que “el vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado”<sup>43</sup>.

A este respecto, en un fallo reciente, la Excma. Corte Suprema ha establecido:

“Que si bien en el acto administrativo atacado la Subcontralora no estampó que firmaba por orden del Contralor, tal omisión no resulta suficiente para calificar de ilegal la actuación, puesto que uno de los principios que caracterizan a los procedimientos administrativos es el de conservación de los actos administrativos, lo que implica que ellos deben mantenerse aun cuando presenten una determinada irregularidad si logran alcanzar el fin propuesto sin menoscabar o entorpecer las garantías que el ordenamiento jurídico otorga a

---

<sup>43</sup> Inciso final Art. 13 LBPA.

los particulares. En concordancia con lo reflexionado el artículo 13 de la Ley 19.880, Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, consagra el principio de la no formalización, prescribiendo que el vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, cuestión que evidentemente en el presente caso no ocurre”<sup>44</sup>.

Como se desprende de la cita del fallo aludido, la consideración al “menoscabo” de garantías y derechos que pudiera ocasionar la omisión de requisitos formales del acto administrativo será algo que sólo podría evaluarse con precisión en un caso concreto, siendo bastante difícil imaginar *ex ante* y en abstracto las situaciones en que ello sucedería. No se trata de una conclusión menor, puesto que lo que el principio de conservación permite es precisamente reconocer excepciones al principio de legalidad (particularmente, al Art. 7° de la Carta Fundamental). En ese sentido, y si se conceptualiza el principio de legalidad como una garantía del particular frente al poder del Estado, podría afirmarse que cualquier vulneración de aquél implica la afectación de garantías individuales. En el caso recién citado, se trataba de un acto administrativo (emanado de la propia Contraloría) que no estaba suscrito por el funcionario legalmente competente, por cuanto no se había expresado la delegación. Sin

---

<sup>44</sup> C. Superma, 21 de julio de 2009, Rol 2849-2009. En el mismo sentido, véanse los Dictámenes N° 8630 de 2007; N° 27132 de 2001; N° 36033 de 1997; N° 28.804 de 1998 y 2936 de 2001 de la CGR, entre otros.

embargo, consideraciones relativas no a la legalidad *stricto sensu* del acto, sino más bien a sus efectos concretos, permiten obviar dicha situación.

Así, queda de manifiesto que existen casos en que la aplicación de principios puede llevar a resultados diferentes a los previstos (de manera general y abstracta) por una norma, lo que sólo será determinado a la luz del caso concreto. Esto es así incluso en el ámbito de la actuación de la Administración del Estado, regida en su totalidad por el principio de legalidad; sin embargo, incluso este último (acaso una de las herencias más notables del Estado liberal, o de la “tradición”, según se le ha venido llamando) está sujeto a los vaivenes de la ponderación de bienes e intereses conforme a principios.

### 3.1.2. Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa

Una segunda consideración que permite negar la hipótesis según la cual el resultado de la interrelación administrado – Administración pudiera estar decidida *ex ante* normativamente (sea a favor de la “tradición” o de la “realidad”) es la existencia de ámbitos discrecionales de actuación administrativa, sea por decisión expresa del legislador; porque la generalidad o amplitud de la norma legal hace inevitable un margen de apreciación discrecional de la Administración; o bien porque la especificidad técnica del objeto de regulación

es tal (e.g. telecomunicaciones, energía) que resulta inviable pretender su regulación abstracta y general<sup>45</sup>.

Entonces, dado que para la concreción específica de la norma legal “marco” se requiere una expresión ulterior de la voluntad de la Administración, que toma la forma de actos administrativos, puede afirmarse que la decisión que aquélla adopte se basará en las variables concretas de la situación, de manera que (nuevamente) la prevalencia de derechos o intereses particulares (versus los generales, aun difusos, que por mandato legal deben ser resguardados por la Administración) será decidida según el caso.

Naturalmente, y como lo ha establecido con insistencia la doctrina (nacional y comparada<sup>46</sup>) y la jurisprudencia, discrecionalidad no quiere decir ausencia de norma, o ausencia de Derecho. Dado que la Administración debe actuar no sólo obedeciendo a las formas que la Constitución y la ley le imponen, sino también a la finalidad (*telos*) de las normas elementales del texto constitucional, que promueven la mayor realización material y espiritual posible del individuo (lo que además ha permitido a la doctrina hablar del principio de juridicidad más

---

<sup>45</sup> Algunos ejemplos en que el legislador ha otorgado atribuciones de carácter amplio, sin delimitar claramente su alcance puede consultarse en MORAGA KLENNER, Claudio. 2008b. Derecho Público Chileno, y los Principios de Legalidad Administrativa y de Juridicidad. En: Derecho Administrativo: 120 Años de Cátedra. Op. cit. pp. 315 y ss. Entre ellos encontramos el Art. 12 de la Ley Orgánica del MOP y Ley de Caminos (DFL MOP N° 850 de 1997); el Art. 7° de la Ley Orgánica del SII (DFL Hacienda N° 7 de 1980); Art. 20 Ley N° 19.712; Art. 27 D.L. N° 1305 (Servicios Regionales de Vivienda y Urbanización); Art. 7° Ley N° 18.755 (Ley del SAG); Art. 6° N° 9 D.L. N° 2859 (Gendarmería de Chile).

<sup>46</sup> Por todos, y reforzando la diferencia entre “arbitrariedad” y “discrecionalidad”, Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás R. 2002. De la Arbitrariedad de la Administración. 4ª ed. Madrid, Ed. Civitas. 267p.

que simplemente “de legalidad”, que parece evocar una concepción más formalista<sup>47</sup>).

En palabras de la Excma. Corte Suprema:

“Un acto administrativo puede ejercerse en virtud de una potestad discrecional y la discrecionalidad consiste en la opción para decidir en uno u otro sentido otorgada por la ley al órgano habilitado para ello, pero hay dos elementos que nunca pueden quedar entregados a la discrecionalidad administrativa: la competencia del órgano y la finalidad que debe ser cumplida; elementos que no caben dentro de la opción; otra cosa es, como fue razonado anteriormente, que el incumplimiento de este último sea por su naturaleza de difícil demostración, lo que, según se dijo, no ocurre en el caso actual; cuya realidad queda revelada por la propia autoridad de la que emana el decreto impugnado; y, por el contrario, en los actos en que se ejerce; una potestad discrecional es donde puede incurrir el órgano administrativo al optar por una de las vías de acción alternativas, en el vicio de desviación del fin legal, cometiendo entonces arbitrariedad”<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Para un análisis más completo del principio de legalidad administrativa (desde sus orígenes en Chile), y su paso al principio de juridicidad, vid. MORAGA KLENNER. 2008b. Op. cit. pp. 277 – 323.

<sup>48</sup> CS, sentencia de 12 de enero de 2006, Rol 6496-2005, “Del Pozo y otros con Alcalde de la I. Municipalidad de Las Condes” (recurso de protección). Vid. además, sentencia de 10 de julio de 2000, Rol 3657-1999 (confirmada por CS).

La problemática de la discrecionalidad administrativa ha sido objeto de abundante y controversial literatura<sup>49</sup>, y ciertamente no es el propósito de esta obra examinar en detalles sus aspectos más relevantes. Sin embargo, y en lo que aquí interesa, la conceptualización de la discrecionalidad administrativa (como opuesta al concepto de “arbitrariedad”, que puede traducirse, como se verá, en una argumentación legal deficiente o inexistente) implica necesariamente el reconocer a la Administración la facultad de tomar decisiones con apoyo institucional, mas no regladas; es decir, en base a principios. Ello por cuanto son los principios los que, a fin de cuentas, determinan cuáles son las directrices teleológicas del marco normativo al que el ente administrativo debe someterse, y que en ausencia de normas (o en presencia de normas “de textura abierta” o conceptos jurídicos indeterminados), permitirán justificar la decisión discrecional.

La doctrina distingue entre dos tipos de discrecionalidad (según la intensidad con que pueden ser objeto de control judicial represivo). Por un lado, se habla de una discrecionalidad débil (o instrumental o interpretativa), que consiste en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, que finalmente redundan en una cuestión de interpretación (donde, por la naturaleza deóntica de los

---

<sup>49</sup> Un interesante análisis de la discrecionalidad administrativa en materia técnica puede encontrarse en DESDENTADO DAROCA, Eva. 1997b. Los Problemas del Control Judicial de la Discrecionalidad Técnica (un Estudio Crítico de la Jurisprudencia). Madrid, Ed. Civitas S.A. En el mismo ámbito, relativo a materias de regulación de la libre competencia, CAMACHO CEPEDA, Gladys. 2004. Discrecionalidad Administrativa y Tarificación de los Servicios de Telecomunicaciones. Revista de Derecho Público. 66: 357-370.

principios, puede existir mucho más que una sola solución correcta o justa). Este tipo de discrecionalidad sería susceptible de controlarse judicialmente. Por el otro lado, en cambio, existiría una discrecionalidad de tipo fuerte (o de “política administrativa”) en la que los conceptos jurídicamente indeterminados tienen ribetes incuestionablemente políticos, y la Administración debe tomar su decisión echando mano a una multiplicidad de factores (frecuentemente extra-jurídicos), en miras de la satisfacción del interés general. En este caso, la sustitución de la decisión administrativa no sería sustituible por la del juez (por cuanto éste se estaría apartando de la función estrictamente judicial, entre otras razones)<sup>50</sup>. En doctrina chilena, CORDERO VEGA (siguiendo a PAREJO ALFONSO<sup>51</sup>) sugiere efectuar una distinción sustantiva entre la mayor amplitud de acción que otorgan a la Administración los conceptos jurídicos indeterminados, de un lado, y los ámbitos de discrecionalidad administrativa, por otro. Los primeros sólo darían pie a una “discrecionalidad cognitiva”, por cuanto en opinión del autor citado sólo dotarían a la Administración de una mayor libertad de interpretación; en tanto la segunda le concedería “discrecionalidad volitiva”, consistente en el libre arbitrio de actuación o decisión<sup>52</sup>. Si bien la distinción es similar a la planteada por DESDENTADO DAROCA (entre “discrecionalidad fuerte” y “débil”), y

---

<sup>50</sup> Al respecto, y por todos, Cfr. DESDENTADO DAROCA, Eva. 1997a. *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*. Pamplona, Ed. Arizandi. 514p.

<sup>51</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. 1998. *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I. Madrid, Ed. Ariel. 464p.

<sup>52</sup> CORDERO VEGA, Luis. 2002. *Los Hechos y los Supuestos de Hecho para el Ejercicio de Potestades Administrativas. Aplicación a un Caso Práctico*. *Revista de Derecho Público* 62.

sin duda goza de sustento analítico, desde el punto de vista netamente operativo estimamos parece estar destinada a desdibujarse. Ello es así por cuanto la Administración (sea en casos de discrecionalidad “cognitiva” o “volitiva”) siempre tendrá a su disposición modalidades de intervención respaldadas institucionalmente, y cuya ponderación en relación a derechos o intereses particulares no vendrá “dada” por el ordenamiento jurídico (como se ha visto), de manera que siempre será necesario examinar caso a caso las razones que inclinarían la balanza en uno u otro sentido. Para la Administración, la única diferencia entre un caso de discrecionalidad “cognitiva” y otro de discrecionalidad “volitiva” estará en la estrategia argumentativa que tendrá la Administración para justificar su actuación, por cuanto (advierte la doctrina) existen argumentos que son más fácilmente susceptibles de control (judicial) que otros. Dicho de otro modo, no es que el ordenamiento jurídico disponga de categorías normativas o institucionales que permitan distinguir sistemáticamente entre los dos tipos de discrecionalidad identificados por CORDERO, sino que lo que hay, simplemente, son casos en que la Administración deberá argumentar de una u otra manera dependiendo de las normas o principios que esgrima, según las particularidades del caso. En el fondo, la Administración siempre dispondrá de razones institucionales para proceder, y cualquier cuestionamiento vendrá dado sólo por una intervención posterior del particular (salvo que proceda un mecanismo previo de control preventivo, como la Toma de Razón, cuyo análisis, empero, supera los



propósitos de este trabajo). Es por eso que, sin necesidad de afirmar que la distinción entre discrecionalidad “cognitiva” y “volitiva” sea incorrecta, sí puede advertirse que, en la práctica, parece desdibujarse.

Por ende, en este ámbito tampoco puede decirse que el resultado de la interacción entre administrado y Administración esté zanjada de antemano normativamente, sea con acento en la “tradicición” o en la “realidad”, sea produciendo una actuación autónoma o intervenida de parte del órgano. Habrá entonces que estarse a la dinámica del procedimiento administrativo para determinar cómo es que los intereses en juego podrían equilibrarse o uno neutralizar al otro, si resultan excluyentes. Desde ya, y como cabe adelantar, la naturaleza del procedimiento administrativo parece ir mucho más allá de servir de barrera al poder del Estado frente al ciudadano: es también un mecanismo de toma de decisiones donde está en juego la forma en que se relacionarán Administración y administrado.

Con todo, y según se anunció, queda todavía un aspecto por examinar en respaldo de esta conclusión.

### 3.1.3. El principio de legalidad y la competencia de los órganos de la Administración: la habilitación legal previa y la actuación “intra ius”

Hasta ahora (en 3.1.1 y 3.1.2) se ha pasado revista, de manera bastante acotada, a los motivos por los cuales, en nuestra opinión, no cabe sostener que

la tensión (o equilibrio) entre “tradicición” o “realidad” esté resuelta siempre a nivel normativo. Una objeción natural que podría surgir tanto a la argumentación en base a principios como en los ámbitos de discrecionalidad administrativa, consiste en sostener que ambos casos podrían tratarse de un ejercicio de potestades (algo encubierto) más allá de lo permitido por la Carta Fundamental, en particular su Art. 7°. En otras palabras, bien podría sugerirse que ahí donde la Administración evoca principios para justificar su actuar, o bien se ampara en normas que autorizarían su discrecionalidad, podríamos estar en presencia de un abuso antijurídico de las competencias con que el Derecho limita el poder de la Administración.

De ese modo, podría argumentarse, las posibilidades de acción efectiva de parte de la Administración (y siguiendo el concepto más clásico del principio de legalidad) sólo pueden estar determinadas por ley, y de manera precisa. Cualquier ámbito que pudiera quedar entregado a la expansión del ámbito de competencia preestablecido (sea por vaguedad normativa, alusión a conceptos jurídicos determinados, etc.) debiera, en caso de duda, ser negado a la Administración (en función de la máxima según la cual en Derecho Público “sólo puede hacerse lo que está expresamente permitido”). Ello sería especialmente así en caso que la actuación administrativa pudiera amenazar derechos fundamentales, por cuanto ahí donde no existe habilitación legal previa para una “actuación autónoma” (único antecedente legítimo de las potestades

administrativas, según la tradición liberal), no existe fundamento alguno que justifique dicha actuación.

Sin embargo, podría responderse, al criterio de habilitación legal previa se le opone aquél que PANTOJA denomina el de “actuación *intra ius*”<sup>53</sup>, según el cual el propio texto constitucional contemplaría la existencia de actuaciones *sub legem*, es decir, consistentes en potestades o atribuciones implícitas o derivadas (y no detalladas de manera exhaustiva por la ley). Tal sería el caso (paradigmático) de la potestad reglamentaria autónoma que el Art. 32 N° 8 concede al Presidente de la República para “ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”. El profesor MORAGA KLENNER<sup>54</sup> también reconoce que ante una eventual indeterminación legal (sea producto de un vacío en la regulación, o del uso de conceptos jurídicos indeterminados), y no obstante dicha indeterminación, “las autoridades pueden y deben actuar en la vida del Derecho con unas atribuciones que son inherentes a la función y cometidos, que sí están expresados en la ley. Nos explicamos: resulta evidente que si la organización del servicio tiene uno o varios jefes, ellos cuentan con la facultad de dirigir, organizar y administrar el organismo o la estructura organizacional de que se trate; pueden, además, dictar órdenes o

---

<sup>53</sup> Vid. PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2009. La Relación entre Ley y Reglamento en el Derecho Chileno. Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado (20): 13-53.

<sup>54</sup> MORAGA KLENNE. 2008. Op. cit. pp. 318-319.

impartir instrucciones generales o especiales para el personal del servicio; deben poder informar con periodicidad al Presidente de la República y al Ministerio con el que se relacionan o dependen, acerca de la marcha de la institución; deben poder formular planes o programas que reflejen la política del Presidente de la República en el ámbito competencial de dicho órgano público; deben administrar los recursos materiales que se han puesto a disposición del servicio; deben poder vincularse material y técnicamente con otros organismos públicos dedicados a cumplir idéntica finalidad u objetivos o cuyas actividades incidan en el cumplimiento del objeto de aquél y, por último, deben poder difundir y publicitar los medios y formas como los particulares pueden acceder a las prestaciones que otorga el órgano en cuestión. Con lo anterior, parecieran existir atribuciones esenciales de los órganos públicos, no en el sentido de tratarse de atribuciones que se hallan expresamente establecidas en la ley y que únicamente corresponde ejercerlas al servicio público destinatario de ellas; sino que nos referimos a ciertas facultades o poderes que innegablemente pertenecen a un órgano público aun cuando ellos no se encontraren escritos, y que no pueden ser negados a partir de una justificación de legalidad formal”<sup>55</sup>.

Así, si bien es innegable que la vinculación de la Administración al Derecho debe ser absoluta (aun en hipótesis de discrecionalidad), bastaría que la actuación administrativa encontrara sustento en el marco legal que le es propio, atendida la naturaleza de sus funciones, sus finalidades, cometidos, etc., sin

---

<sup>55</sup> *Íbid.*

que sea necesaria una habilitación legal expresa y siempre y cuando se respeten los principios que rigen dicha actuación y las garantías de los particulares.

Sostener esta tesis no es postular, entonces, la admisión de zonas excluidas del ámbito del Derecho que habiliten a la autoridad administrativa para decidir por sí y ante sí qué ha de hacerse en el mundo administrativo, ni de justificar una razón de Estado que justifique el arbitrio de los órganos de la Administración. Más bien, la discusión y precisión del criterio determinante del principio de la juridicidad, en cuanto a si es el de la habilitación legal previa o el de la actuación dentro del orden jurídico, se reduce a establecer el criterio de aceptación de los reales márgenes de actuación que al día de hoy tiene la Administración Pública según la Constitución y la ley, en el Estado chileno de Derecho, atendidas sus características.

En suma, puede concluirse que en el ordenamiento jurídico chileno existen poderosas razones institucionales (todas reconocidas, de un modo u otro, en la Constitución) para respaldar tanto hipótesis de actuación autónoma como intervenida por parte de la Administración (mediante argumentos basados tanto en “tradicición” como en “realidad”, según el esquema que se ha propuesto), según las circunstancias, siendo el caso que el resultado de la ponderación de dichas razones no está resuelta (ni podría estarlo) *ex ante* por el legislador (especialmente, como es natural, en materia de principios y discrecionalidad

administrativa<sup>56</sup>). Por ende, la concreción de las pretensiones de administrado y Administración tendrá que verse en la arena del procedimiento, sea éste administrativo o judicial<sup>57</sup>.

### 3.2. Una mirada operativa: qué pasó, qué está en juego y qué hacer

La consecuencia que se desprende del análisis propuesto en los párrafos anteriores, consiste en sostener que para diagnosticar qué posibilidades efectivas tiene la Administración y el administrado de hacer valer sus pretensiones concretas en su ámbito recíproco de interrelación (i.e. el procedimiento administrativo), la batería de argumentos o razones institucionales que cada cual tiene a su haber para esgrimir tiene que ser

---

<sup>56</sup> En el mismo sentido, FERNÁNDEZ, Tomás. Loc. cit. pp. 201 y ss. Este autor plantea, acertadamente a nuestro parecer, que el problema de la actuación administrativa no radica en discutir acerca de “hasta qué punto” ésta se encuentra sometida a Derecho (ya que en todo ordenamiento que se precie ser “de Derecho”, esté inspirado en ideales liberales o social-demócratas, supone por definición la sumisión absoluta de la Administración al Derecho), sino sobre “*hasta dónde* puede llegar el Derecho” para zanjar el problema de “actuación autónoma” versus “actuación intervenida”. FERNÁNDEZ, no sin haber generado polémica en su medio, llega a una conclusión muy similar a la aquí propuesta al excluir la posibilidad de identificar respuestas *a priori* en el ordenamiento.

<sup>57</sup> En este trabajo sólo se hará referencia al procedimiento administrativo, que como se examinará, presenta características que lo hacen potencialmente más apto que la instancia contencioso administrativa para equilibrar adecuadamente los intereses y derechos en juego. Por de pronto, y como ya se ha ido en cierto modo anticipando, el procedimiento administrativo puede ser considerado lisa y llanamente como la manifestación concreta de la función pública. Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. 1997. Derecho Administrativo Español. El Acto y el Procedimiento Administrativos, Tomo III. Pamplona, Ed. Universidad de Navarra S.A. (EUNSA).

evaluada en el ámbito mismo del procedimiento. Es decir: tan importante como analizar qué argumentos son susceptibles de utilizarse para alcanzar la concreción de las pretensiones (actuación “autónoma” o “intervenida”) es enmarcar dicho análisis en el desenvolvimiento procedimental que tendrán dichos argumentos. Y ello es así porque tanto la *efectividad* como la *corrección* de las razones a utilizar no se encuentran garantizadas (ni previstas) en un ámbito que *no sea* el procedimiento (ya que el legislador no determina *ex ante* el resultado del encuentro entre Administración y administrado).

Siguiendo entonces el esquema propuesto en la Introducción de este trabajo<sup>58</sup>, hasta ahora (en lo que va de este primer capítulo) se ha pasado revista al apoyo institucional que tanto “tradición” como “realidad” ostentan en el ordenamiento jurídico chileno, subrayando que las posibilidades de que se produzca una actuación “autónoma” o “intervenida<sup>59</sup>” de parte de la Administración no vienen predeterminadas de antemano, de manera que un análisis más completo del tema exige insertar la problemática en la lógica y lineamientos del procedimiento (i.e. es necesario “ver qué resulta” del devenir propio de éste, donde efectivamente se ponderarán los intereses en juego).

En lo que queda del capítulo, correspondiente a esta sección, se propondrá un esquema de análisis que servirá para la referida contextualización

---

<sup>58</sup> Supra., p. 6.

<sup>59</sup> Acaso cabe recordar que aquí se entiende “no actuar” no como “inactividad”, sino como la alteración, modificación o neutralización de las pretensiones específicas de la Administración, en una situación concreta, producto de la intervención de un particular (por las vías procedimentales institucionales).

procedimental (por llamarlo de alguna manera) de la discusión, y que marcará la estructura de los capítulos siguientes. El segundo capítulo se enfocará en el objeto propio del procedimiento administrativo, consistente en el acto administrativo, de manera de analizar cómo los argumentos en apoyo de una actuación autónoma e intervenida de la Administración se cristalizan en torno al análisis de dicho concepto jurídico. En este punto, y también como se anunció, el análisis adoptará la óptica del administrado (es decir, se volcará la mirada en la obtención de una actuación intervenida), de manera que en el capítulo tercero se revisarán los argumentos sustantivos que, en el contexto del procedimiento administrativo de la LBPA, sirven para alcanzar dicha actuación intervenida. El cuarto y último capítulo estará dedicado a los aspectos específicamente procedimentales de la discusión, de manera de diagnosticar las contingencias o ventajas procedimentales (según sea el caso) que los argumentos analizados en el capítulo tercero pueden encontrar.

Pues bien, cabe entonces referirse a la estructura de análisis que, teniendo presente el ámbito procedimental de la discusión (equilibrio o tensión, según se quiera mirar) entre actuación autónoma e intervenida, estimamos conveniente seguir para un mejor estudio del problema.

El análisis parte de la premisa de que, en un caso concreto sometido al procedimiento administrativo, los intereses que Administración y administrado harán valer no son enteramente compatibles, de manera que, en mayor o menor medida, cada cual pretenderá que el otro modifique en algún grado (o



lisa y llanamente abandone) las pretensiones concretas que se han manifestado en el procedimiento. En el caso del administrado, este impulso se manifestará solicitando la iniciación de un procedimiento administrativo<sup>60</sup>, o bien impugnando<sup>61</sup> o solicitando la revocación<sup>62</sup> de un acto administrativo terminal.

Por ende, resulta inevitable que para la consecución de su pretensión el particular deba realizar un planteamiento estratégico acerca de qué pasos seguir para alcanzar el objetivo deseado, y es en dicho planteamiento que resulta indispensable la formulación de tres preguntas básicas (cuya respuesta orientará la estrategia), a saber, qué pasó, qué está en juego y qué hacer.

a) Qué pasó

Si bien pudiera malentenderse como una pregunta trivial, una adecuada narración de los *hechos* que darán sustento a las pretensiones que se harán valer es fundamental para que el resultado de la ponderación de los intereses en juego se incline a favor del particular. No es el propósito de esta investigación referirse a la interesante problemática que existe en torno a la relación entre el mundo fáctico y el jurídico<sup>63</sup>; baste con decir que la calificación jurídica que se le dará a los hechos que se harán valer no opera sobre los hechos “en bruto” sino sobre los enunciados que las partes hagan en relación a

---

<sup>60</sup> Art. 28 y ss. LBPA.

<sup>61</sup> Art. 59 LBPA.

<sup>62</sup> Art. 53 LBPA.

<sup>63</sup> Por todos (aunque tomando como esquema básico de análisis el procedimiento cognoscitivo civil de lato conocimiento), Cfr. TARUFFO, Michele. 2002. La Prueba de los Hechos. Madrid, Ed. Trotta. 544p.

los mismos dentro del procedimiento<sup>64</sup>. Así, en el foro de discusión mismo (y especialmente atendido a que en el procedimiento administrativo, es la propia Administración la que tomará la decisión formal que le ponga término) el clásico mecanismo de la subsunción del hecho a la norma se torna bastante más complicado, ya que más bien debería hablarse de la subsunción de la norma a lo que en el proceso se dijo (se narró) que había acontecido<sup>65</sup>.

Así, para los efectos que aquí interesan, es suficiente señalar que, en el contexto del procedimiento administrativo, es muy importante que la respuesta a la pregunta qué pasó esté respondida de una forma clara y funcional a los argumentos jurídicos de fondo que se esgrimirán.

b) Qué está en juego

Habiendo establecido “qué pasó”, se hace necesario preguntarse sobre qué versará la discusión a lo largo del procedimiento; o en otras palabras, cuáles serán las normas, principios y valores que (seguramente) saldrán a la palestra y

---

<sup>64</sup> *Ibid.* pp. 167 y ss.

<sup>65</sup> Lo cual va mucho más allá de un tema meramente probatorio, por cuanto lo que se prueba son los *datos* que han sido incorporados a la narración (de manera que los mismos datos pueden ser usados para valorar las cosas de maneras completamente diferentes, e igualmente verosímiles). En cambio, la carga valorativa implícita en la narración parece confundirse con la argumentación misma de la parte (o dicho de otro modo: no existe narración de los hechos inocente o indiferente a los intereses en juego). Esto es especialmente relevante desde el punto de vista de la Administración, puesto que una adecuada narración sobre “qué pasó” puede abrir más puertas de actuación administrativa, en la medida que dicha narración subraye los “hechos” que, al involucrar el interés público, fortalezcan los argumentos para propugnar una “actuación intervenida” de la Administración.

en torno a los cuales, si se quiere obtener una decisión favorable, deberá estructurarse la argumentación.

En el ámbito de la interacción entre Administración y administrado, lo que estará en juego para determinar si se optará institucionalmente (al concluir el procedimiento) por una actuación autónoma o intervenida puede tomar una infinidad de cauces. En algunos casos, será la validez del acto administrativo; en otros la falta a alguno de los principios que rigen la actuación del ente administrativo; o acaso el acento irá puesto en una diferente interpretación de ciertas normas según si fortalecen en mayor o menor medida las garantías individuales. Desde un punto de vista estrictamente operativo, el debate podría oscilar entre los extremos más variados: desde defectos formales de tramitación de un acto administrativo hasta consideraciones de justicia material o equidad (que, para bien o para mal, están presentes en buena parte de los argumentos que, día a día, se esgrimen en el foro). En el caso del procedimiento administrativo, la complejidad viene dada por el hecho que todo el referido espectro de argumentación puede, de alguna forma u otra, encontrar respaldo institucional. Así, el equilibrio (que tenderá hacia uno u otro lado en cada caso) tiene su lugar natural de establecimiento (institucional y discursivo) *en* el procedimiento administrativo.

Los capítulos segundo y tercero de este trabajo tienen por objeto, entonces, responder a la pregunta sobre qué está en juego, por cuanto explorarán el concepto de “acto administrativo” (en torno al cual rondarán, de una forma u

otra, los argumentos para una actuación autónoma o intervenida de la Administración) como los argumentos de impugnación del mismo (y que se pueden encontrar en diversos lugares del ordenamiento, mas principalmente en la Constitución).

Un análisis completo sobre lo que está en juego a la hora de modular (*en el procedimiento*) la interrelación entre Administración y administrado (y en este caso, con miras a que sea este último quien haga valer sus pretensiones) se vuelve entonces fundamental a fin de diagnosticar (en cada caso concreto) las posibilidades que cada uno tiene de ver sus pretensiones realizadas, modificadas o neutralizadas.

c) Qué hacer

Una vez que se tiene claridad en torno a qué pasó y qué es lo que estará en juego en el procedimiento administrativo, la siguiente pregunta a contestar es qué hacer para que las pretensiones que se harán valer efectivamente se concreten. Se trata entonces de una pregunta por las vías institucionales a seguir, y dentro de ellas, evaluar qué herramientas se pueden utilizar para alcanzar la decisión deseada (puesto que si no se toma el camino adecuado, por muy poderosas que sean las razones que respaldan referidas pretensiones puede no llegarse a buen término, como todo abogado litigante bien sabe). Es decir, ésta es una pregunta de estrategia procedimental.

Naturalmente, la primera decisión a tomar en el ámbito qué hacer es a quién recurrir. El administrado, conforme a la LBPA<sup>66</sup>, puede optar tanto por la vía administrativa como jurisdiccional. Sin perjuicio de examinar qué efectos produce una u otra opción más adelante<sup>67</sup>, aquí se partirá de la premisa que se opta por la primera.

El capítulo III de este trabajo, entonces, estará dedicado a la respuesta a esta pregunta y subrayará la importancia de las herramientas procesales para la consecución de la decisión favorable, más allá del peso de las razones de fondo que se esgriman. Responder a qué hacer implicará aspectos como qué tenor deben tener las solicitudes que se presenten a la Administración; quiénes pueden gatillar el procedimiento; análisis de las normas para evitar que el acto administrativo desfavorable (que se impugna) surta efectos inmediatos, y forzar a la Administración a pronunciarse dentro de los plazos legales; etc.

El referido análisis tendrá como trasfondo una reflexión en torno a la naturaleza, función y cometidos del procedimiento administrativo como mecanismo de modulación de la relación entre Administración y administrado, y vía institucionalmente idónea (y *más* idónea que otros caminos) para alcanzar soluciones socialmente óptimas a las situaciones que se plantean en el procedimiento.

En definitiva, teniendo claridad y profundidad en el análisis de qué pasó, qué está en juego y qué hacer podrá accederse a un mejor diagnóstico sobre las

---

<sup>66</sup> Art. 54 LBPA.

<sup>67</sup> Capítulo III

posibilidades que las fuerzas a favor de una actuación autónoma y a favor de una intervenida tendrán en concreto, en vista a que el problema no puede ser resuelto *ex ante* mediante una reflexión puramente normativa.

## CAPÍTULO II

### *Qué está en juego. El objeto del problema: el acto administrativo*

Ya que el problema de cómo modular la tensión entre las pretensiones por una actuación autónoma o intervenida de la Administración lo hemos trasladado directa y exclusivamente al procedimiento administrativo, lo natural es que el objeto esencial del acto administrativo, constituya un primer (y fundamental) vértice de análisis, por cuanto la propia idea del procedimiento administrativo depende, en definitiva, de lo que se pueda decir acerca del referido acto, y la discusión del primero ha de girar, siempre, en torno al segundo<sup>68</sup>. Por consiguiente, interesa aquí detenerse en dos cuestiones fundamentales.

---

<sup>68</sup> Por de pronto, y aun de manera independiente a lo que se pudiera sostener desde un punto de vista doctrinario, la propia ley positiva (LBPA) define al procedimiento administrativo *en torno* al concepto de acto administrativo, al establecer (Art. 18) que se entiende por aquél “una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un **acto administrativo terminal**” (énfasis agregado). La Ley de Procedimiento de la República Federal Alemana (de 1976), por su parte, lo define (Art. 9) como aquella “actividad administrativa con eficacia extrema, que se dirige al examen, preparación y emisión de un acto administrativo o a la conclusión de un convenio jurídico público, incluyendo la emisión del acto administrativo o la conclusión de un convenio”. En fin, una definición doctrinal autorizada de Derecho Comparado lo define como un “sistema lineal de actos emanados de

La primera, repasar (brevemente) el concepto de acto administrativo que la doctrina (nacional y comparada) y jurisprudencia han ido elaborando y sosteniendo en el tiempo, examinando sus elementos (normalmente traídos de la teoría del acto jurídico de Derecho Privado)<sup>69</sup> y sus caracteres.

Y la segunda, analizar de qué manera el concepto de acto administrativo (con sus elementos y caracteres) refleja la tensión (o equilibrio) entre “tradición” y “realidad” que describimos al inicio de este trabajo (y que nos ha acompañado a lo largo del mismo), para así concluir que la discusión sobre el acto administrativo es *parte también* de la discusión sobre “actuación autónoma” y “actuación intervenida”, que se debate entre “tradición” y “realidad”.

## 1. El concepto de acto administrativo

El Art. 3º de la LBPA conceptualiza al acto administrativo de la siguiente manera:

“Artículo 3º. Concepto de Acto administrativo. Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos.

---

un poder público, y, en su caso, también de uno o más particulares que intervienen como interesados o con otro carácter distinto, y que tiene por finalidad producir, con sometimiento pleno a la ley al derecho, un acto o una norma administrativos, o ejecutar, de esa misma manera, un acto ya producido”.  
En: GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. Loc. cit. p. 492.

<sup>69</sup> GORDILLO, Agustín. Loc. cit.



Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones.

El decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro "Por orden del Presidente de la República", sobre asuntos propios de su competencia.

Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión.

Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.

Las decisiones de los órganos administrativos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente.

Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa

dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”.

Así, MORAGA KLENNER (y muy de cerca a la definición legal) lo define como “una decisión formal que emite un órgano de la administración del Estado, en el que se contienen declaraciones de voluntad, de dictamen o de juicio, constancia y conocimiento, y que se realiza en el ejercicio de una potestad pública o dentro de la competencia que le ha atribuido la CPR [Constitución Política de la República] o la ley, respectivamente”<sup>70</sup>. A su turno, SILVA CIMMA señala que un acto administrativo es “una declaración de voluntad general o individual de un órgano administrativo emitida en función de una potestad o competencia administrativa, y por la cual se deciden o emiten juicios sobre derechos, deberes o intereses de las entidades administrativas, o de los particulares respecto de éstos”<sup>71</sup>; mientras que CALDERA DELGADO afirma que se trata de una “exteriorización unilateral de competencia por parte de un órgano administrativo en ejercicio de potestades jurídicas administrativas, para alcanzar los fines públicos específicamente cometidos al órgano”<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> MORAGA KLENNER, Claudio. 2008c. La Actividad Formal de la Administración del Estado. En: PANTOJA BAUZÁ, Rolando (coord.). Derecho Administrativo Chileno. México D.F., Porrúa. pp. 190-191. Agrega este autor la útil aclaración de que la definición general de la LBPA incluye tanto a los actos unilaterales como a los contratos administrativos.

<sup>71</sup> SILVA CIMMA, Enrique. 1995. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes. Santiago, Ed. Jurídica de Chile. pp. 26.

<sup>72</sup> CALDERA DELGADO, Hugo. 1981. El Acto Administrativo, legalidad, efectos e impugnación. Santiago, Ed. Jurídica de Chile. p. 45.

Finalmente, en el ámbito de su jurisprudencia administrativa, la CGR ha establecido<sup>73</sup>:

“Debe entenderse por acto administrativo toda declaración de voluntad general o particular de un órgano administrativo, en función de una potestad administrativa y que tiene por finalidad decidir o emitir juicios sobre derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de particulares frente a él.

Para que estemos en presencia de un acto administrativo se requiere lo siguiente: 1.- que exista una declaración de voluntad; 2.- que dicha declaración emane de un órgano administrativo; 3.- que el órgano emisor sea competente para expedirla; 4.- que el acto implique una decisión tendiente a producir un efecto jurídico; 5.- que recaiga tanto en derechos, deberes o intereses de las entidades administrativas o sobre derechos y deberes de particulares frente a la Administración”<sup>74</sup>.

Como puede apreciarse, la LBPA ha optado por una definición<sup>75</sup> de carácter más bien formal (lo cual ha generado tanta aceptación como reparos en la

---

<sup>73</sup> Ver además Dictamen N° 25913 de 1965; N° 45191 de 2004; N° 7941 de 2006; N° 15643 de 2007; N° 48334 de 2008; N° 60490 de 2008; N° 24853 de 2012; N° 48881 de 2012, entre otros.

<sup>74</sup> Dictamen N° 5380 de 2000. Claramente, el órgano contralor se ha inspirado en la definición del profesor SILVA CIMMA.

<sup>75</sup> Sintetizando los elementos de la norma, puede afirmarse que a la luz de la LBPA el acto administrativo es “una decisión formal que emiten los órganos de la Administración del Estado en la cual se contienen declaraciones de voluntad, juicio, constancia o conocimiento, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”.

doctrina nacional<sup>76</sup>), pero que en general abarca los elementos y caracteres básicos que, doctrinaria y jurisprudencialmente, ya venían siendo recogidos en el ámbito nacional. Efectivamente, la definición que inspira la LBPA recoge la corriente que SANTAMARÍA PASTOR denomina “privatista” del acto administrativo<sup>77</sup>, por cuanto aplica las categorías del negocio jurídico privado también a la actuación administrativa, y que se centra en el acto administrativo terminal (es decir, en la declaración de voluntad efectiva, mas no en su formación)<sup>78-79</sup>.

---

<sup>76</sup> Los reparos provienen de los defensores de la teoría denominada “objetiva” del Derecho Administrativo que, con raíces en doctrinas de Derecho Natural, propugna un concepto *sustancial* de acto administrativo. Por todos, vid. SOTO KLOSS, Eduardo. 2003. La Noción del Acto Administrativo en el Derecho Chileno, una Perspectiva Sustancial. En: Ley N° 19.880 sobre Procedimientos Administrativos. Santiago, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás. pp. 33-44. La definición propuesta desde esta perspectiva la esboza su autor de la siguiente manera: “una ordenación racional unilateral emitida por un sujeto en ejercicio de función administrativa, que, destinada a satisfacer una necesidad pública concreta, produce efectos jurídicos directos” (p. 36). Los elementos clave de la definición (que le darían su carácter de “sustancial”) son los de “ordenación racional” y “necesidad pública concreta”, por cuanto le añadirían una exigencia de consistencia a los valores básicos contenidos en la parte dogmática de la Constitución (y en el Derecho en general, según esta corriente).

<sup>77</sup> SANTAMARÍA PASTOR. 2002. Loc. cit. p. 128 - 129. La definición privatista se entiende pertenecer a Guido ZANOBINI (“toda manifestación de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa”, citado por el mismo *Ibid.*).

<sup>78</sup> En oposición a la corriente “procesalista” francesa que extiende la noción de acto administrativo a prácticamente todo el actuar administrativo (lo cual obedecía, al momento del origen de esta conceptualización, a la necesidad de excluir a los jueces civiles de la competencia de lo contencioso administrativo). La concepción procesalista también se encuentra consagrada en España (Art. 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, que regula la jurisdicción contencioso-administrativa). Cfr. *Ibid.* Sin embargo, PARADA subraya que la jurisprudencia española ha tendido a rechazar la impugnación de actos administrativos

En doctrina comparada (y particularmente española, de la cual la chilena es en no menor medida tributaria), y debatiéndose entre una postura procesalista y privatista, se han pronunciado numerosos autores.

GARCÍA DE ENTERRÍA lo define como “todo acto jurídico dictado por la Administración y sometido al Derecho Administrativo”<sup>80</sup>. PARADA, siguiéndolo, lo considera como “el dictado por un poder público en el ejercicio de potestades administrativas y mediante el que impone su voluntad sobre los derechos, libertades o intereses de otros sujetos público o privados, bajo el control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”<sup>81</sup>.-

Finalmente, GONZÁLEZ NAVARRO entiende este concepto (empero forzado por el tenor de la regulación española, como él mismo advierte) como el “acto jurídico de un poder público sujeto al derecho administrativo, de carácter unilateral y no normativo”<sup>82</sup>. Como puede apreciarse, este autor opta por una tesis bastante más restringida del acto administrativo, por cuanto al subrayar su carácter unilateral estaría excluyendo la contratación administrativa de la categoría. Con todo, el mismo reconoce la posibilidad de adoptar hasta tres

---

distintos de los terminales, con ciertas excepciones. Vid. PARADA. R. 2000. Loc. cit. pp. 93-94.

<sup>79</sup> Donde de hecho, cabe recordar, el Art. 15 inciso 2° de la LBPA excluye la posibilidad de impugnar los actos “de mero trámite”, salvo que pongan término al procedimiento o produzcan indefensión.

<sup>80</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 2004. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I. 12ª Ed. Madrid, Ed. Civitas. p. 533.

<sup>81</sup> PARADA, Ramón. 2000. Loc. Cit. p. 95.

<sup>82</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. Op. Cit. p. 390.

conceptos diferentes de acto administrativo, a saber, (i) un concepto amplio, según el cual el acto administrativo sería sinónimo de acto jurídico de la Administración (incluyendo por tanto los actos bilaterales, y aún los sometidos al Derecho Privado, con tal de que emanen de la Administración y produzcan efectos jurídicos); (ii) un concepto intermedio, en el que el acto administrativo designaría un acto jurídico de la Administración de tipo unilateral, no normativo, y sujeto al Derecho Administrativo (tal es el concepto que recogería la ley española); y (iii) un concepto restringido, que incluiría solo las decisiones o resoluciones administrativas que contienen una manifestación de voluntad y que gozan de sus caracteres (que veremos más adelante) de ejecución forzosa, fuerza obligatoria, etc.<sup>83</sup>

En este sentido, y en conformidad a lo expuesto en el párrafo precedente, el concepto de la LBPA estaría en una posición ambigua entre la intermedia y la restringida, por cuanto si bien de la definición aislada del inciso 2° de su Art. 3° pareciera desprenderse que el acto administrativo se extiende a cualquier decisión de la Administración (sea terminal o de trámite), el Art. 15, al restringir el principio de impugnabilidad a los actos terminales, pareciera apuntar sólo a éstos como genuinos actos administrativos.

Cabe destacar que la ambigüedad de esta norma se genera en la siguiente interpretación de la misma: (a) Que No todos los actos administrativos están sometidos a control por parte de los particulares, lo cual podría ser objeto de

---

<sup>83</sup> *Íbid*, pp. 388-399.

reparos de constitucionalidad, especialmente al tenor del Art. 38 inciso 2° de la Carta Fundamental; o (b) que los actos de mero trámite no son “genuinos” actos administrativos, o que lo son sólo en la medida que tiendan a producir efectos jurídicos inmediatos o consolidar situaciones jurídicas, como ocurriría con los actos trámite que hacen imposible seguir adelante con el procedimiento, o que producen indefensión.

Sobre esta problemática llama poderosamente la atención un fallo relativamente reciente de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago<sup>84</sup>, en el que se declaró que un oficio del Director Jurídico de la municipalidad, dirigido al Director de Administración y Finanzas, *no podía* ser impugnado con arreglo al Art. 141 de la LOCM, en circunstancias que dicha norma dispone que el reclamo procede “en contra de las resoluciones u omisiones ilegales de la municipalidad dictadas por el alcalde o por sus funcionarios”. A diferencia de la LBPA, el procedimiento administrativo especial de la LOCM<sup>85</sup> no establece expresamente el carácter no impugnable de cierto tipo de actuaciones (más todavía si contempla la impugnabilidad de los actos emanados de funcionarios distintos del alcalde, quien es el funcionario competente para la dictación de la mayoría de las actuaciones municipales que afectan a terceros particulares). Entonces, la Corte parece suponer (ya que no lo explicita en el fallo) que ciertos

---

<sup>84</sup> Sentencia de 2 de julio de 2008, Rol N° 9204-2007. ID Legal Publishing N° 39606.

<sup>85</sup> Que excluye la aplicación de la regla del Art. 15 de la LBPA, en atención al carácter supletorio (Art. 1° LBPA) de ésta y, claramente, no establece (literalmente) actuaciones que no fueren susceptibles de reclamación municipal.

actos de funcionarios municipales no califican de “resolución”, independiente de si contienen o no una declaración de voluntad (en la especie, el oficio impugnado establecía la obligación del recurrente de pagar patente municipal). Por ende, existiría en nuestra jurisprudencia (pese a todo lo que se ha escrito sobre la validez de los actos administrativos, y su correspondiente anulabilidad) indicios de una visión *restringida* del acto administrativo.

Sin embargo, la Excm. Corte Suprema (empero en el ámbito de la acción de protección del Art. 20 CPOL) ha reconocido hipótesis en las cuales el mero acto trámite, en tanto produzca una situación de perturbación, privación o amenaza de los derechos garantidos por la citada norma, sí son susceptible, al menos, de ser atacadas por vía de protección<sup>86</sup>. El razonamiento de la Corte apunta a afirmar que no cabe atender a la denominación o naturaleza procedimental del acto cuestionado, sino más bien a los efectos concretos que produce. El caso se trataba de un “acta de constatación de hechos” emitida por la Inspección del Trabajo que, en una situación de subcontratación laboral, consideraba a los trabajadores como dependientes de la empresa contratista, conminando a ésta a escriturar los contratos de trabajo dentro de 5 días. En primera instancia, la Corte de Apelaciones de Temuco<sup>87</sup> había establecido que: “(...) no se observa en ellos ilegalidad ni arbitrariedad alguna, toda vez que constituyen el ejercicio propio de la labor fiscalizadora que el legislador atribuye

---

<sup>86</sup> Sentencia de 30 de junio de 2008, Rol 3014-2008. ID Legal Publishing N° 39280.

<sup>87</sup> Sentencia de 23 de mayo de 2008, Rol 373-2008.



a la Inspección del Trabajo; de manera que las señaladas actas no constituyen una resolución, sino una declaración que constata una serie de hechos que se comunica a la empresa fiscalizada, lo que dista de constituir una calificación jurídica, propio y excluyente de la labor jurisdiccional, como alega el recurrente” (Considerando 2°).

Sin embargo, conociendo de la apelación del recurso, la Corte Suprema replicó que: “la lectura de las actas en cuestión pone de manifiesto que en ellas se contienen dos decisiones de evidente sentido jurídico, puesto que, por una parte, ambas consideran al dueño de la obra, empresa o faena esto es, a la Pontificia Universidad Católica de Chile, Corporación de Televisión como empleadora de los trabajadores comprendidos en el proceso de fiscalización; y, por la otra, la segunda, conmina a la mencionada empresa para que “corrija tal situación , dentro de un plazo de 5 días, “escribiendo los contratos de los trabajadores nominados , bajo apercibimiento de aplicación de multas; 5°) Que los antecedentes enunciados sugieren a estos sentenciadores dos órdenes de consideraciones.

La primera de ellas estriba en que la naturaleza jurídica de un determinado acto se define por sus rasgos esenciales y por los efectos o consecuencias que de él emanan y no por el nombre o denominación que le sean atribuidos por quienes lo emiten.

A partir de esta premisa, la llamada “acta de constatación de hechos , más que una mera comprobación o certificación de situaciones fácticas

preexistentes idónea para emplearse como medio de prueba con miras a adoptar una decisión posterior en los términos previstos por el artículo 23 del D.F.L. N° 2 de 1967 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social configura intrínsecamente una resolución que acarrea, como ya se insinuó en el fundamento anterior, una profunda transformación en el régimen de contratación de la actora y de su empresa contratista, en cuanto, al estimarse a la primera como la auténtica empleadora de los trabajadores de ésta última y obligarla a corregir el régimen existente sobre la materia se le está ordenando contratar a esos trabajadores, desconociéndose con ello el vínculo contractual que los liga con la contratista, el que, como resultado de semejante determinación, quedaría extinguido y lo propio habría de ocurrir con el contrato sobre prestación de servicios pactados entre la Universidad Católica de Chile, Corporación de Televisión y esa misma empresa contratista.

Enseguida, cabe consignar que, para los efectos de apreciar la procedencia de la acción cautelar formulada en autos, no importa tanto centrar el interés en la naturaleza preparatoria o terminal de los actos que se impugna, cuanto en su condición de ser antijurídicos e idóneos para causar agravio, en grado de privación, perturbación o amenaza a derechos o garantías fundamentales cuyo legítimo ejercicio se resguarda por medio de dicho mecanismo de amparo, instituido en el antes citado artículo 20 de la Constitución Política de la República” (Considerandos 4° y 5°).

Por consiguiente, no puede considerarse que la discusión esté cerrada respecto de este ámbito. Naturalmente, las razones para adoptar una y otra postura, en cuanto a la amplitud del concepto de acto administrativo, pueden enmarcarse dentro de consideraciones en torno a “tradicición” y “realidad”:

- a) Por un lado, podría argumentarse que ante la posibilidad de alcanzar dos interpretaciones plausibles de las normas en juego, el intérprete debería optar por aquella que reforzara en mayor medida los derechos y garantías individuales del ciudadano. En este caso, mirar no tanto a la faz procedimental del acto (terminal o de mero trámite) sino a los efectos lesivos que pudiera producir, implica dotar de un mayor ámbito de control y protección de garantías al ciudadano, permitiéndole oponerse a un espectro más amplio de actuaciones administrativas que pudieran lesionarlo de manera antijurídica. En tal sentido, la CGR ha establecido que, tratándose de normas de Derecho Público, éstas debían ser interpretadas de manera amplia (o por analogía) si éstas concedían derechos (o mayores derechos) al particular; en cambio, aquéllas que se refirieran a las atribuciones o competencia de la Administración, o que limitaran los referidos derechos, deben interpretarse de manera restrictiva<sup>88</sup>. En respaldo de esta argumentación sin duda se citaría el Art. 7° y 38° inciso 2° CPOL, junto al conjunto de normas y principios que

---

<sup>88</sup> Así lo ha reconocido ampliamente la jurisprudencia administrativa. Ver Dictámenes de la CGR N° 39.500 de 2010; N° 42.304 y 23.210 de 2009; N° 29.566 de 2003; N° 25.514 de 2001.

consagran el principio de juridicidad e impugnabilidad de los actos administrativos, y que apuntan, en definitiva, a una “actuación intervenida” de la Administración esgrimiendo bienes jurídicos que, sin duda, están efectivamente reconocidos por el ordenamiento y que son objeto de la más alta protección.

- b) Por otro lado, también podrían darse razones de marcado interés público para optar por la interpretación que restrinja la impugnabilidad estrictamente a los actos administrativos terminales, tal y como señala el tenor literal de la LBPA. Dado que la Administración, por mandato constitucional, está obligada a propender a la mayor realización espiritual y material posible de sus miembros, y para ello debe estar en condiciones de ejecutar sus planes, políticas y programas de manera regular y continua (a la luz de los principios de eficacia y eficiencia), pudiera afirmarse que sería preferible no entorpecer innecesariamente la labor administrativa antes de que ésta se manifieste como una decisión formal con fuerza autoejecutiva. Desde el punto de vista de la ponderación de los intereses colectivos (que busca proteger el actuar de la Administración) versus el interés privado que esgrimiera un eventual afectado, una posible paralización del procedimiento administrativo (provocada por la impugnación de un acto trámite, que es susceptible de llegar incluso a la Corte Suprema) terminaría por privar de manera anticipada a los futuros (y eventuales) beneficiarios de los efectos del

acto impugnado. Desde tal perspectiva, esperar a la dictación del acto administrativo terminal antes de incoar la respectiva acción administrativa parecería tener un mayor sustento para la satisfacción de intereses colectivos, por cuanto un particular no debería ser capaz de inhibir de manera tan radical y anticipada a la actividad administrativa en posible perjuicio de sus conciudadanos.

Como puede desde ya vislumbrarse, la opción por un concepto amplio o restringido de acto administrativo no es en absoluto neutra para efectos de equilibrar la atención entre “tradición” y “realidad”, donde lo que está en juego, en definitiva, es la decisión respecto del mayor o menor margen que tendrá la Administración para actuar en la vida pública.

Y asimismo, nuevamente, y *pese* a que la ley chilena pareciera inclinarse por una definición del acto administrativo restringida al acto terminal, la mera letra de la ley no parece ser suficiente como para zanjar, *ex ante*, esta problemática. La prevalencia de una “actuación autónoma” o una “intervenida”, entonces, nuevamente queda echada al devenir argumentativo del procedimiento (administrativo o jurisdiccional).

Y es que, como se verá a continuación, son los propios elementos y características del acto administrativo los que traen consigo la semilla para la argumentación en uno u otro sentido, sin prejuzgar la importancia o peso relativo de cada uno de tales componentes.

2. La tensión actuación autónoma / actuación intervenida se manifiesta en la propia caracterización doctrinaria y jurisprudencial del acto administrativo

Como se ha podido observar, del análisis de párrafos anteriores, las normas positivas que regulan la interacción entre Administración y administrados no prejuzgan el resultado de la ponderación de los intereses en juego (de manera que no es posible, *ex ante*, determinar normativamente si ante un eventual conflicto uno u otro saldrá airoso de la contienda).

Entonces, y como cabría esperar, resulta inevitable que, a partir de los elementos constitutivos del acto administrativo, tampoco sea posible dirimir con anticipación hacia dónde tendería la decisión que viniera a resolver el conflicto. O dicho ya en términos estratégicos: los elementos existentes en la legislación (como asimismo, aquéllos acuñados por la doctrina) para conceptualizar el acto administrativo ofrecen al operador, sea en pos de una actuación autónoma o intervenida, herramientas muy poderosas de argumentación para inclinar la balanza en uno u otro sentido.

Ahora bien, y como se intentará demostrar a continuación (siguiendo esta línea de análisis), tales herramientas no son neutras. Efectivamente, ciertos elementos del acto administrativo tienden hacia una actuación autónoma de la Administración; mientras que otros tantos usualmente servirán para propiciar una actuación intervenida.

Curiosamente, y acaso no por coincidencia, la doctrina suele referirse por separado a dos aspectos de suyo relevantes en relación al acto administrativo; a saber, los caracteres del acto administrativo (presunción de legalidad, imperio y exigibilidad), por un lado; y los requisitos de validez del mismo, que en general se incluyen, con mayor o menor énfasis, en la definición del concepto (competencia, procedimiento, legalidad y fundamentación<sup>89</sup>). A partir del análisis de cada uno de ellos (incluyendo, naturalmente, su utilización por la jurisprudencia), podrá observarse de qué manera cada cual es funcional a una actuación autónoma o intervenida por parte de la Administración.

#### 2.1. Hacia una actuación autónoma: presunción de legalidad, imperio y exigibilidad (autotutela ejecutiva)

A partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880, quedó establecido positivamente en el ordenamiento jurídico chileno que los actos administrativos se encuentran, desde el momento de su entrada en vigencia, premunidos de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad. A tal efecto, el Art. 3° inciso 8° de la referida ley dispone:

“Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que

---

<sup>89</sup> Todo lo cual, y según se explicará, ha sido sintetizado doctrinariamente (en general) como juridicidad.

mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”.

Con todo, los referidos atributos ya se encontraban postulados, de alguna u otra forma, por la doctrina y la jurisprudencia administrativa. Cabe entonces referirse a cada uno de los elementos (o “caracteres”) señalados, su contenido y tratamiento doctrinario y jurisprudencial, para evaluar, seguidamente, de qué manera resultan altamente funcionales a la “actuación autónoma” de la Administración del Estado.

#### 2.1.1. La presunción de legalidad

La presunción de legalidad de los actos administrativos es un privilegio consistente en establecer una legitimidad *iuris tantum*<sup>90</sup>, o provisoria, que en la medida que no sea desvirtuada por una decisión de autoridad –emanada de un procedimiento impugnatorio administrativo, o jurisdiccional contencioso administrativo-, permite su cumplimiento y ejecución<sup>91</sup>.

Se trata, por tanto de una presunción simplemente legal. Su fundamento, sobra decirlo, se encuentra en la necesidad inexorable de impedir la paralización de la actividad administrativa en sede judicial, como asimismo, la circunstancia que (en un Estado democrático de Derecho) la Constitución y la

---

<sup>90</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. 2004. Op.cit., p. 568.

<sup>91</sup> MORAGA KLENNER, Claudio. 2008b. Op. cit. p. 198.



ley contemplarían garantías suficientes a los administrados para hacer valer sus derechos en caso de estimarlos infringidos<sup>92</sup>. Corresponde, además, a uno de los aspectos en que la teoría del acto administrativo tributa de la teoría general del acto jurídico (de Derecho Privado), conforme a la cual un acto se entenderá nulo sólo en la medida que así sea declarado por sentencia judicial ejecutoriada (de manera que, más que de actos nulos, cabría hablar únicamente de actos anulables)<sup>93</sup>.

Sin embargo, cabe notar que una “presunción de legalidad” encierra una suerte de inconsistencia desde el punto de vista de las reglas generales del *onus probandi*. Y es que, normalmente, la carga de la prueba se entiende referida a la demostración y acreditación de los *hechos* (no del Derecho) sobre los que, en el ámbito de un procedimiento reglado (administrativo o jurisdiccional), versará la decisión que pondrá fin al conflicto entre las pretensiones de las partes. Así, si una de ellas esgrime la aplicación de una norma (que de entenderse de la manera propuesta por dicha parte, le daría la victoria en el procedimiento que se trate), normalmente deberá acreditar la existencia y concatenación de los supuestos de hecho a los que dicha norma atribuye consecuencias jurídicas.

---

<sup>92</sup> El fundamento de la garantía suficiente ha sido criticado por la doctrina, particularmente de aquellas jurisdicciones donde, estiman los autores, no es efectivo que las garantías de las personas se cumplan efectivamente en la práctica, dando a la Administración un margen inusitado de arbitrariedad. Al efecto, Cfr. GORDILLO, Agustín. Log. Cit pp. 150-151.

<sup>93</sup> Vid. DROMI, José Roberto. 1983. Instituciones de Derecho Administrativo. 2ª Ed. Buenos Aires, Ed. Astrea. pp. 201-211.

A este respecto, podemos señalar que, si del supuesto *X* la norma deriva la consecuencia *Y*, entonces debe aportarse al proceso la evidencia necesaria para sostener que, en el caso particular, es el caso que *X*. Cuando el legislador establece una presunción, entonces, se releva a la parte la carga de afirmar la existencia de *X*, normalmente sustituyéndola por la acreditación de otro supuesto de hecho de más fácil acreditación, donde la estructura de la norma suele ser “si es el caso que *X*, entonces se entenderá que ha acontecido *Y*”, en circunstancias que existe otra norma que establece “si es el caso que *Y*, entonces *Z*”. Normalmente, entonces, suele ocurrir que *X* es más sencillo de probar que *Y*.

Un claro ejemplo puede encontrarse en el Art. 18 del Decreto Ley N° 824 de 1974, Ley de Impuesto a la Renta, el cual presume que el enajenante de acciones de sociedades anónimas es un vendedor habitual (donde los “no habituales” están sometidos a un régimen especial de tributación) si es el caso que entre la adquisición de las acciones y su ulterior enajenación ha transcurrido menos de un año. Así, la norma original establece que si es el caso que *Y* (el vendedor es habitual) entonces se seguirá *Z* (se aplicará un régimen determinado de tributación), y la presunción (en este caso, facilitándole las cosas al Fisco) consiste en establecer que si es el caso que *X* (transcurrió menos de un año entre que el vendedor adquirió las acciones y el momento de la venta posterior) entonces se entenderá haber acontecido *Y* (el vendedor es

habitual). Probar el transcurso de un plazo, entonces, es claramente más sencillo que acreditar que una persona (natural o jurídica) es habitual en la realización de ciertas operaciones.

El Derecho, sin embargo, no se entiende comprendido dentro de la exigencia probatoria que pesa sobre las partes (en la medida que, según lo establece el Art. 7° del Código Civil, una vez publicada la ley se entiende conocida por todos, siendo obligatoria sin excusas), como tampoco la “legalidad” de una actuación. El debate sobre la legalidad surge cuando acreditada que sea la actuación o acto, existan diferencias entre las partes respecto de si dicha actuación se encuentra o no calificada de cierta manera por las normas jurídicas. Como puede apreciarse, un argumento de ilegalidad tiene (a lo sumo) como presupuesto la acreditación de las circunstancias de hecho en que se basa, pero en definitiva no puede identificarse con la carga de la prueba, sino simplemente con la efectividad de la argumentación jurídica (normativa) en el procedimiento que se trate. Y dicho debate, naturalmente, no puede ser clausurado a priori por el ordenamiento jurídico so pena de vulnerarse el derecho constitucional a la defensa jurídica<sup>94</sup>.

Y es el caso que –de manera bastante habitual- la doctrina tiende a confundir en este aspecto el lenguaje de la prueba con el lenguaje de la validez. Por ejemplo, BOCANEGRA SIERRA sostiene:

---

<sup>94</sup> Art. 19 N° 3 Constitución Política de la República.; y en materia de la actuación de los órganos del Estado, Art. 38 inciso 2° Constitución Política de la República.

“Debe destacarse que la regla de la presunción de validez de los actos administrativos sirve también para que la Administración pueda hacer uso de sus poderes de ejecución forzosa sin necesidad de tener que **probar** la conformidad a Derecho de los actos que pretende ejecutar o, dicho de otro modo, permite su ejecutoriedad sin necesidad de esa **prueba de validez**<sup>95</sup>” (sin énfasis en el original).

Como puede apreciarse, o bien se confunde la obligación de probar los supuestos de hecho de una pretensión con la de justificar legalmente la misma; o bien se pretende eximir a la Administración de fundamentar legalmente los actos que dicta. Ninguna de dichas posibilidades es aceptable.

Por consiguiente, cabe preguntarse cuál sería el significado práctico de la presunción de legalidad de los actos administrativos. A este respecto –y es aquí donde puede advertirse la paradoja- existen únicamente dos posibles interpretaciones, donde una es derechamente inconstitucional; y la otra condena a la presunción de legalidad a un mero énfasis metafórico (con consecuencias prácticas, mas no estrictamente normativas):

Por una parte, y dado que la presunción de legalidad no tiene que ver con el *onus probandi*, una posible explicación sería, simplemente, asumir que cualquier alegación de ilegalidad no podría ser oída en el procedimiento administrativo, sino sólo en sede judicial. Si así se entendiera, entonces sería lícito para la Administración, conociendo del procedimiento administrativo, no

---

<sup>95</sup> BOCANEGRA SIERRA, Raúl. 2004. Lecciones sobre el Acto Administrativo. 2ª Ed. Madrid, Thomson Civitas, p. 110.

dar lugar a ninguna petición (por causa de ilegalidad de un acto) amparándose en que el acto se presume válido, y que sólo un juez puede decretar lo contrario. Ello sería así puesto que presumir legalidad implica presumir que cualquier argumento de ilegalidad (de carácter necesariamente normativo, independientemente de la acreditación de los supuestos de hecho sobre los que se sustenta) debe ser rechazado. Tal podría ser la consecuencia de sostener, como parece hacerlo BOCANEGRA SIERRA, que la Administración no estaría obligada a “probar la validez” de sus actos –o lo que es lo mismo, no estaría en la obligación de hacerse cargo de los argumentos de ilegalidad del particular-.

Claramente, semejante postura no sólo atentaría contra los principios elementales del procedimiento administrativo –como el de impugnabilidad-, sino que conllevarían a un actuar manifiestamente inconstitucional de parte de la Administración. Como sea que se interprete el contenido efectivo de la presunción de legalidad, la conclusión no puede consistir en la imposibilidad del administrado (sea en sede judicial o administrativa) para hacer valer sus pretensiones, ni en la imposibilidad de la Administración de revocar sus propios actos cuando han sido dictados con infracción a las normas legales<sup>96</sup>.

La segunda posibilidad de dotar a la presunción de legalidad de un contenido real consistiría en interpretarla como una mayor exigencia argumentativa para quien afirme la ilegalidad de un acto administrativo. Abstractamente formulado, resulta razonable sostener que –en vista de los fines

---

<sup>96</sup> Art. 52 LBPA.

de política pública que persigue la presunción de legalidad, consistentes por sobre todo en dar fluidez a la actividad de la Administración- el particular que pretenda impugnar la legalidad de un acto deba hacerlo satisfaciendo estándares más altos de argumentación jurídica. Sin embargo, no existe en la legislación, chilena o comparada, un estándar explícito que permita delimitar cuál sería esta mayor exigencia de argumentación (en definitiva, un estándar que permita conocer cuándo ha de entenderse derrotada la presunción).

En doctrina comparada –particularmente, la argentina y la española- la presunción de legalidad (o como es más usualmente enunciada, presunción de legitimidad) suele justificarse en base a la distinción entre actos nulos y actos anulables<sup>97</sup>. Los primeros serían aquellos con vicios manifiestos de ilegalidad (en algunas legislaciones, dichos vicios se enumeran de manera separada y especial, asociándoseles una nulidad de pleno derecho), que no serían saneables ni convalidables, y su ineficacia podría ser decretada por la propia autoridad administrativa (siendo a su vez no exigible al destinatario del acto). Los segundos, en cambio, serían aquellos que adolecen de vicios menos patentes, o al menos discutibles, cuya nulidad sólo puede ser alegada por el afectado, y que se sana por el transcurso del tiempo (prescripción). De tal modo, la presunción de legalidad sólo favorecería a este segundo tipo de actos (los anulables), mientras que respecto de los primeros no operaría –derivando,

---

<sup>97</sup> Cfr. GORDILLO, Agustín. Loc. cit. pp. 144 y ss; BOCANEGRA SIERRA, Raúl. op.cit. pp. 104-107.

entonces, en la ineficacia del acto, que podría ser declarada no sólo por el juez sino por la misma autoridad administrativa, de oficio-.

Con todo, en nuestra opinión la distinción entre actos nulos y anulables no resulta del todo convincente. ¿Cuál sería (nuevamente) el estándar para sostener que un acto adolece de vicios manifiestos? Acaso doctrinariamente sería posible intentar trazar una línea, pero en la práctica aquello resultaría, visiblemente, inalcanzable: y es que la parte agraviada, al detectar un vicio de nulidad, siempre alegará que el vicio es manifiesto, y en definitiva, la discusión acerca de la ilegalidad seguirá los mismos causes que aquéllos del acto anulable<sup>98</sup>.

Y aún en aquellas legislaciones, como la española, en que la distinción se encuentra normativamente reglada (estableciéndose con precisión cuáles son los vicios que conllevan a la nulidad de pleno derecho), operativamente el acto nulo no será siempre distinguible con precisión del acto anulable, y aunque lo sea, habiendo oposición de una contraparte, siempre se necesitará (finalmente) de una declaración judicial que dirima el conflicto. Además, las causales de nulidad (en sentido estricto) suelen ser de contenido bastante “abierto”, de

---

<sup>98</sup> La distinción, a este respecto, parece obedecer más bien a contingencias históricas bastante determinadas. De la obra de GORDILLO (*op.cit.*, p. 152-153) puede advertirse una clara necesidad de poner freno a la discrecionalidad administrativa que, sobre todo en tiempos de dictadura (pero que al parecer se mantendría hasta hoy) hizo mella de los derechos fundamentales de las personas en la República Federal Argentina. El intento doctrinario de privar de eficacia inmediata a los actos *manifiestamente* viciados, entonces, responde a la necesidad de dotar al ciudadano de fundamentos jurídicos para resistir la coacción estatal antes de llevar el asunto a los tribunales.

manera que en la mayoría de los casos será a lo menos discutible la existencia del vicio. Por ejemplo, y volviendo al caso español<sup>99</sup>, se tiene por casuales de nulidad la incompetencia manifiesta; los actos que constituyan delito; los actos antijurídicos mediante los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; actos contrarios a los derechos fundamentales (¿hay alguna actuación antijurídica que no pueda interpretarse como violación de derechos fundamentales?); actos dictados prescindiendo total o absolutamente del procedimiento legalmente establecido; entre otros. Como puede apreciarse, buena parte del lenguaje que se utiliza para describir dichas causales deja espacio para bastante especulación, y cualquier litigante diligente sabrá, en la mayoría de los casos, encuadrar el vicio que se busca atacar en alguna de ellas –de manera que, al final, el que se trate de un vicio de nulidad o de anulabilidad no garantiza que la contienda se dé en términos diferentes, ni que produzca resultados determinados-.

En consecuencia, pareciera ser que el único efecto práctico de la presunción de legalidad consiste en otorgar a quien defienda la validez de la actuación administrativa –lo que hemos denominado actuación autónoma- una afirmación genérica que, de alguna manera, consiste en poder exigir a la contraparte un mayor estándar de argumentación; o bien, a la inversa, elevar la propia sosteniendo que a favor de la misma obra una presunción.

---

<sup>99</sup> Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. Loc. cit. pp. 447.454.



En otras palabras, se trata de un principio que, siempre y en todo caso, podrá ser esgrimido por la Administración (o quien defienda la validez de un acto administrativo) sea para paliar un déficit argumentativo más de fondo en su postura; o bien para indicar que la argumentación contraria no se basta a sí misma para afirmar la ilegalidad. Todo ello, dado que no tiene un contenido efectivo desde el punto de vista jurídico, sólo puede tener por finalidad lograr una mejor predisposición de quien tome la decisión en el procedimiento (administrativo o judicial) a favor de la Administración –o más específicamente, a favor del interés social de no paralizar la actividad administrativa-. Como puede apreciarse, la presunción de legalidad, lejos de ser un mero elemento o carácter del acto administrativo, es una herramienta de argumentación a favor de la actuación autónoma de la administración.

GONZÁLEZ NAVARRO de alguna manera comparte esta conclusión, señalando que *no es necesario* presumir la validez de los actos administrativos:

“Porque, en realidad, para que la Administración funcione basta –y sobra- con reconocerle estas dos potestades, por lo demás, impresionantes: a) la potestad de crear, modificar y extinguir unilateralmente situaciones jurídicas (que lo que algunos llamamos autotutela declarativa), y b) la potestad de llevar a efectos sus actos de forma coactiva sin necesidad de colaboración judicial (que es lo que también se llama autotutela ejecutiva).

“No siendo, pues, ni razonable ni necesaria la presunción de validez de los actos de la Administración, debe ser borrada de los textos jurídicos.

Desaparecerá así una falsa deidad bajo cuya advocación se han cometido muchos atropellos y que, en el mejor de los casos, sólo ha servido para tranquilizar la conciencia de esa inextinguible cohorte de políticos y administradores autoritarios que están dispuestos siempre a adorar, rindiéndole culto devoto, al poder desnudo”<sup>100</sup>.

En otras palabras, la exigibilidad inmediata del acto administrativo (que se analizará más adelante) sería suficiente para cumplir todo lo que, doctrinariamente, se le ha pedido a la presunción de legalidad. Sin embargo, ahí está la presunción, positivamente reconocida en el ordenamiento jurídico chileno, a plena disposición de la actuación autónoma de la Administración.

### 2.1.2. Imperio

El imperio, tradicionalmente entendido, es la aptitud de una declaración de voluntad para, por sí misma, generar consecuencias jurídicas. MORAGA identifica el imperio de los actos administrativos con su capacidad inherente de imperar o ser eficaz por sí solo<sup>101</sup>.

Formalmente, entonces, el imperio consiste en la capacidad efectiva que tiene la Administración para (mediante una declaración de voluntad unilateral) declarar, constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas con otros sujetos de Derecho o entre los mismos, sea con consecuencias favorables o

---

<sup>100</sup> *Íbid.*

<sup>101</sup> MORAGA KLENNER., Claudio. 2008b. Op. cit. p.100.

desfavorables para los mismos, sin necesidad de su consentimiento y sin necesidad, tampoco, de contar con la aquiescencia o autorización del Poder Judicial. La exigibilidad, por su parte, es el complemento necesario del imperio, ya que aquélla se traduce en la posibilidad de la Administración de ejecutar forzosamente sus decisiones, aún en contra de oposición (lo cual sólo tiene fundamento en la medida que dicha decisión se considera jurídicamente obligatoria).

En este punto se hace necesario –para efectos de distinguir adecuadamente de qué manera el imperio, como característica del acto administrativo, es funcional a la actuación autónoma- efectuar algunas precisiones terminológicas. Y es que si bien la LBPA, en su Art. 3° inciso final, distingue como caracteres separados el imperio y la exigibilidad, en doctrina suelen utilizarse una variedad de conceptos (ejecutividad, eficacia, ejecutoriedad, acción de oficio, ejecución forzosa, etc.) que a ratos confunden los elementos de ambas ideas, en circunstancias que son dos caras de la misma moneda.

Para despejar cualquier confusión terminológica, se adoptará aquí la distinción efectuada por GONZÁLEZ NAVARRO<sup>102</sup>, quien separa, por un lado, la fuerza obligatoria del acto administrativo, y por el otro, la posibilidad de hacer efectiva esa obligatoriedad (aún con oposición del afectado). A lo primero se le denomina entonces el privilegio del acto previo o de decisión ejecutoria, también conocida como autotutela declarativa de la Administración, mientras

---

<sup>102</sup> Ibid. pp. 443-444.

que al segundo se lo conoce como privilegio de ejecución forzosa<sup>103</sup> o autotutela ejecutiva de la misma<sup>104</sup>. En términos generales, la doctrina española habla de eficacia del acto administrativo al referirse a su aptitud de imperio<sup>105</sup>.

Así entonces, cabe entender *imperio* como sinónimo de autotutela declarativa, con la cual, según explica MORAGA KLENNER, el órgano emisor de la decisión administrativa se tiene “como una autoridad, es decir, como un centro decisorio legitimado para adoptar cierta categoría de decisiones y, con ella, de obligar a terceros”<sup>106</sup>. De esta manera, al adjudicar la aptitud de imperio a los actos administrativos, no se está sino reconociendo la calidad de la Administración como fuente de decisiones jurídicas vinculantes, y por ende, parte del ejercicio de la soberanía.

Desde el punto de vista estrictamente doctrinario, acaso la aseveración anterior no es sino una consecuencia necesaria –y bastante obvia, por lo demás- de la existencia de un Estado de Derecho moderno. En éste, las decisiones de los agentes del Estado –que obran bajo los límites del principio

---

<sup>103</sup> *Íbid.* Acertadamente identifica una concreción del modelo kelseniano en esta estructura, bajo el cual es posible distinguir la obligatoriedad de la norma jurídica, en tanto tal (validez normativa), de su posibilidad de ejecución (cuestión meramente contingente).

<sup>104</sup> Todo lo cual proviene de la clásica distinción de la doctrina francesa entre los privilegios *du préalable* y *de l'action d'office* (*exécution forcée, exécution d'office*).

<sup>105</sup> Vid. SANTAMARÍA PASTOR. Juan Alfonso. 2002. Loc. cit. pp. 163 y ss.; GORDILLO, Agustín. Loc. Cit. pp. 163-180; DROMI. José Alberto. Op.cit. pp. 229 - ss.

<sup>106</sup> MORAGA KLENNER, Claudio. 2008b. Op. cit. p. 100.

de legalidad- por definición tienen fuerza vinculante (son normas jurídicas) y son susceptibles de hacerse exigibles mediante el empleo de la fuerza (coacción) socialmente organizada. Sin embargo, desde el punto de vista argumentativo, y en el contexto de dos partes que se enfrentan en el procedimiento administrativo o jurisdiccional, el enunciado adquiere ribetes notoriamente estratégicos. En efecto, el reconocimiento del imperio que asiste a las decisiones administrativas no prejuzga ni condiciona *a priori* la discusión sobre la validez de la misma (ya que aunque el imperio se entienda supeditado a la validez, aquélla es una conclusión a la que se llegará después de concluida la contienda), por lo que, argumentativamente, termina traducándose en un recordatorio de parte de una de las partes (quien defiende la validez del acto) a la otra de la circunstancia que las decisiones de la administración son obligatorias. Por ende, el efecto argumental es similar al de la presunción de legalidad, por cuanto si una persona pretende oponerse a un acto administrativo se encontraría, *prima facie*, en una situación de desobediencia de normas jurídicas. Ello se traduce en exigir a la contraparte una mayor carga argumentativa en sus alegaciones, por cuanto deben tenerse muy buenas razones para desobedecer.

De esta manera, entonces, el valor instrumental del imperio de los actos administrativos, en el marco de un conflicto de intereses, es contribuir a inclinar la balanza a favor de la actuación autónoma de la Administración. Al constatar que los actos administrativos constituyen normas jurídicas vinculantes –sin

necesidad de aprobación judicial ni consentimiento de los interesados-, de algún modo se aliviana la carga argumentativa de justificar la pertinencia u oportunidad de la decisión, como asimismo la ponderación de bienes e intereses que subyace a la misma<sup>107</sup>.

### 2.1.3. Exigibilidad

En el apartado anterior se estableció que mientras la facultad de imperio se identificada con la autotutela declarativa de la Administración (privilegio del acto previo), la exigibilidad contemplada en el inciso final del Art. 3° LBPA ha de asociarse a la autotutela ejecutiva de la misma (privilegio de ejecución forzosa).

Puede definirse la exigibilidad, siguiendo a DROMI como “un privilegio de la Administración de ejercer coacción o fuerza contra las personas o las propiedades a fin de obtener un propósito legal, sin que tal acción deba ser autorizada por un mandamiento judicial”<sup>108</sup>. Agrega el autor que:

“[e]ste sistema importa una verdadera prerrogativa estatal como manifestación concreta del principio de la autotutela administrativa. La Administración aparece investida por el orden jurídico de los poderes necesarios para declarar por sí misma, unilateralmente, cuál es su derecho y

---

<sup>107</sup> Como se verá más adelante, la gran herramienta de argumentación que ofrece el ordenamiento jurídico para oponerse a esta tendencia es la exigencia de fundamentación de los actos de la Administración.

<sup>108</sup> Citado por MORAGA KLENNER, Claudio. 2008b. Op. cit.

proceder a ejecutarlo de oficio y directamente por sus propios medios, sin intervención previa de los tribunales”<sup>109</sup>.

Es en este punto que la teoría del acto administrativo se aparta completamente de su fuente principal, la teoría del acto jurídico privado. Ello por la sencilla razón que, a diferencia de la Administración del Estado, los particulares en todo caso (en lo que a la autorregulación de sus relaciones jurídicas se refiere) necesitarán del auxilio judicial para imponer coactivamente a un tercero sus derechos. Por el contrario, la Administración *puede* imponer la decisión jurídica contenida en el acto administrativo a los particulares, salvo que medie una orden de suspensión dispuesta por la propia autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio, o por el juez en sede jurisdiccional (Art. 3° inciso 8° LBPA).

Así, el cumplimiento del acto debe darse en todo caso salvo que medie acto expreso de la propia autoridad o del juez en contrario (Art. 57 LBPA). Naturalmente, excepción a esta regla son los actos que se bastan a sí mismos para producir efectos, como las certificaciones, los informes y los dictámenes (o dicho a la inversa, se someten a la regla de la exigibilidad todos aquellos actos que son susceptibles de no ser cumplidos por sus destinatarios). En este sentido, la doctrina chilena<sup>110</sup> y comparada<sup>111</sup> distingue entre imperatividad *propia* (i.e. actos que no requieren de actos materiales posteriores para su

---

<sup>109</sup> DROMI, José Alberto. 1983. Op.cit. p. 226.

<sup>110</sup> MORAGA KLENNER, Claudio. 2008b. Op. cit. p. 103,

<sup>111</sup> Por todos, Cfr. GORDILLO, Agustín. Loc. cit. p. 164-175.

cumplimiento) e *impropia* (i.e. actos que requerirán del cumplimiento de parte del destinatario, voluntario o coactivo).

En doctrina pueden advertirse opiniones disímiles en relación a si la facultad de autotutela ejecutiva por parte de la Administración requiere texto expreso legal (vale decir, si en ausencia de ley no existiría tal facultad), o si por el contrario tal facultad debía entenderse implícita dentro de las atribuciones de la misma (donde la excepción sería sólo ley en contrario)<sup>112</sup>. En el ordenamiento jurídico chileno, sin embargo, normativamente la cuestión parece estar zanjada por el propio texto del inciso final del Art. 3° LBPA, el cual establece que la exigibilidad “[autoriza] su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediera orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”<sup>113</sup>.

No obstante, en el ordenamiento jurídico chileno sí existen ámbitos de actividad administrativa en que la ejecución de un acto administrativo sí se encuentra condicionada a una decisión jurisdiccional previa, como es el caso del impuesto conocido como “Patente Municipal” regulado en los artículos 23 y siguientes del Decreto Ley N° 3.063 de 1978, el cual establece que para el

---

<sup>112</sup> *Íbid.*

<sup>113</sup> No obstante, aquella parte de la doctrina que es escéptica a la facultad de autotutela de la Administración entiende que esta disposición se encuentra limitada por la prohibición de retroactividad de los actos administrativos del Art. 52 LBPA, de manera que la Administración no estaría facultada para ejecutar por sí misma aquellos actos que dispongan la modificación de situaciones jurídicas consolidadas. Vid. SOTO KLOSS, Eduardo. 2007. La Pretendida Autotutela Invalidatoria de la Administración. *Gaceta Jurídica* (325). p. 7-16.



cobro ejecutivo de las sumas adeudadas por el contribuyente el municipio debe iniciar la acción ejecutiva respectiva en sede judicial<sup>114-115</sup>. Otro ejemplo –más interesante, como se verá- se encuentra en el Código Tributario (artículos 24 y 147), el cual confiere a las liquidaciones de impuestos emitidas por el Servicio de Impuestos Internos un carácter provisorio hasta que no transcurran los plazos de prescripción, o deba entenderse desechada la acción jurisdiccional de impugnación (Reclamo Tributario).

Al igual que los dos elementos anteriores –presunción de legalidad e imperio- la exigibilidad de los actos administrativos apunta a alivianar la carga argumentativa de quien se encuentre defendiendo la actuación autónoma de la Administración. Dado que en el derecho positivo chileno existe norma expresa que sugiere que nada debiera detener la ejecución de las decisiones administrativas salvo su suspensión decretada por la misma autoridad o por el juez, esgrimir la exigibilidad como presupuesto del acto administrativo consistirá

---

<sup>114</sup> No obstante, el título ejecutivo requerido será únicamente un certificado de deuda emitido por el Secretario municipal.

<sup>115</sup> Curiosamente, el Alcalde (en caso de cualquier incumplimiento de las obligaciones pecuniarias del contribuyente) se encuentra facultado (según lo establece el Art. 58 del Decreto Ley N° 3.063 de 1979) a decretar de oficio (sin intermedio judicial) la *clausura* del local o establecimiento donde el contribuyente ejerce su actividad económica, en circunstancias que, en no pocos casos, esta última sanción puede resultar bastante más gravosa que el pago del impuesto o de multas. Dado que la ley no contempla un procedimiento especial para el decreto de clausura, las municipalidades suelen actuar incluso sin audiencia del afectado (salvo notificaciones previas en que se le insta al pago). Este proceder presenta serios inconvenientes de constitucionalidad (fuera de contravenir el principio contradictorio de la LBPA), y llama la atención que, hasta ahora, la doctrina no se haya pronunciado al respecto.

en una estrategia posible de la Administración para evadir la necesidad de hacerse cargo de las alegaciones de su contradictor.

Y dicha estrategia puede llegar, incluso, a relativizar la suspensión de un acto administrativo cuando se ha interpuesto acción jurisdiccional. Se trata del caso cuando, habiéndose cursado una sanción administrativa o incoado un procedimiento administrativo en contra de un particular, al mantenerse éste en la situación de antijuridicidad, y habiendo deducido acción, la Administración cursa una segunda sanción o inicia un nuevo procedimiento, cuando es el caso que la ley impone límites temporales a éste o a aquélla.

- El caso de las liquidaciones de impuestos:

Para los efectos de analizar en la práctica la situación expuesta precedentemente, podemos hacer mención al carácter provisional de las liquidaciones de impuestos emitidas por el Servicio de Impuestos Internos (Art. 24 del Código Tributario), las cuales sólo pueden referirse a un Año Tributario determinado, sin perjuicio que la eventual antijuridicidad de la conducta se mantenga en el tiempo, como se da en la impugnación u objeción de las pérdidas tributarias de ejercicios anteriores (denominadas para estos efectos pérdidas de arrastre)

En este sentido, es del caso comprender que, dado que el Impuesto a la Renta es de carácter anual, la obligación tributaria de pagarlo se devenga en abril de cada año (mes en el que debe efectuarse la declaración de impuestos respectiva). Así, en caso que el Servicio de Impuestos Internos estime que

existen impuestos por pagar, y el contribuyente se encuentra en mora, se emitirá una Liquidación de impuestos por cada Año Tributario. No obstante, es posible que en un año determinado el contribuyente arroje un resultado de pérdida tributaria, lo ocurre cuando de los ingresos tributables del año se deducen los costos y los gastos (para efectos tributarios) y, habiéndose efectuado la corrección monetaria respectiva, el resultado es negativo.

En este contexto, el Art. 31 N° 3 de la Ley de la Renta (Decreto Ley N° 824 de 1974) permite al contribuyente deducir de la base imponible (como gasto) del año en curso las pérdidas de años anteriores. Ello quiere decir que, habiendo concluido un año con resultado negativo, al siguiente dicho resultado también puede deducirse (o más bien dicho, se comienza el año con resultado negativo), lo anterior de acuerdo al principio de continuidad de la empresa que se aplica para los efectos de determinar el resultado tributario obtenido por los contribuyentes que se encuentran obligados a determinar sus resultados según contabilidad completa.

Así entonces, puede darse el caso que la autoridad tributaria estime que el contribuyente ha declarado una pérdida tributaria mayor a la que en Derecho correspondía. Así, si bien emite una Resolución en la que, si bien no determina impuestos a pagar, rebaja la pérdida declarada por el contribuyente de su declaración anual<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> Se habla de Resolución y no de Liquidación, por cuanto sólo hay “Liquidación” cuando se determina un impuesto a pagar. Jurídicamente, sin

Entonces, y volviendo al tema de la exigibilidad del acto administrativo, puede ocurrir lo siguiente. El Servicio de Impuestos Internos emite una resolución en el año 1, objetando una pérdida tributaria (de manera que el contribuyente queda con un saldo negativo de -\$100<sup>117</sup>). El contribuyente, según las reglas generales, da inicio a los procedimientos administrativos previos a la vía jurisdiccional, y no obteniendo resultados, deduce Reclamo Tributario (de carácter jurisdiccional, regulado en los artículos 124 y siguientes del Código Tributario). Así las cosas, el Art. 24 del Código Tributario dispone:

“Toda liquidación de impuestos practicada por el Servicio tendrá el carácter de **provisional** mientras no se cumplan los plazos de prescripción...” (énfasis agregado).

A su turno, la segunda parte del inciso segundo de aquél señala, por un lado, que en caso de haberse deducido reclamación, los impuestos y multas correspondientes a la parte reclamada de la Liquidación se girarán “sólo una vez que la Dirección Regional se haya pronunciado por el Reclamo o deba ése entenderse rechazado en conformidad al artículo 135 o en virtud de otras disposiciones legales”.

Que una Liquidación o Resolución tenga el carácter de provisorio no significa sino que sus efectos quedan condicionados a la dictación de un acto posterior:

---

embargo, ambos actos administrativos son equivalentes (en materia de plazos, requisitos, impugnación, etc.).

<sup>117</sup> En la práctica, este remanente queda registrado en el registro denominado Fondo de Utilidades Tributables (Art. 14 de la Ley de la Renta).

en este caso, a una sentencia de término ejecutoriada. Dicho de otro modo, y en un caso hipotético donde existiera una diferencia de impuesto a pagar, en tanto la Liquidación no se vea confirmada por la sentencia definitiva ejecutoriada (o hayan transcurridos los plazos para interponer la acción correspondiente) entonces legalmente el contribuyente nada deberá al Fisco por tal concepto (tal y como ocurriría, *mutatis mutandis*, en el ámbito del Derecho Privado, con una condición suspensiva). Un eventual cobro de las “diferencias de impuestos” que eventualmente detectare el Servicio de Impuestos Internos, entonces, no sería más que una mera expectativa para el Fisco, que se transformará en un derecho efectivo si y sólo si la Liquidación es confirmada por la sentencia. Y no antes.

En efecto, el referido acto administrativo (Liquidación, Resolución) es susceptible de ser impugnado, a la luz de los artículos 124 y siguientes del Código Tributario, mediante un recurso judicial especial, denominado Reclamo Tributario. Así, el acto administrativo mantendrá su carácter de provisorio mientras no se dicte la sentencia de término respectiva o transcurran, en su defecto, los plazos de prescripción para ejercer la acción. Inversamente, al haberse interpuesto Reclamo Tributario (como ocurre en el caso que se ha propuesto), los efectos del acto quedan inmediatamente suspendidos a la espera del fallo definitivo, como es lógico concluir.

Sin embargo, y estando pendiente el juicio, llega el Año 2. Dado que el contribuyente, como se ha anotado, tiene derecho a deducir las pérdidas de

arrastre en los años posteriores, si sus ingresos menos costos y gastos dan como resultado \$150, entonces, deducidos los -\$100 que se “arrastraron” del año pasado, su resultado tributario será de -\$50. Naturalmente, y al igual que en el año anterior, el Servicio de Impuestos Internos objetará la pérdida de arrastre. La diferencia estará en que este año sí resultará un impuesto a pagar: objetada la pérdida, el resultado tributario será de \$150 (sobre lo cual el fisco cobrará impuestos por la tasa que corresponda<sup>118</sup>). El fundamento para rechazar la pérdida, tanto fáctico como jurídico, será la Resolución del año anterior –ya que lo rechazado es una y la misma cosa-.

En este caso, ¿podría el contribuyente, para evitar un nuevo juicio, esgrimir en la fase administrativa el carácter provisorio de las liquidaciones, del Art. 25 y 147 del Código Tributario, para evitar la ejecución de la Liquidación del Año 2 sosteniendo que no existe sentencia de término que haya zanjado la procedencia de las pérdidas? ¿O podría sostener la Administración que, con arreglo a la exigibilidad inherente de los actos administrativos, sólo la interposición de una nueva acción jurisdiccional inhibiría la ejecución?

Como puede apreciarse, la exigibilidad de un acto administrativo, cuando existen normas que la limitan, puede volverse problemática cuando el propio legislador ha establecido límites temporales al ámbito de aplicación del acto, y especialmente, cuando el fundamento de distintos actos puede ser el mismo.

---

<sup>118</sup> 18,5% en el año 2012.

- Otro ejemplo – patentes municipales:

Esta misma situación podría darse en materia de patente municipal, toda vez que el Art. 24 de la Ley de Rentas Municipales (Decreto Ley N° 3.063 de 1979) autoriza a deducir de la base del impuesto las inversiones que se tengan en entidades que también estén sujetas al pago de patentes. Así, si el municipio objetare que lo que el contribuyente estima es una “inversión” en una sociedad que paga patente en realidad no lo es, el primero tendría que, año a año, girar la patente por un monto que no considere la deducción. Si el contribuyente, entonces, se opusiera por la vía judicial al primer giro de la patente, ¿implicaría que los giros posteriores, que son actos administrativos diferentes, pero con el mismo fundamento, vieran suspendida su ejecución?

No interesa aquí dar con la solución correcta de acuerdo al Derecho vigente, sin perjuicio de reconocer que existirían a lo menos argumentos plausibles para ambas posturas (v.gr., sería acaso excesivamente gravoso y desproporcionado, contrario al principio de servicialidad, someter al administrado a incoar un juicio por año, cada cual podría arrojar resultados diferentes; mientras que, al mismo tiempo, tampoco sería aceptable paralizar indefinidamente la actividad administrativa cada año). Lo que sí interesa es advertir cómo al principio de exigibilidad sirve de herramienta argumentativa que tiende hacia una actuación autónoma de la Administración. En efecto, ésta puede sostener que existe una solución de continuidad entre dos actos administrativos incluso si se basan en los mismos hechos y en las mismas normas jurídicas y que, por ende, la

exigibilidad –como principio rector que debe tender a cumplirse- debe entenderse aplicable por separado a cada uno de ellos. Sin la enunciación del principio de exigibilidad, la carga argumentativa de la Administración en los dos casos hipotéticos enunciados sería, sin duda, más rigurosa.

#### 2.1.4. Acto administrativo y actuación autónoma: conclusiones

De las reflexiones anteriores, entonces, puede concluirse que aquellos elementos que frecuentemente son enunciados como caracteres de los actos administrativos (como si simplemente se los estuviera describiendo) operativamente funcionan como herramientas de argumentos que tienden hacia una actuación autónoma de la Administración. Vale decir, el material que tanto el desarrollo doctrinario como jurisprudencial ofrece en torno a los tópicos en cuestión normalmente será de mayor provecho para quienes, en el marco del procedimiento administrativo, defiendan la validez de un acto administrativo.

Y es que, como se ha venido comentando, el sistema jurídico chileno (y en general, los ordenamientos occidentales) provee herramientas institucionales tales que, en todos los casos será posible para los operadores del sistema hacer valer los valores y el interés público que subyace a lo que hemos denominado actuación autónoma de la Administración; vale decir, el interés por que ésta efectivamente intervenga, a lo que también, en el Capítulo 1,



adjudicamos el término *realidad* (en oposición a la *tradición* pro-libertad del Estado Liberal de primera generación).

Así, el solo hecho que el Art. 3° inciso final de la LBPA enuncie que los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, imperio y exigibilidad implica, en la práctica, que serán muy escasas las situaciones en que la Administración tenga que resignarse a la contundencia de la oposición de un particular, al menos en sede administrativa. Por muy débil que sea jurídicamente su posición, siempre tendrá a su disposición la posibilidad de argumentar que el acto administrativo impugnado es obligatorio (nos guste o no su contenido), debe y tiene aptitud de ejecutarse de inmediato (de manera que resistirse a él puede gatillar consecuencias desagradables para el administrado, que involucran eventualmente el uso de coacción y sanciones); y, sobre todo, se entiende legítimo hasta que no se esgriman muy buenas razones para sostener lo contrario (donde, naturalmente, siempre será posible considerar que las alegaciones del administrado no han logrado desvirtuar la presunción de legalidad).

Con todo, y como debe ocurrir en todo Estado democrático de Derecho, todo peso tiene su contrapeso. El respeto a los derechos individuales, la concepción del Estado al servicio de las personas, y el fenómeno de la constitucionalización del Derecho han desembocado en la producción, en materia de acto administrativo (es decir, de la *interacción* operativa entre la Administración y los administrados), de otros tantos elementos que, institucionalmente, permitirán al

administrado siempre (por muy débil que sea su posición jurídicamente) argumentar a favor de una actuación intervenida de la Administración. Revisaremos tales elementos en las páginas que siguen.

## 2.2. Hacia una actuación intervenida: competencia, procedimiento previo, antijuridicidad del acto, fundamentación

Sin perjuicio de la mayor o menor amplitud que pueda tener en doctrina nacional y comparada, como asimismo a la luz de las respectivas regulaciones vigentes, en torno al concepto de “acto administrativo”<sup>119</sup> –que en definitiva, puede incluir una mayor o menor cantidad de actos jurídicos emanados de poderes públicos-, lo cierto es que un común denominador que puede advertirse en todas las caracterizaciones imaginables es la sujeción a Derecho del acto.

En el ordenamiento jurídico chileno –y en particular, en su Constitución Política- es posible advertir que los estándares de juridicidad (desde el punto de vista operativo) dicen relación con la justificación normativa de la decisión administrativa, que a su vez consiste en dos niveles:

- a) Justificación de la decisión en cuanto el ordenamiento efectivamente la autoriza, tanto desde el punto de vista deontológico (existencia de norma permisiva) como de la ponderación de intereses (preeminencia efectiva

---

<sup>119</sup> Vid. las definiciones examinadas *supra*, Capítulo I.

del bien jurídico que se busca proteger). El control de este estándar puede ser subsumido a la órbita del denominado principio de legalidad<sup>120</sup>.

- b) Justificación de la decisión en cuanto el razonamiento necesario para satisfacer las exigencias del principio de legalidad se encuentre manifiesta, debida y consistentemente explicitado en el acto administrativo. El control de este estándar se materializa mediante aplicación de la norma que consagra el deber de fundamentación<sup>121</sup> de los actos administrativos.

Ambas técnicas de control ciudadano del acto administrativo (que, estando estrechamente ligadas, aquí se analizarán por separado únicamente para efectos didácticos) constituirán la fuente institucional para tender hacia una actuación intervenida de la Administración. Cabe, entonces, detenerse en ellas.

#### 2.2.1. El principio de legalidad: investidura regular, competencia, procedimiento y juridicidad

Sin duda, uno de los hitos más importantes de la historia institucional occidental consiste en la transición del poder público desde la discrecionalidad monárquica a su sometimiento a Derecho (especialmente, al respeto por los

---

<sup>120</sup> Art. 6° y 7° Constitución Política de la República; Art. 2° LOCBGAE.

<sup>121</sup> Art. 8° Constitución Política de la República; Art. 12 LOCBGAE; Art. 11 inciso 2°, 16 y 41 inciso 4° LBPA.

derechos fundamentales de las personas), eliminándose (por fin) la institución de la razón de Estado y convirtiendo el ejercicio de la soberanía en un conjunto de potestades institucionalmente delimitadas, reguladas y controlables por la ciudadanía (paradigmáticamente, por medio del contencioso administrativo). Dicho de otro modo, una de las mayores herencias que ha dejado la cultura europeo-occidental, desde el punto de vista político, ha sido el salto del Estado de policía (Polizestaat) al Estado de Derecho (Rechtstaat)<sup>122</sup>. Los actuales sistemas jurídicos occidentales suponen, entonces, que el ciudadano algo tiene que decir frente al poder estatal, a tal punto que se encuentra en condiciones de resistirlo si es el caso que la actuación que lo afecta de alguna manera no cumple con los estándares formales y materiales que el propio Derecho contempla, y que son su condición de legitimidad.

De esta manera, el sometimiento a Derecho de la actuación administrativa ha pasado a considerarse una exigencia elemental para la Administración, como asimismo una garantía no menos esencial para los administrados (manifestada en el principio de impugnabilidad de los actos administrativos). La consagración institucional de esta constitucionalización del poder público puede entenderse radicada, a grandes rasgos y desde el punto de vista de la

---

<sup>122</sup> La descripción de esta evolución excede con mucho los propósitos de este trabajo. Al respecto, para una exposición más completa, Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General, Tomo I. Madrid, Thomson-Civitas. pp. 97 y ss; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. 2002. Loc. cit. pp. 41 y ss. Respecto del caso específico del Derecho Administrativo chileno, vid. PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2007. El Derecho y la Administración del Estado de Chile. En: Derecho Administrativo Chileno. Ciudad de México, Ed. Porrúa. 999p.

Administración, en dos grandes principios: legalidad (o más bien *juridicidad*) y servicialidad; el primero, como un límite al ejercicio del poder (y su condición de legitimidad); el segundo, como la orientación teleológica (y programática) del mismo.

Vinculando, entonces, tales premisas normativas básicas, CAMACHO CEPEDA indica:

“El Estado contemporáneo debe hacer frente a nuevas funciones que en gran parte se materializan a través de la administración y que tienen como exigencia buscar la colaboración social en el marco de un Estado al que se configura como subsidiario. La materialización del bien común, finalidad a la que la administración está afecta, sólo la puede efectivizar mediante su actuación. Pero esta actuación sólo será legítima si se produce con arreglo al principio de legalidad, pues el aspecto formal en el que enlaza jurídicamente la acción administrativa con las potestades o atribuciones que el ordenamiento le habilita, no sólo en sentido facultativo, sino como deber de actuación para la administración, configurando lo que se define como potestades-función”<sup>123</sup>.

Desde esta perspectiva (la ciudadana), el Estado tiene una sola forma de actuar: actuar bien. Cada persona se entiende legitimada, entonces, para cuestionar la actuación administrativa a tal punto de, eventualmente, neutralizarla. Y como veremos a continuación, y al igual como ocurre en sentido inverso con los caracteres del acto administrativo que tienden a la actuación

---

<sup>123</sup> CAMACHO CEPEDA, Gladys. Loc. Cit. pp.158-159.

autónoma, será el caso que siempre existirá la posibilidad institucional de oponerse al acto administrativo, por muy débil que sea la posición jurídica concreta del particular. Y es que como ya se ha venido planteando, en el Capítulo I, la tensión entre tradición y realidad en el Derecho Administrativo subyace a toda la estructura de interrelación entre la Administración y el ciudadano.

En Chile, el principio de legalidad (en sentido amplio; léase *juridicidad*) se encuentra consagrado en los artículos 6° y 7° de la CPOL<sup>124</sup>. Dichos preceptos disponen:

“Art. 6°. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

“Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos, como a toda persona, institución o grupo.

“La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

“Art. 7°. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

---

<sup>124</sup> Para un sector de la doctrina chilena, además, la consagración operativa del derecho de acción contra la Administración se encontraría en el Art. 38 inciso 2° del Código Político.

“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

La doctrina chilena es pacífica en reconocer que la norma constitucional no limita el alcance del principio a la ley formal, sino a la totalidad del ordenamiento jurídico (juridicidad)<sup>125</sup>, lo cual se ha entendido corroborado por el lenguaje del Art. 2° de la Ley N° 18.575 (LOCBGAE), que se refiere al ordenamiento jurídico en general.

Así, la sujeción irrestricta de la Administración al ordenamiento jurídico (que conlleva referirse al ejercicio de potestades finalizadas, vale decir, dirigidas al servicio de la persona) ha llevado a la doctrina a sostener que el acto administrativo, en tanto declaración de voluntad, sólo puede tener por objeto el cumplimiento o satisfacción de aquellos bienes jurídicos a los que el Estado – como sistema de organización social- está orientado. De esta manera, la juridicidad (en sentido amplio) de alguna manera ha pasado a formar parte del *ethos* mismo del acto administrativo, a tal punto que la doctrina, al analizar el componente volitivo del mismo (la “declaración de voluntad” a la que se refiere

---

<sup>125</sup> CAMACHO CEPEDA, Gladys. Loc. cit. p. 159. En la doctrina española el sometimiento a Derecho de la Administración también se encuentra reconocido a todo el espectro normativo, incluido el Reglamento. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. 2002. Loc. Cit. p. 91.

el Art. 3° LBPA) estipula que dicha voluntad debe ser manifestada en la forma y con arreglo a los prescrito por la Constitución y las normas dictadas conforme a ella<sup>126</sup>.

Naturalmente, lo dicho anteriormente se materializa en poderosas herramientas institucionales de argumentación para el administrado que busca resistir los efectos de un acto administrativo. Del texto del Art. 7° CPOL, y como lo reconoce la doctrina y jurisprudencia (según se verá) se desprenden tres niveles, o requisitos, que deberán verificarse para diagnosticar el cumplimiento efectivo del principio de legalidad. Ellos son:

- (a) actuación realizada por un funcionario investido regularmente de sus atribuciones;
- (b) actuación realizada dentro del ámbito de competencia del órgano y del funcionario que prescribe la ley; y
- (c) actuación realizada siguiendo el procedimiento legalmente establecido.

A dichos niveles o requisitos cabe agregar un cuarto, de carácter más general, que se desprende del Art. 1° y 6° CPOL (según también se examinará); a saber, actuación realizada en cumplimiento de los fines preestablecidos por la Constitución y la ley (realización efectiva de bienes jurídicos).

---

<sup>126</sup> MORAGA KLENNER, Claudio. 2008c. Op. Cit. pp.197-198.



Cabe entonces referirse a todos ellos, desde la perspectiva de cómo tienden (operativamente) a la consecución de una actuación intervenida.

#### 2.2.1.1. Investidura regular y competencia

Se ha escogido comentar de manera conjunta ambos elementos, en atención a su estrecha conexión: desde el punto de vista del administrado, la pregunta por la investidura regular y la competencia se traduce en si quien toma la decisión administrativa tenía o no facultades para tomarla. Así, la primera mirada va dirigida al órgano (competencia), y si resulta que era competente, una segunda mirada va al funcionario (investidura regular), ya que para que, en definitiva, se entienda que no fue una persona sino la Administración quien tomó la decisión, deben haberse cumplido ciertas formalidades de investidura que permitan vincular la decisión de una persona natural con la de la organización en la que está inserta.

Dado que al administrado, que busca resistir el acto administrativo, le interesará argumentar que el órgano que ha emitido la decisión no era competente para hacerlo, especialmente relevante para el caso se volverá la discusión acerca de la extensión que puede tener la competencia de un órgano de la Administración, en relación al nivel de especificidad que la norma legal habilitante tiene al respecto.

En el Capítulo 1 (Sección 3.1.3) se hizo una breve referencia a la posibilidad de interpretar el principio de legalidad como la exigencia de una habilitación legal previa (y expresa) para la actuación administrativa, de manera que, en ausencia de texto legal que expresa e inequívocamente autorice cierta y determinada actuación administrativa, no puede entenderse que la Administración es competente para actuar (lo que en doctrina se conoce como el principio de vinculación positiva<sup>127</sup>). Efectivamente, parte de la doctrina chilena, inspirada en el clasicismo francés<sup>128</sup>, defiende esta postura (autores que, además, suelen sostener que la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo se reduce a la ejecución de ley).

Sin embargo, según también se sostuvo en el Capítulo 1 (Sección 3.1.3), existen, como contrapartida, argumentos para postular la competencia como exigencia de actuación *intra jus*, donde si la ley fija una esfera de acción, o un objetivo a la actuación administrativa, todos los actos que sean necesarios para cumplir dichos objetivos, o desenvolverse efectivamente en dicha esfera de acción, deben entenderse incorporados en la competencia genérica<sup>129</sup> -tal y como ocurría en la tradición germana<sup>130</sup>-.

---

<sup>127</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. 2002. Loc. cit. p. 92.

<sup>128</sup> CAMACHO CEPEDA, Gladys. 2004. Loc. cit. p. 162.

<sup>129</sup> Vid. PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2009. La Relación entre Ley y Reglamento en el Derecho Chileno. *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado* (20):, pp. 13-53; MORAGA KLENNER, 2008b. Op. cit., pp. 318-319.

<sup>130</sup> CAMACHO CEPEDA, Gladys. 2004. Op. Cit. p. 162, nota 14.

### 2.2.2. El deber de fundamentación: igualdad, razonabilidad y proporcionalidad

En relación a esta materia, cabe señalar en primer término que, de acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española, se entiende por “fundamento” la “Razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar algo”, en virtud de lo cual, el deber de fundamentación del acto administrativo reside en entregar el razonamiento y/o motivo de una decisión tomada por la administración.

En este sentido, entendemos que este deber se fundamenta en el principio de igualdad ante la ley y de expresa inadmisibilidad de la arbitrariedad en nuestro ordenamiento jurídico, particularmente, en lo que respecta al actuar del poder público.

Somos de la opinión que el deber de fundamentación encuentra su origen en el principio de igualdad que se alza como norma general en nuestro ordenamiento jurídico, dado que este principio, tal como lo señala CAMACHO CEPEDA “(...) permite exigir coherencia y razonabilidad a las decisiones de la administración, expresadas en los precedentes cuyo apartamiento en casos análogos constituye un indicio de infracción a este principio central, por lo que se exige a la administración fundamentar y justificar este cambio de criterio.”.

Cabe recordar que el numeral 3° del artículo 19 CPol garantiza la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, señalando en su inciso 5° que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

A este respecto, el deber de fundamentación de las decisiones de la administración es el bastión de la imparcialidad que debe albergar todo acto público, de lo cual hace eco el artículo 53 de la LOCBGAE al señalar que esta exigencia “Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones (...).”

Sobre este particular, entendemos que finalmente, la legitimidad de todo acto de la administración del Estado se valida en función de la razonabilidad de sus fundamentos, lo que en definitiva permite mantener el control sobre la imparcialidad de los mismos, puesto que de lo contrario, el poder público impediría el ejercicio libre de la actividad por parte de la ciudadanía.

En efecto, el legislador al estatuir el principio de imparcialidad de los actos de la Administración en el artículo 11 de la LBPA ha exigido que “(...) los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten,

restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”.

Ahora bien, es del caso señalar que este deber de fundamentación de las actuaciones administrativas ha sido tratado por parte de la doctrina nacional dentro del principio de razonabilidad de los actos de la Administración del Estado, en virtud de la cual, se ha concluido que sólo en caso que las decisiones de la administración del Estado cuentan con un fundamento legítimo que las avala, pueden éstos configurarse como títulos habilitadores de la actuación-ejecución administrativa.

En este sentido, tal como lo hemos considerado previamente, un Estado que actúa a espaldas de sus administrados pierde completamente la legitimidad de sus actuaciones, independientemente de la finalidad pública de los mismos, e incluso de la buena voluntad existente al momento de emitir una resolución.

En concordancia con lo anterior, y en conjunto con los principios de igualdad y razonabilidad que sustentan el deber de fundamentación de los actos de la administración del Estado, cabe considerar que la proporcionalidad de los actos de los organismos estatales es un deber que permite el control de todas las actuaciones de naturaleza interventora y sancionadora de la autoridad administrativa.

Lo anterior se relaciona con el deber de fundamentación de los actos públicos dado que, según lo compartimos con la profesora CAMACHO CEPEDA, “(...) el principio de proporcionalidad alude a la adecuación

cuantitativa entre la satisfacción de la finalidad pública perseguida y el contenido y alcance de la decisión administrativa adoptada al efecto.”<sup>131</sup>

De esta forma, es claro que las actuaciones de la administración del Estado no deben cumplir con un deber formal de fundamentación de sus actos, la que se cumple con la simple enunciación de la norma jurídica que la estatuye, sino que también requiere una fundamentación material respecto al contenido y alcance de tal decisión, considerando particularmente la satisfacción del deber público involucrado y el respeto de la libertad individual.

En conformidad con lo anterior, entendemos que el deber de fundamentación de los actos de la administración del Estado complementa el principio fundante del derecho administrativo de *favor libertatis* que promueve la adopción de las medidas menos restrictivas a la libertad de los particulares afectados y solo lo suficiente para obtener la satisfacción del interés público en cada caso que persigue.

Finalmente, es del caso destacar que la jurisprudencia nacional a ratificado el criterio antes expuesto sobre la relevancia y necesidad de la fundamentación de las actuaciones estatales, señalando la Excma. Corte Suprema “Que conforme al inciso segundo del artículo 11 de la ley 19.880 establece que los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su

---

<sup>131</sup>CAMACHO CEPEDA, Gladys. 2004. Op. Cit. p. 181.

legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos. Ello conlleva que tales antecedentes o circunstancias de hecho o de derecho, que en cada caso llevan a dictarlo, se expresen materialmente en el mismo acto y que éstos deban existir o concurrir al tiempo de emitirse el acto.”<sup>132</sup>

En conformidad a dicho criterio, podemos demostrar la necesidad de validación de todos los actos administrativos, los que son intrínsecamente indispensables para su posterior ejecución por parte del Estado.

A este respecto, la misma jurisprudencia antes enunciada continua señalando respecto al deber de fundamentación de las actuaciones estatales “Que este requisito de validez de los actos administrativos es quizás el más importante que se prevé para el control de su legalidad a fin de que no se convierta en arbitraria su actuación. No puede la administración, (...) dictar actos fundados en hechos que no existen o que no se expresan; no acreditados en la forma establecida en la norma, o no concordantes con el antecedente de prueba que se invoca en el mismo acto. En tal evento cualquier calificación jurídica administrativa que se efectúe en el acto sancionatorio que se efectúe carece de validez, ya que no aparece justificada en los supuestos que permiten llegar a la misma, a saber los hechos observados, percibidos y comprobados real, objetiva y directamente por el fiscalizador”.

Lo anterior ha sido ratificado por diversas sentencias dictadas por la Excm. Corte Suprema, dentro de la que podemos citar aquella causa Rol N° 8.273-

---

<sup>132</sup> Corte Suprema Causa Rol N° 3.377-2008.

2007, que señala que “(...) la necesidad de fundamentación constituye una formalidad indispensable precisamente para dejar constancia indubitada de lo actuado y para evitar perjuicio a los particulares. Se sigue de ello que la falta de fundamentación de la Resolución constituye un vicio que afecta la validez del acto administrativo; que, atendida la naturaleza del acto, su fundamentación es un requisito esencial del mismo, desde que sin él, el acto deviene en una afectación inmerecida de los intereses de los terceros directamente interesados (...).”

En conclusión, el deber de fundamentación de los actos públicos es un elemento connatural de la actuación de la administración de Estado, sirviendo como contrapeso a la actuación pública, impidiendo eventuales perjuicios para los particulares, protegiéndolo de este modo de actos arbitrarios e ilegales, constituyéndose así como un requisito de validez del mismo.

Como puede advertirse, el deber de fundamentación redunda en una garantía sustancial para el administrado, destinatario del acto jurídico (y que en virtud del mismo puede ver afectados sus derechos). El alcance es potencialmente altísimo: las razones de la Administración deben ser buenas razones, y además, expresarse adecuadamente en el acto administrativo mismo. Esto equivale prácticamente a que el administrado tenga en todos los casos a lo menos un germen de objeción a la intervención administrativa, por cuando la limitación de un derecho fundamental, desde un punto de vista u otro,



siempre (o casi siempre) podrá ser retratada como poco razonable, o mal fundamentada.

Otro factor que facilita las cosas para el administrado es que la regulación del deber de fundamentación no establece una fórmula determinada con arreglo a la cual la Administración deba fundamentar sus actos –a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con las sentencias judiciales-. En tal sentido, el artículo 41 de la LBPA (que regula el contenido de la resolución final del procedimiento), fuera de exigir que la decisión debe ser “fundada”, se limita a exigir la expresión de los recursos que el administrado puede interponer, en sede judicial o administrativa, contra la decisión. Por consiguiente, la profundidad o extensión de los fundamentos queda abierta, finalmente, a la apreciación quien dirimirá la controversia en la última etapa de impugnación: los Tribunales Superiores de Justicia. Si bien el citado artículo 41 establece que los informes y dictámenes acompañados a la decisión pueden formar parte de su motivación, si se incorporan a su texto, el administrado frecuentemente podrá intentar alegar insuficiencia en el contenido de los fundamentos del acto –piénsese, particularmente, en las decisiones que se toman en relación a sectores o mercados altamente regulados, en que no es menor la cantidad de factores y datos a ponderar en cada decisión-.

Este carácter abierto del principio de fundamentación –y que está muy lejos de agotarse mediante un examen formal, como se ha visto- lo constituyen en una de las herramientas más importantes y efectivas para la impugnación del

acto administrativo; y en tal sentido, suele propugnar lo que, a lo largo de este trabajo, hemos denominado actuación intervenida de la Administración.

### 3. Conclusiones: actuación autónoma e intervenida en el núcleo doctrinario del acto administrativo

En su Tratado de Derecho Administrativo, Agustín GORDILLO plantea<sup>133</sup> – como comentario de entrada a su análisis- que el concepto de acto administrativo no puede ser establecido a priori, sino que “constituye un concepto fundado en la experiencia y determinado por el fin que con él se quiere llenar”.

Si bien el autor está pensando (como se sigue en lo sucesivo de su conceptualización doctrinaria) en llegar a un punto medio que evite caer en un concepto demasiado amplio (que abarcando tantos elementos de la actuación administrativa finalmente no abarque ni ninguno) ni tampoco demasiado restringido (que deba modificarse según cambie la legislación del país respectivo), da en el clavo al reconocer que la definición del acto administrativo no puede ser indiferente a la interacción social que efectivamente se verifica en el Derecho vivo entre Estado e individuo. De ahí que los elementos y caracteres que comprenden el concepto que se han examinado a lo largo de este capítulo no pueden provenir (según esperamos haya quedado demostrado) sólo de

---

<sup>133</sup> GORDILLO, Agustín. 1974. Loc. cit. cap. II

derivaciones extraídas a partir de normas o principios generales y abstractos, sino del contexto histórico que permite visualizar cómo opera y se desenvuelve el poder estatal.

El contexto histórico, se ha insistido, reconoce el dilema permanente que genera la tensión entre los intereses del individuo y aquéllos de la colectividad (formalmente encausados a través de los órganos del Estado), donde en vez de tomar partido de manera definitiva y a priori por unos u otros, más bien deja abierta la posibilidad a cada cual de prevalecer, otorgando herramientas institucionales diseñadas para intentar inclinar la balanza en uno u otro sentido. El conflicto entre poder e individuo, entonces, no tiene una solución definitiva en el Estado occidental moderno, sino que ofrece la posibilidad contingente de que dicho conflicto sea resuelto de manera institucional, en un procedimiento donde, *prima facie*, Administración e individuo están dotados de un respaldo institucional que reconoce la legitimidad de sus intereses.

El examen de la teoría del acto administrativo (y su contextualización histórica) nos ha permitido, hasta ahora, identificar cuáles son dichas herramientas a disposición de individuo y Administración.

Tal esfuerzo nos ha llevado a identificar que, a partir de la emergencia de los Estados Nacionales modernos, la interacción entre el poder estatal y el individuo fue permeada por aquella tradición del liberalismo político que en su desconfianza del ejercicio abusivo del poder (contra el cual se había revelado

en 1789) pretendía limitarlo –dando origen al principio de legalidad y la conceptualización de la función administrativa como mera ejecutora de ley-. Dicho contexto histórico, del cual se nutre la construcción dogmática esencial del Derecho Administrativo tal y como lo conocemos hoy (y que por ello hemos denominado simplemente tradición), explica buena parte de los elementos que es posible identificar en los diferentes conceptos que ofrece la doctrina del acto administrativo en el Derecho de inspiración continental, y de él se sigue una larga lista de consecuencias e implicancias para el iusadministrativismo (de las que únicamente, como es natural, hemos querido dar un breve repaso). Es a lo que hemos denominado actuación intervenida de la Administración (por cuanto los derechos, pretensiones e intereses del ciudadano son capaces, en un contexto procedimental, influir en la decisión administrativa; sea limitándola, modificándola, o derechamente impidiéndola).

Así, importantes elementos del acto administrativo, según los describe la doctrina, pueden ser visualizados como una posibilidad institucional de hacer operativos los principios de la actuación intervenida, convirtiéndose, de esta manera, en parte del arsenal argumentativo que tiene a su disposición el administrado para hacer frente a la Administración (en el siguiente capítulo veremos cómo se produce dicha operatividad en el procedimiento administrativo mismo), y que se expresan en el principio de legalidad (investidura regular, competencia, procedimiento y juridicidad) y en el deber de fundamentación.

La tradición del liberalismo decimonónico, se ha también subrayado, ha debido dar lugar a lo largo de la historia a otras fuerzas que, por diversas razones (a las que someramente se hizo referencia en el Capítulo I), han introducido en los sistemas jurídicos occidentales el reconocimiento formal de intereses colectivos que, por su importancia, pueden llegar a derrotar la preeminencia de los derechos individuales. Fundamentalmente a partir de los escenarios de la posguerra europea, entonces, la función administrativa transitó hacia una expansión conceptual que la configuró como mucho más que una mera labor de ejecución de ley –orientándola incluso hacia una función conformadora social. De esta manera, se admitió que la intervención administrativa también supone un esfuerzo institucional de fortalecimiento de derechos colectivos o difusos, y por ende, no requiere tanto (porque lo requiere) de texto legal expreso como la obtención de un fin de materialización de derechos. La actuación administrativa frente a la que no existe intervención de intereses individuales por parte de particulares (por no verificarse o por no ser éstos exitosos en sus pretensiones) hemos denominado actuación intervenida.

Al igual que respecto de la actuación intervenida, hemos identificado elementos en la conceptualización doctrinaria del acto administrativo que hacen operativos los principios que subyacen a la actuación autónoma, que también se traducen en herramientas de argumentación (a hacerse valer en el procedimiento) que tienden a favorecer la preeminencia de la voluntad de la

Administración por sobre la individual. Es el caso de la presunción de legalidad, imperio y exigibilidad.

Si bien el examen del contenido de cada uno de los elementos del acto administrativo, a la luz de la distinción entre actuación autónoma e intervenida, permiten a nuestro juicio una mejor comprensión del propósito y justificación de cada uno de ellos (apreciando cómo cada cual aporta coherencia doctrinaria a la descripción del acto administrativo como expresión de poder), el análisis permanece aún incompleto.

Ello por cuanto la conceptualización de dichos elementos como herramientas de argumentación no puede ofrecer funcionalidad alguna sin antes analizar como las mismas se desenvuelven en el escenario institucional en que serán utilizadas. Dicho de otro modo, el operador del sistema (un abogado del Fisco cuya misión es asegurarse de que el acto administrativo no sea anulado, revocado o modificado) necesita preguntarse cómo, en qué momento y a través de qué vías la presunción de legalidad, por ejemplo, puede llegar a producir una decisión de respaldo a la actuación autónoma, en el contexto específico en que dicho operador opera.

En definitiva, luego de constatar que el ordenamiento jurídico proporciona las herramientas normativas de fondo para alcanzar una solución contingente a la tensión tradición y realidad, resulta inevitable que herramientas existen en el procedimiento administrativo mismo (el lugar de encuentro donde, finalmente,

se tomará la decisión) que permitan canalizar estas fuerzas por uno u otro camino.

A ello nos abocaremos en el capítulo siguiente.

### CAPÍTULO III

El escenario: Ley N° 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado

El estudio de los elementos del acto administrativo como herramientas de argumentación utilizables para fortalecer o para cuestionar una decisión administrativa<sup>134</sup> facilita sin duda la preparación de una defensa. Ello, podemos incluso decir, aún sin considerar cuál es la normativa de fondo aplicable, por la sencilla razón que tarde o temprano el argumento deberá ser traducido al lenguaje del acto administrativo (por ejemplo, a una falta de fundamentación; o a la preeminencia de la presunción de legalidad, ya que el particular no ha demostrado la afectación concreta de sus derechos; o al principio de legalidad<sup>135</sup>, porque en su decisión la Administración ha efectuado una calificación que sólo corresponde al legislador, etc.).

Sin embargo, poner en marcha la estrategia de defensa puede encontrar varios obstáculos en el camino. Por ejemplo, el funcionario que resuelve puede

---

<sup>134</sup> Utilizamos el término “cuestionar” en la medida que la intervención del particular no necesariamente está orientada a la impugnación de la legalidad del acto, sino que también puede estarlo a su modificación (en aras de una mayor conveniencia social).

<sup>135</sup> Vid. *Infra*, Cap. II, sección 2.2.1.



considerar que el procedimiento se encuentra establecido únicamente para detectar infracciones de ley o errores de hecho manifiestos, y no está dispuesto a escuchar razones diversas a aquéllas relacionadas estrictamente con vicios legales (como sería, por ejemplo, consecuencias económicas o sociales desfavorables). O bien, el tiempo que toma el procedimiento antes de la emisión de la decisión final puede atentar contra el objetivo mismo de la actuación del particular (o administrativa), de manera que hará falta buscar soluciones temporales (o resguardos) dentro del procedimiento. En fin, se trata de una serie de factores que, de no ser atendidos adecuadamente, distorsionarán significativamente la decisión final –que peligra con no ser producto de una ponderación sofisticada de los intereses en juego, sino que un devenir no querido por los actores-.

La pregunta, entonces, radica en dilucidar cuáles son las dificultades que pueden surgir en el procedimiento –diferentes a la ponderación de intereses a favor de la actuación intervenida o autónoma-, y más importante, cuáles son las herramientas que ofrece el ordenamiento para que cada parte tenga la posibilidad de sortearlas. De ello surgirá necesariamente una tercera pregunta; a saber, identificadas dichas herramientas, si es el caso que (al igual que como ocurría con los elementos del acto administrativo) aquéllas también se encuentran establecidas de manera de tender a un resultado que consolide la decisión sin interferencia de particulares, o bien incorporando las pretensiones de éstos en la misma.

Lo anterior exige algunos esfuerzos previos.

En primer lugar, será necesario reflexionar someramente acerca de cómo se concibe la naturaleza y función del procedimiento administrativo, tanto desde un punto de vista doctrinario general como particularmente en Chile. ¿Se trata de una instancia contenciosa previa, de enfrentamiento entre el particular y la Administración, que tiene por objeto economizar recursos por la vía de abrir la posibilidad de evitar un litigio judicial? ¿Es tan sólo un mecanismo de control de juridicidad? ¿O se trata, más bien, de un lugar de encuentro y diálogo entre Administración y administrado, que facilita la composición de los intereses en juego? ¿Es necesariamente un mecanismo de solución de controversias? Para responder tales interrogantes, dedicaremos una primera parte de este capítulo.

En segundo lugar, y sólo una vez respondidas las interrogantes anteriores, será indispensable revisar los principios y garantías que la ley chilena adscribe al procedimiento administrativo general (LBPA). Esto servirá para configurar una primera impresión respecto de la inquietud de fondo que anima este trabajo; a saber, la función de las herramientas legales procedimentales para propender sea a una actuación intervenida o autónoma de la Administración, en los términos que se han expuesto en los capítulos anteriores. A tales efectos, se ofrecerá una breve explicación de cómo dichos principios pueden tender hacia uno u otro extremos de la balanza (actuación autónoma o intervenida<sup>136</sup>).

---

<sup>136</sup> Ello, finalmente, consistirá simplemente en reafirmar la naturaleza funcional de los principios (en oposición a aquella de las *normas*), caracterizada por reforzar diversas posturas que, aunque sean inconsistentes entre sí, no obstan

Finalmente, y en tercer lugar, iremos identificando diversas herramientas procesales contenidas en la LBPA que, de manera consistente a la tensión entre actuación autónoma e intervenida que subyace al Derecho Administrativo en general, tienden a favorecer (o permiten al usuario favorecer) una u otra. La identificación de dichas herramientas, y su exposición sistemática a la luz de la perspectiva con que fue mirada la teoría del acto administrativo en los capítulos anteriores, permitirá (y tal es, finalmente, el objetivo de este trabajo) proporcionar al interviniente del procedimiento una mirada funcional y operativa a los intereses que se busquen defender.

En este punto, ya es posible advertir que se ha tomado como exclusiva referencia el procedimiento general y supletorio contenido en la LBPA. Si bien el ordenamiento jurídico chileno contempla un sinnúmero de procedimientos especiales –regulados tanto en la ley como reglamentariamente- que, ciertamente, reclaman un análisis diferenciado propio<sup>137</sup> (de extensión inabarcable por este trabajo, dada la diversidad de casos), aquí nos remitiremos exclusivamente al marco general; vale decir, la LBPA. Ello fundamentalmente en razón que los principios e instituciones generales que sirven a este análisis se encuentran contenidos de fundamentalmente en este cuerpo normativo.

---

a la coexistencia de los principios (no existen “antinomias” de principios). Vid. ALEXY, Robert. 1997. Loc. Cit. 610p.

<sup>137</sup> Un completo análisis de la gran diversidad de procedimientos administrativos (y jurisdiccionales) que conforman el panorama del contencioso administrativo en Chile puede ser encontrado en MUÑOZ CHIU, Natalia. 2008. La Justicia Administrativa en Chile. En: PANTOJA BAUZÁ, Rolando (coord.). 2008b. Op. cit. Ver también FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. 2005. La Justicia Administrativa. Santiago, Ed. Lexis Nexis. 414p.

Cabe entonces seguir el esquema propuesto en los párrafos anteriores.

1. La conceptualización doctrinaria del procedimiento administrativo en Chile. El procedimiento como escenario de encuentro

En Chile, el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del procedimiento administrativo tradicionalmente ha ido (y en particular, en Chile, antes de la dictación de la LBPA) a la zaga del estudio del acto administrativo. Dicha circunstancia obedece primordialmente a la conceptualización adjetiva de la que, a partir del momento en que la jurisprudencia francesa inaugura el estudio diferenciado del Derecho Administrativo, ha sido objeto el procedimiento administrativo<sup>138</sup>.

En otras palabras, es el caso que desde sus inicios, y tributando de la versión “judicialista” del principio de legalidad acuñada tras la Revolución de 1789<sup>139</sup>, el procedimiento administrativo se consideró relevante en la medida que podía servir como mecanismo de control de la legalidad procedimental del acto administrativo terminal (donde el foco de atención radicaba usualmente en asuntos de competencia), y no, en cambio, como escenario sustantivo para la

---

<sup>138</sup> Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. 2002. Loc. Cit. pp. 125-126.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p.126.

toma de decisiones de la Administración<sup>140</sup>. Lo que importaba, finalmente, era la legalidad del acto, y el operador llamado a dirimir dicha legalidad sólo podía ser el juez: dominaba, entonces, el acto terminal, y en base a lo que se predicara sobre éste se podía decir algo sobre el concepto del procedimiento. Y ese algo, se asumía, difícilmente podría salir del ámbito de lo estrictamente formal.

Al respecto, basta detenerse en la génesis misma del concepto de acto administrativo (a la que nos referimos brevemente en páginas anteriores) para darse cuenta –como bien advierte PARADA VÁZQUEZ<sup>141</sup>– que dicha construcción tenía un fin bastante pragmático: delimitar con precisión la competencia del juez de lo contencioso administrativo, facilitando su control de los actos de la Administración a la luz del principio de legalidad.

En palabras del profesor CORDERO:

“Se comprende, entonces, por qué la doctrina mayoritariamente vincula dentro de los elementos formales del acto administrativo al procedimiento, lo que supone considerar a este último como una institución más del acto administrativo, de manera que el acto monopoliza la atención, desplazando al

---

<sup>140</sup> CORDERO VEGA, Luis. 2005. Procedimientos Administrativos y la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. En: FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. 2005. Op. cit. p. 303.

<sup>141</sup> PARADA VÁZQUEZ, Ramón. 1995. Derecho Administrativo, Tomo I. Madrid, Ed. Marcial Pons. p. 92.

procedimiento a un accesorio formal, el cual queda desconectado del fondo, de la sustancia de las decisiones administrativas”<sup>142</sup>.

Lo anterior cobra todavía más fuerza si, al respecto, recordamos el debate (ya en sede de acto administrativo) en torno a la función de la actividad administrativa: si los actos de la Administración se entienden como iniciativas cuyo fin último y exclusivo es la ejecución de ley (noción que viene dada a partir de los valores fundamentales del liberalismo decimonónico, como examinamos en su oportunidad, en el marco de lo que denominamos tradición<sup>143</sup>), entonces con mayor razón el procedimiento administrativo queda relegado a un control estrictamente formal del acto, por cuanto en lo sustantivo (vale decir, en el ámbito de las decisiones de políticas públicas con impacto social) quienes sostienen esta visión afirman que quien habla es el legislador, no la Administración.

Sin embargo, y tal y como ocurrió con la conceptualización de la función administrativa, a la gran tradición el devenir histórico impuso cuotas de realidad que, conscientemente o no; o incluso a pesar de la insistencia doctrinaria, fueron mutando, encontrando excepciones o abriendo espacios de discreción a la actuación administrativa (discreción que si bien seguía estando sujeta a

---

<sup>142</sup> CORDERO VEGA, Luis. 2005. Op. cit. p.306. El autor cita abundantemente a notorios exponentes de la doctrina nacional y comparada que parecen adscribir a dicha visión.

<sup>143</sup> Capítulo I, p. 28.

Derecho, podía no necesariamente estar pre-configurada por la programación legal<sup>144</sup>).

Lo mismo (veremos) ha ocurrido (o está ocurriendo) en cuanto a la función que cumple el procedimiento administrativo. Y es que hoy en día –guste o no a la doctrina mayoritaria- es posible observar que el procedimiento cumple un rol que supera con creces (en extensión e importancia) al mero control de formas legales, o de la competencia de los órganos y funcionarios que intervienen en la fabricación del acto administrativo terminal.

Si bien el debate acerca de la posibilidad efectiva de que la ley –el lenguaje contenido en la ley- sea capaz de abarcar la totalidad del ámbito de acción asignado a la actividad estatal es antiguo (aquí ya hemos tomado postura en el sentido de sostener que en caso alguno la ley contiene, al menos en el ámbito de interacción Administración-ciudadano<sup>145</sup>, decisiones prefiguradas ex ante a favor de los intereses de uno u otro<sup>146</sup>), y a nuestro juicio, ya zanjado, hoy es posible advertir un fenómeno que ni los más acérrimos defensores de la tradición pueden obviar.

Se trata del fenómeno de los mercados regulados, y del rol específico del regulador<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> SCHMIDT – ASSMAN, Eberhard. Loc. cit. p. 221.

<sup>145</sup> Que ha sido el objeto de nuestro análisis, pero los autores tenemos la convicción de que lo propio puede predicarse de las demás ramas del Derecho.

<sup>146</sup> Capítulo I, sección 3.1.1.

<sup>147</sup> Para una perspectiva general, ver MORAGA KLENNER, Claudio. 2004. Cuestiones Generales Sobre Regulación Administrativa. Revista de Derecho Público 66: 391-404.

El retroceso de la injerencia estatal de la economía (propiciado en occidente a partir de los años ochenta) vino aparejado, particularmente en los noventa, de un aumento extraordinariamente vertiginoso de la actividad reguladora.

Sin embargo, y con la creciente complejidad técnica que revisten dichos mercados, el legislador ha renunciado conscientemente a la posibilidad de introducir en la ley todos los elementos necesarios para la concreción de políticas públicas. Para ello, el lenguaje legislativo comienza progresivamente a recurrir a conceptos cuya concreción efectiva, que nada tiene de neutra políticamente, queda entregado a la Administración (por ejemplo, conceptos como “mejor tecnología disponible”, “política sanitaria”, “empresa eficiente”, “legítima razón de negocios”, etc.<sup>148</sup>

Vale decir, y como correctamente señala CORDERO:

“[...] es evidente que luego de los procesos de privatización y desregulación de la década de los 80, el modelo administrativo fue variando paulatinamente desde la perspectiva factual. La demanda de funcionamiento de la Administración queda volcada a las condiciones de regulación económica, como paradigma del nuevo bienestar, de manera que la accesibilidad procedimental comienza a desaparecer y los procedimientos administrativos se transforman en medios de determinación de contenidos de las competencias

---

<sup>148</sup> CORDERO VEGA, LUIS. 2002. Op. cit. p. 315. Para un completo análisis del alcance la problemática que puede suponer la indeterminación legislativa especialmente en materias de especialización técnica, Cfr. DESDENTADO DAROCA, Eva. 1997b. Loc. cit.



públicas, es decir se trasladan a la ejecución material de las potestades y no a las accesorias”<sup>149</sup>.

De este modo, las directrices legales dejan de bastarse por sí solas para la consecución de sus fines (determinados por la Constitución), sino que requieren además de su concreción de parte de la actividad reguladora de la Administración –que, no sólo “ejecutando” la ley, sino ponderando los intereses en juego y con perspectiva teleológica, es indispensable para la realización material de las políticas públicas-.

Naturalmente, la Administración no es libre para hacer operativa la (indeterminada) programación legal. Sus decisiones deben sujetarse al Derecho vigente, y particularmente, a los fines y garantías establecidos en la Carta Fundamental<sup>150</sup>. Sin embargo, dicho marco normativo ineludible no contiene, escondida entre sus normas para ser simplemente deducida por la Administración, la respuesta que pondere adecuadamente los intereses en juego y que cumpla adecuadamente con el objetivo de optimizar los derechos fundamentales de los intervinientes, y los derechos colectivos de la comunidad.

---

<sup>149</sup> *Íbid.* p. 314.

<sup>150</sup> No nos detendremos aquí en sopesar los rangos de discrecionalidad de la Administración para interpretar las normas con arreglo a la Constitución (interpretación de fines), aún si implica cierta incomodidad desde el punto de vista del tenor literal de la ley o de otra directiva interpretativa. Al entender superada la actividad administrativa como mera “ejecución del ley”, sin embargo, el lector ya puede desprender la postura tomada al respecto. Para una mayor profundización al respecto, ver PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2008e. Op. Cit.; FLORES RIVAS, Juan Carlos. 2007. Límites Constitucionales a las Facultades Interpretativas de la Administración. *Revista de Derecho Público*, 69(2): 60-84.

La garantía para que la decisión administrativa final sea jurídicamente satisfactoria, entonces, no viene dada únicamente por la correcta “aplicación” de normas, sino prioritariamente por la existencia de suficientes garantías procesales a lo largo del procedimiento de toma de decisiones (vale decir, el proceso de nacimiento del acto administrativo terminal): garantías de neutralidad, de transparencia, de debido proceso de ley. Desde este enfoque, la dinámica que se verifica entre los particulares y la Administración en el procedimiento administrativo se vuelve crítica: ya no sólo opera como una norma de control normativo de la decisión, sino que (mucho más importante) como eje fundamental de la creación de políticas públicas.

Se llega aquí a una interesante conclusión.

En capítulos anteriores se sostuvo que la discusión sobre el acto administrativo refleja una tensión inherente al Derecho Administrativo general, que caracterizamos como “actuación autónoma” versus “actuación intervenida”; es decir, un escenario donde se entrelazan los intereses del particular con las pretensiones de la Administración (todos ellos legítimos y sustentados normativamente), que no siempre coinciden –por lo que el ordenamiento jurídico proporciona herramientas para que cada parte tenga la oportunidad de prevalecer en la situación concreta-. Dichas herramientas, hemos sostenido, pueden ser encontradas en los elementos constitutivos del acto administrativo.

Tal escenario de encuentro no puede ser sino el procedimiento administrativo. Y el procedimiento administrativo, acabamos de examinar, es

mucho más que un intento de ordenación y control formal de la actuación administrativa: es el contexto natural de formulación de políticas públicas (orientadas y limitadas, pero no predeterminadas, por el marco normativo general, en especial constitucional)<sup>151</sup>.

De lo anterior se sigue, entonces, que la conformación operativa de la actividad administrativa (por ejemplo, reguladora) obedece a una dinámica conversacional (procedimental) entre el particular y la Administración, en virtud de la cual se dota de un contenido concreto y operativo a la programación legal. A su turno, los valores o tópicos que están en juego, y que el ordenamiento pone a disposición de los intervinientes para hacer valer sus pretensiones, pueden encontrarse dentro de las dos grandes fuerzas que condicionan la relación entre el Estado y el ciudadano: la tradición (y la pretensión que la libre determinación individual no sea entorpecida por el poder estatal) y la realidad (la constatación que la satisfacción de derechos colectivos supone un grado heterónimo de intervención estatal).

El cambio de paradigma llama poderosamente la atención:

---

<sup>151</sup> En este sentido, el profesor CORDERO clasifica en tres las funciones del procedimiento: (i) como mecanismo de garantía al particular; (ii) como mecanismo de ordenación de la actividad administrativa; y (iii) como mecanismo de composición de intereses. Vid. CORDERO VEGA, Luis. 2003. El Procedimiento Administrativo. Santiago, Lexis Nexis. pp. 23-39. Como puede apreciarse, el autor identifica que el procedimiento encierra una perspectiva que impulsa los intereses particulares (*tradición*); una que permite llevar adelante las pretensiones de intervención administrativa (*realidad*); y, naturalmente, una perspectiva que reconoce al procedimiento como un escenario de encuentro de las dos primeras (composición de intereses).

De una función administrativa configurada como la ejecución de ley (voz del legislador), y un procedimiento que sirve apenas como control formal de dicha ejecución, pasamos a entender a la función administrativa (expresada terminalmente en el acto administrativo) y al procedimiento administrativo como un reconocimiento que el interés individual y la intervención estatal coexisten en permanente tensión, y que la decisión institucional final no viene dada por el legislador, sino por la interacción (normada, delimitada por el legislador) entre ambas fuerzas. Dicha interacción, que es la única que puede dar lugar a la creación de políticas públicas conformes a la Constitución, tiene como escenario al procedimiento administrativo, que es el lugar donde los intereses en juego se *ponderarán* (caso a caso, sin soluciones *ex ante* de parte normas abstractas generales).

El procedimiento se eleva entonces como fundamental y sustantivo, y particularmente en un contexto de fuerte regulación administrativa como es el actual, parece convertirse en uno de los aspectos más importantes, sino el más, de la participación ciudadana en un sistema democrático.

CORDERO VEGA lo ilustra de la siguiente manera:

“El procedimiento administrativo en esta óptica exige identificar en su interior el interés público, que no es el interés del Estado o del ente público, sino el interés que deriva de la función procedimental entre el interés público hecho valer por el ente público y el interés privado hecho valer por el ciudadano o los interesados. Ese es el nuevo interés público. Todo ello no significa que el

interés general deje de primar sobre el privado, pero sí exige considerar que el procedimiento administrativo repudia la decisión unilateral del Estado, sin la consideración de los intereses ciudadanos en juego. Esto implica dejar de lado la visión de interés público rígido y predeterminado absolutamente por la ley. Sin embargo, esta forma de composición de intereses, mirando el interés público como interés de la colectividad, no debe confundirse con los intereses de grupo, pues su compromiso tiene que ver con su interés privado<sup>152</sup>.

Lo anterior nos lleva inmediatamente a preguntarnos de qué manera concreta es posible encontrar en el procedimiento administrativo chileno las herramientas que, al igual que se pudo apreciar en el estudio de la teoría del acto administrativo, tienden a la consecución de las pretensiones del particular y de la Administración, respectivamente; vale decir, dónde podemos encontrar herramientas de actuación intervenida y actuación autónoma, que sean útiles al operador al momento de entrar al ruedo del escenario que hemos estudiado: el procedimiento administrativo de la Ley N° 19.880.

Al efecto, y como anunciáramos al inicio de este capítulo, primero se repasará la existencia de estas fuerzas en tensión dentro del esquema de principios y garantías que contiene nuestra LBPA. Posteriormente a ello examinaremos en forma particular las herramientas concretas de actuación autónoma e intervenida dentro del procedimiento.

---

<sup>152</sup> *Íbid.* p. 36.

## 2. Principios y garantías de la LBPA

### 2.1. Régimen jurídico común establecido para la Administración de los órganos del Estado

Si bien la función y naturaleza del procedimiento administrativo, según la hemos descrito en la sección 1 anterior, excede la mera ordenación de las ritualidades que debe seguir la Administración, y excede también su conceptualización como un conjunto de garantías del ciudadano (por cuanto también se presenta como el escenario de configuración institucional de políticas públicas), la estructura normativa del procedimiento (su regulación positiva) sigue tributando de su conceptualización tradicional. Por ende, no debe sorprendernos que el lenguaje legal para estructurar la regulación procedimental tenga como trasfondo la ordenación de las formas y el establecimiento de garantías.

Así, normativamente la actuación de la Administración del Estado se encuentra sometida al principio de legalidad, que supone el sometimiento completo de los organismos de la Administración Pública al Derecho vigente (artículos 6°, 7° CPol y 2° LOCBGAE). Dicho aspecto, hemos visto, forma parte de los elementos del acto administrativo que tienen hacia la actuación intervenida de la Administración, por cuanto su actuación puede verse limitada y

revisada a la luz de las garantías fundamentales contenidas en la Carta Fundamental.

En este sentido, la Constitución establece expresamente en su artículo 7° que para que los Órganos del Estado efectúen una actuación válida, ésta debe ajustarse a las “formas” que la Ley prescriba.

En conformidad con lo anterior, la doctrina nacional ha considerado que esta denominación admite dos acepciones fundamentales<sup>153</sup>:

- a) Forma como sinónimo de procedimiento o conjunto de diligencias encaminadas a obtener la dictación de un acto público, en virtud del cual, para la válida aplicación de las reglas que lo constituyen es preciso que la autoridad administrativa se atenga al procedimiento y a la solemnidad de expresión previstos por la Constitución y la Ley (artículo 63 N° 18 CPol).
- b) Forma como sinónimo de solemnidad de expresión del acto, a la externalidad que se debe observar, a cómo se manifiesta documentalmente hacia el exterior la voluntad de la autoridad administrativa, en función de la cual, la Administración del Estado sólo pueden manifestar válidamente su voluntad orgánica mediante los procedimientos y formas de documentación previstos por la Constitución y la Ley.

---

<sup>153</sup> CORDERO VEGA, Luis. 2008. Procedimiento Administrativo: Desarrollo y Perspectivas. En: PANTOJA BAUZÁ, Rolando (coord.). 2008a. Op. cit. p.334.

En definitiva, dentro de las actuaciones de la Administración las formas tienen la finalidad de amparar a los ciudadanos frente a la actividad estatal, evitando así que dichas actuaciones se tornen arbitrarias y causen daños ilegales y/o ilegítimos a la colectividad, constituyendo el principal medio de seguridad jurídica para los administrados, en razón de lo cual (dentro de esta perspectiva), resulta plenamente lógica la exigencia de “reserva de ley” que la Carta Fundamental impone a la Administración Pública procedimentalmente<sup>154</sup>.

En este sentido, GORDILLO se refiere a esta materia señalando que el procedimiento administrativo establece las “[...] reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa<sup>155</sup>”.

En conformidad con lo anterior, este autor señala que el procedimiento administrativo se relaciona con la participación y defensa de los interesados (un particular, un funcionario o una autoridad pública, una persona jurídica, etc.) en todas las etapas de la preparación de la voluntad de la administración pública, debiendo poner principal énfasis en la defensa de los administrados y como lógica consecuencia de ello, la impugnación de los actos y procedimientos administrativos por parte de éstos.

---

<sup>154</sup> Íbid. p. 334. El autor señala que “Actuar al margen de las ‘formas’ constitucionalmente exigidas implicaría aceptar que son legítimas las vías de hecho, lo que violenta no sólo el sentido común, sino las más básicas y elementales reglas del Estado de Derecho. De manera que el operador jurídico debe, por exigencia constitucional, reconducir la intervención administrativa a actos (previsto en el caso de las actuaciones materiales) ajustados a un procedimiento exigido por la Constitución.

<sup>155</sup> GORDILLO, Agustín. Loc. cit. p. IX 8.



Así, GORDILLO señala que dicho procedimiento administrativo se ocupa “[...] de los recursos, reclamaciones y denuncias administrativas: sus condiciones formales de procedencia, el trámite que debe dárseles, los problemas que su tramitación puede originar y cómo y por quién deben ser resueltos; pero no estudia cómo deben ser resueltos todos los problemas de fondo que dichos recursos, etc., puedan plantear, salvo que estén íntimamente ligados a un problema procedimental.”

A ello, y siempre dentro del lenguaje de las garantías, PONCE SOLE agrega: “[...] el procedimiento administrativo es un modo de desarrollo de la función administrativa al servicio de los intereses generales, contraponiendo con esta concepción, que lo ve como un elemento meramente formal del acto definitivo, que lo aprecia como apéndice del acto administrativo, de forma que no existe ningún fundamento para considerar al procedimiento como formal. La LBPA distingue netamente entre la forma de exteriorización del acto administrativo (art. 3°), que no es forma, sino que está conectado directamente con el fondo, con el contenido de la decisión final adoptada”.

En relación a lo anteriormente expuesto, y de conformidad a lo expuesto por CORDERO<sup>156</sup>, la Administración del Estado se encuentra sometida o sujeta a cinco tipos de tipicidad:

---

<sup>156</sup> CORDERO VEGA, Luis. 2006. La Supletoriedad de la Ley de Procedimiento Administrativo. Acto y Procedimiento Administrativo: Actas II Jornada de Derecho Administrativo. Santiago, Ed. Universitaria. pp. 49-701

- a) Tipicidad organizacional: En la que corresponde a la Ley definir los organismos administrativos que se crean y cuáles son sus estructuras orgánicas.
- b) Tipicidad competencial: Es la que otorga la Ley a un órgano determinado, que es el único que la puede ejercer, salvo los casos de alteración de la misma previstos por ley.
- c) Tipicidad procedimental: Que se expresa mediante las normas de procedimiento establecidas que la Administración ha de respetar en su actuación.
- d) Tipicidad teleológica: En virtud de la cual, las potestades solamente pueden ser ejercidas para los fines previstos por las normas que las otorgan, de manera que de no hacerlo se dictan actos arbitrarios o con abuso que pueden ser constitutivos de desviación de poder.
- e) Tipicidad presupuestaria: Es aquella que supone la necesidad de autorización de la Administración para proceder al gasto público, la limitación de la cantidad a gastar y la fijación del destino de los créditos aprobados.

En conformidad con lo anterior, la administración pública debe desenvolverse y desarrollarse a través de un marco normativo común y unitario, los que actúan como elementos garantistas para los ciudadanos y la colectividad, dotando de criterios comunes al sistema jurídico a fin de evitar discriminaciones injustificadas.

En este contexto es que la Constitución impone al legislador la exigencia que la administración pública mantenga “bases generales” comunes para todos los sujetos administrativos, debiendo establecer una regulación uniforme y general cualquiera sea la actuación administrativa y el órgano que intervenga<sup>157</sup>.

Las razones que justifican la decisión constitucional de bases generales son principalmente las siguientes:

- a) La necesidad de tener una regulación común que supera a las sectoriales, debido a que la colectividad no debe sufrir la fragmentación estatal organizativa, y
- b) El principio de unidad y uniformidad exige que los ciudadanos sean tratados de manera equivalente ante la administración pública, con indiferencia del sector administrativo específico.

Así, “[...] el procedimiento administrativo de ‘bases’ tiene por finalidad establecer y regular las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa, garantías que deben ser comunes a todos los órganos administrativos, para asegurar la igualdad sustancial de todos los ciudadanos en sus relaciones con ellas, lo que vincula el procedimiento administrativo

---

<sup>157</sup> En este sentido, CORDERO VEGA, Luis. 2006. Op. cit. Señala “De este modo, tipicidad y sistema jurídico común son dos elementos constitutivos básicos del diseño constitucional de la Administración Pública, lo que exige entenderlas como condiciones para los desarrollos legislativos posteriores, siguiendo a su vez una interpretación lógica y armónica en la Constitución” (op.cit. loc.cit).

‘común’ a la igualdad ‘básica’ en el ejercicio de los derechos y deberes fundamentales, que el propio Estado tiene la obligación de garantizar<sup>158</sup>”.

A modo de conclusión, cabe destacar lo expuesto por CORDERO<sup>159</sup>, en torno a que la idea que subyace a todas las legislaciones que regulan los procedimientos administrativos se fundamenta en un conjunto de mecanismos que no sólo establecen la forma y modo de ordenar el funcionamiento de la Administración del Estado, sino esencialmente tener un sistema de garantía de derechos de las personas frente a la actividad estatal.

En concordancia con lo anteriormente expuesto, normativamente el procedimiento administrativo representa el sistema destinado a introducir cautelas y garantías respecto a las situaciones jurídicas en que los ciudadanos se verán afectados por actos administrativos. Tal es la conceptualización constitucional y legal vigente en el ordenamiento jurídico chileno, que (según se ha visto) no reconoce la función fundamental del procedimiento, consistente (por cierto sin desconocer el aspecto ordenador y de garantías) en configurarse como el escenario de encuentro con el ciudadano para la concreción de políticas públicas.

---

<sup>158</sup> MENÉNDEZ REXACH, A; RODRÍGUEZ-CHAVÉZ, B Y CHICHILLA PEINDADO, J. 2005. Las garantías básicas del procedimiento administrativo. Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad. p 18.

<sup>159</sup> *Ibid.* p. 335. Ver además MESEGUER YEBRA, Joaquín. 2000. El Principio Non Bis in Idem en el Procedimiento Administrativo Sancionador. Barcelona, Ed. Bosch. 72p.

## 2.2. Principios de la LBPA y actuación autónoma e intervenida de la Administración (2.2)

La LBPA tiene como objetivo establecer y regular las bases del procedimiento administrativo de un modo principal y supletorio, dependiendo de si otras leyes sancionan procedimientos especiales.

En función de este cuerpo normativo, el Estado se niega a regular un procedimiento administrativo único, dándose preferencia a la aplicación de normas especiales que regulen ciertos procedimientos particulares, de forma tal que la LBPA solo sea aplicable en los casos que no exista un procedimiento administrativo reglado, o a fin de cubrir vacíos en los procedimientos existentes.

Sin perjuicio de lo anterior, y de acuerdo a MORAGA, “Todo procedimiento administrativo forma debe necesariamente pasar por etapas predefinidas en la LBPA, las que a falta de otra norma reguladora son la iniciación, instrucción, la finalización y la comunicación. Con lo anterior, queda vedado a la autoridad administrativa alterar la forma y el orden del procedimiento, no obstante que la potestad que se ejerza en el contenido del acto terminal sea puramente discrecional, puesto que la libertad decisional que le otorga la ley no se extiende al procedimiento<sup>160</sup>”.

---

<sup>160</sup> MORAGA KLENNER, Claudio. 2004. Op. cit. p. 229.

En conformidad a dichas etapas o fases, la LBPA establece ciertas ideas matrices o “principios” destinados a regular los actos necesarios para la sustanciación del procedimiento administrativo.

En el artículo 4 de la LBPA se encuentran establecidos estos principios: i) escrituración, ii) gratuidad, iii) celeridad, iv) conclusivo, v) economía procedimental, vi) contradictoriedad, vii) imparcialidad, viii) abstención, ix) no formalización, x) inexcusabilidad, xi) impugnabilidad, xii) transparencia y xiii) publicidad.

Tales directrices proporcionan una regulación para todos quienes intervienen en el procedimiento administrativo, cuya función es entregar eficacia, rapidez y transparencia necesarias en las actuaciones que se van a llevar a cabo. De esta manera constituye la normativa aplicable principalmente al comportamiento del órgano administrativo.

Cabe mencionar que estos principios o ideas centrales dispuestas por el legislador, que constituyen Derecho vigente, al obligar directa e indirectamente a quienes intervienen en un Procedimiento Administrativo, deben ser aplicados e interpretados no solamente en caso que el texto de la norma contenga pasajes oscuros o contradictorios, sino que debe ser utilizando integrando todos los elementos de interpretación jurídica que nos aporta el ordenamiento jurídico.

Junto con ofrecer una breve conceptualización de cada uno de los principios antes citados, será necesario preguntarse (siguiendo la línea de análisis que se ha planteado a lo largo de este trabajo) de qué manera cada principio puede

enmarcarse como soporte para la argumentación tendiente hacia una actuación autónoma e intervenida. Naturalmente, la LBPA se encuentra axiológicamente formulada como una herramienta de balance de la normal asimetría que suele verificarse en la relación entre el particular y la Administración dentro del procedimiento, de manera que será sencillo advertir que en su mayor parte, los principios contenidos en esta ley tienden a encaminarse hacia un mayor resguardo de los intereses y derechos del particular (como se espera de un sistema democrático liberal).

#### 2.2.1. Principios o pautas adscritas a la instrucción del Procedimiento

##### A) Principio de escrituración:

El artículo 5 de la LGPA establece que “El procedimiento administrativo y los actos administrativos a los cuales da origen, se expresarán por escrito o por medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia”.

La relevancia de este principio radica en que, a través del medio escrito, se emite y queda manifiesta la voluntad administrativa, otorgando seguridad jurídica en torno a la decisión tomada en este Procedimiento Administrativo.

Adicionalmente, el artículo 18 de la LBPA complementa lo anteriormente expuesto, señalando que todo procedimiento administrativo debe verse plasmado en un expediente, que puede ser escrito o electrónico, los que deben construirse a partir de la incorporación ordenada y sucesiva de documentos, pruebas, informes, notificaciones, diligencias y actos provenientes de los interesados, del órgano administrativo a cargo de la sustanciación del procedimiento, así como de otros entes llamados a participar en dicho procedimiento.

Cabe examinar cómo este principio podría contribuir al fortalecimiento de pretensiones de actuación autónoma o intervenida.

i. Actuación intervenida

La existencia de un procedimiento administrativo escriturado -materializado en la forma de un expediente administrativo- constituye una garantía fundamental para que el particular pueda intervenir en la actuación de la Administración del Estado<sup>161</sup>.

Asimismo, se vincula directamente con el principio fundamental (de rango constitucional) de fundamentación de los actos administrativos (que, como se examinó, tiende a la actuación intervenida de la Administración), toda vez que

---

<sup>161</sup> Y en tal sentido lo reconoce la jurisprudencia administrativa: ver Dictámenes de la CGR N° 60.490 de 2008; N° 11.530 de 2009; N°79.645 de 2011; N° 38.502 de 2012, entre otros.



*fuera* de la exigencia de expresar las motivaciones del acto terminal (que se contienen en el soporte material del acto mismo), los fundamentos de hecho de la decisión sólo pueden ser fidedignamente registradas en el expediente.

Vale decir, el ordenamiento jurídico exige a la Administración del Estado que sus decisiones, cuando afectan los derechos de particulares, deban encontrarse debidamente fundamentadas tanto en su aspecto fáctico (hechos, antecedentes) como normativo (aplicación del Derecho vigente), donde dichos fundamentos (consistentes, por ejemplo, en inspecciones en terreno, emisión de informes, etc.) deben estar siempre a disposición y en conocimiento del afectado.

Cabe detenerse, entonces, en las disposiciones legales que dan cuenta de lo expresado anteriormente.

En primer lugar, el inciso tercero del artículo 18 de la LBPA dispone:

“Todo el procedimiento administrativo deberá constar en un expediente, escrito o electrónico, en el que se asentarán los documentos presentados por los interesados, por terceros y por otros órganos públicos, con expresión de la fecha y hora de su recepción, respetando su orden de ingreso. Asimismo, se incorporarán las actuaciones y los documentos y resoluciones que el órgano administrativo remita a los interesados, a terceros o a otros órganos públicos y las notificaciones y comunicaciones a que éstas den lugar, con expresión de la fecha y hora de su envío, en estricto orden de ocurrencia o egreso”.

Agrega, a continuación, el inciso cuarto:

“Además, deberá llevarse un registro actualizado, escrito o electrónico, al que tendrán acceso permanente los interesados, en el que consten las actuaciones señaladas en el inciso precedente, con indicación de la fecha y hora de su presentación, ocurrencia y envío”.

En el expediente administrativo, entonces, deben constar todas las diligencias (en orden cronológico) de fiscalización efectuadas por el órgano, y todos los documentos en los que la decisión habría de fundarse.

A su turno, el artículo 17 de la LBPA reconoce la obligación administrativa anteriormente expresada como un derecho del administrado, disponiendo al efecto:

“Artículo 17. Derechos de las personas. Las personas, en sus relaciones con la Administración, tienen derecho a: [...]

- a) Conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente [...].
- b) Acceder a los actos administrativos y sus documentos, en los términos previstos en la ley.

Las normas precedentemente citadas, y si se leen bajo el prisma del deber de fundamentación, no tienen una finalidad meramente informativa respecto del administrado, sino que tiene por función, además, garantizar la transparencia

del procedimiento y, por sobre todo, asegurar que la decisión administrativa contenga y exprese con toda claridad los fundamentos de hecho en los que se basa. Dichos fundamentos sólo pueden constar en el expediente administrativo llevado a tal efecto, por cuanto lo contrario implicaría que la Administración estaría considerando en su decisión antecedentes y pruebas que no fueron puestas a disposición del interesado, lo cual redundaría inadmisiblemente desde el punto de vista de la transparencia administrativa.

Consecuencia lógica de lo anterior es que la Administración debe contar con dichos antecedentes de hecho antes de emitir el acto administrativo terminal, y asimismo, tener dicha información a entera disposición del administrado, por cuanto de lo contrario, podría argumentar el particular, la decisión sólo podría obedecer a la arbitrariedad o el capricho de la autoridad (que resuelve sin ponderar los antecedentes de hecho disponibles, como sin duda ha ocurrido en el presente caso). La forma jurídicamente correcta de incorporar al procedimiento los antecedentes de hecho que pretenda hacer valer el ente administrativo, entonces, consiste en la confección del respectivo expediente, que debe cumplir todas las exigencias establecidas por la ley, y ser puesto a disposición del interesado a solicitud del mismo.

Los fundamentos de hecho del acto administrativo no sólo deben enunciarse al momento de su dictación, sino que además deben encontrarse acreditados en la forma prescrita por la ley –en este caso, por medio del expediente administrativo respectivo-. Así lo ha expresado, además, la Il<sup>ta</sup>. Corte de

Apelaciones de Temuco, en sentencia Rol N° 242-2008 (de fecha 3 de junio de 2008), estableciendo:

“8) Que para que un acto administrativo pueda ser dictado válidamente se deben cumplir una serie de requisitos, que se deducen de las exigencias previstas en la ley 19.880 a saber: a) que el órgano tenga competencia; b) que una norma expresa autorice la actuación; c) que el funcionario interprete adecuadamente la norma; d) que constate la existencia de una serie de hechos del caso concreto, y e) que esos supuestos de hecho concuerden con la norma y con los presupuestos de hecho. Todo ello es lo que puede conducir a la declaración de voluntad orgánica que se concreta en el acto administrativo.

9) Que conforme al inciso segundo del artículo 11 de la ley 19.880 establece que los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos. **Ello conlleva que tales antecedentes o circunstancias de hecho o de derecho, que en cada caso llevan a dictarlo, se expresen materialmente en el mismo acto y que éstos deban existir o concurrir al tiempo de emitirse el acto.**

10) Que este requisito de validez de los actos administrativos es quizás el más importante que se prevé para el control de su legalidad a fin de que no

se convierta en arbitraria su actuación. **No puede la administración, y específicamente la Inspección del Trabajo, dictar actos fundados en hechos que no existen o que no se expresan; no acreditados en la forma establecida en la norma, o no concordantes con el antecedente de prueba que se invoca en el mismo acto. En tal evento cualquier calificación jurídica administrativa que se efectúe en el acto sancionatorio que se efectúe carece de validez, ya que no aparece justificada en los supuestos que permiten llegar a la misma, a saber los hechos observados, percibidos y comprobados real, objetiva y directamente por el fiscalizador”** (sin énfasis en el original).

De este modo, aún si los antecedentes de hecho que respaldaren la decisión efectivamente existieren (sin haberse acreditado por la Administración en el procedimiento), el acto administrativo resultaría igualmente inválido en razón de haberse quebrantado el principio de escrituración –leído en clave de fundamentación.

## ii. Actuación autónoma

De lo dicho hasta aquí fluye claramente que la exigencia de escrituración del procedimiento, y de la existencia del expediente administrativo, constituye una garantía que (en tanto establecida a favor del particular) promueve principalmente la actuación intervenida de la Administración –ya que sólo

mediante la certeza sobre los fundamentos y antecedentes que circundan el acto terminal puede el particular ejercer su derecho a oponerse a aquél-.

Sin embargo, la existencia del expediente también obliga al particular a aportar al mismo los antecedentes que tenga a su disposición –so pena, por ejemplo, que en instancias superiores se le objete haber omitido dicho deber. En tal sentido, la CGR ha establecido:

“Sobre el particular, cabe manifestar que de acuerdo con el artículo 21, inciso primero, del decreto N° 290, de 1993, del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Reglamento de Concesiones de Acuicultura, es el titular de la concesión quien puede solicitar su modificación para incluir en ella una o más especies diferentes de las autorizadas originalmente, por lo que no constando en el expediente administrativo la intervención del concesionario requiriendo la incorporación de las especies individualizadas en el acto de la suma, no resulta procedente que la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas resuelva de manera oficiosa modificar la concesión en los términos recién expuestos” (Dictamen N° 9.207 de 15 de febrero de 2007)

Si bien el particular siempre podrá acompañar los antecedentes respectivos en el proceso jurisdiccional, la ausencia del expediente administrativo puede debilitar su posición<sup>162</sup>.

---

<sup>162</sup> De hecho, existen hipótesis legales en que ello puede ocurrir: por ejemplo, en el nuevo procedimiento de reclamación tributaria, si el contribuyente (en la fase administrativa de fiscalización) no aportó los antecedentes específicamente

B) Principio de Celeridad:

El artículo 7 de la LBPA prescribe:

“El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites.

“Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión.

“En el despacho de los expedientes originados en una solicitud o en el ejercicio de un derecho se guardará el orden riguroso de ingreso en asuntos de similar naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia.”

En conformidad con dicha norma, la autoridad administrativa debe impulsar el procedimiento de oficio, o sea por iniciativa propia del organismo, sin esperar un acto o solicitud de un interesado, quedando obligados tanto en el inicio como en sus etapas sucesivas a hacer progresar los procedimientos administrativos, facilitando de esta manera los trámites a cumplir.

---

solicitados por el Servicio de Impuestos Internos, entonces no los podrá hacer valer en la fase jurisdiccional (artículo 132 inciso onceavo del Código Tributario).

Cabe mencionar que este principio también se encuentra en los artículos 3 y 8 de la LOCBGAE, en razón de lo cual la Administración se encuentra obligada a realizar las actividades necesarias para satisfacer el interés público, incluso sin importar la actividad de los interesados, desarrollando las actividades necesarias para llegar a la decisión final.

No obstante lo anterior, este principio no es absoluto en cuanto a su aplicación, puesto que existen Procedimientos Administrativos de interés privado, en los cuales no existe un interés administrativo o general de por medio, sin que en la especie sea necesaria una actuación de oficio de la administración, sin perjuicio de lo cual, este principio de todas formas es llevado a la práctica motivado por el interés de las partes en la solución rápida y eficiente del procedimiento.

Finalmente, cabe destacar que también es posible divisar este principio en el artículo 63 de la LBPA relativo a la tramitación de un procedimiento de urgencia, el que señala que en caso que razones de interés público lo ameriten, será posible ordenar, de oficio o a petición del interesado, que al procedimiento se le aplique la tramitación de urgencia.

En tales circunstancias, los plazos establecidos para el procedimiento ordinario se reducirán a la mitad, salvo los relativos a la presentación de solicitudes y recursos, sin que exista recurso alguno en contra de la decisión que ordene la aplicación de la tramitación de urgencia al procedimiento.



Cabe examinar cómo el principio de celeridad puede tender a fortalecer argumentos de actuación autónoma e intervenida:

i. Actuación intervenida

El principio de celeridad puede constituir (y especialmente a la luz de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema, según se verá) una poderosísima herramienta de actuación intervenida para el particular.

En efecto, la tardanza extrema en la producción de la decisión terminal por parte de la Administración redundante, a ojos de nuestros tribunales superiores de justicia, lisa y llanamente en denegación de justicia para el particular, conllevando incluso la ineficacia del procedimiento. La Corte Suprema, en fallos divididos (causas roles 2847-2009; 3415-2009; 5412-2009; 5418-2009; 5622-2009; 5623-2009; 5666-2009; 5761-2009; 5933-2009 y 6233-2009), desestimó las multas aplicadas a las empresas Ibener, Arauco, Colbún, CGE, Endesa, Guacolda, Transelec, Eléctrica Santiago, Pehuenche y San Isidro, por la caída del suministro eléctrico acaecido en noviembre de 2003. Ello, aplicando la teoría que la doctrina<sup>163</sup> ha denominado decaimiento del procedimiento administrativo, y cuyo fundamento normativo se encuentra precisamente en el principio de celeridad consagrado en el artículo 7° de la LBPA (como, asimismo, en los

---

<sup>163</sup> Ver, a modo general, MESEGUER YEBRA, Joaquín. 2002. Loc. cit.; GÓMEZ PUENTE, Marcos. 2002. La Inactividad de la Administración. 3ª Ed. Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi. 1060p.

principios de eficacia y eficiencia del artículo 5° inciso primero y 11° de la LOCBGAE).

Más recientemente, la Corte de Apelaciones de Santiago (recogiendo dicha jurisprudencia), ha expresado:

“Del mérito de los antecedentes es posible establecer que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles dejó transcurrir casi cuatro años desde que la empresa reclamante expusiera sus descargos para pronunciarse sobre la reposición incoada dictando el acto decisorio. Tal plazo excede todo límite de razonabilidad, contrariando diversos principios del derecho administrativo obligatorios para la Administración. En efecto, la demora inexcusable de la reclamada afectó en primer término el principio del debido proceso ya que frente a un procedimiento racional y justo la sentencia debe ser oportuna, según lo ha sostenido reiteradamente la Excma. Corte Suprema, opinión que estas sentenciadoras comparten y que recogen en esta resolución”<sup>164</sup>.

La resolución agrega:

“Se ve vulnerado el principio de la eficacia y eficiencia administrativa, consagrado en diversas disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. A este respecto, el artículo 3 inciso 2° dispone que ‘La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de

---

<sup>164</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 9 de julio de 2012, Rol N° 6223-2009.

oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes'. A su vez, el artículo 5º inciso 1º señala que 'Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública'. Por otra parte, el artículo 11 de la misma ley relaciona la eficiencia y eficacia con la oportunidad en que se realiza la actuación administrativa, al disponer que 'Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia. Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones'. Que, además, la ineficiencia administrativa demostrada con la tardanza antes descrita vulnera el principio de celeridad, consagrado en el artículo 7º de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que dispone que 'El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites'. Esta demora también vulnera el principio conclusivo establecido en el artículo 8 de la Ley 19.880, pues desvirtúa el fin último del procedimiento administrativo que consiste en que 'la Administración dicte un

acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad".

Asimismo, añade, "como se viene razonando la tardanza en resolver oportunamente produce el efecto jurídico que se traduce en una especie de decaimiento administrativo sancionatorio, esto es, su extinción y pérdida de eficacia. Que el decaimiento se ha definido como la extinción de un acto administrativo, provocado por circunstancias sobrevinientes de hecho o de derecho, que afectan su contenido jurídico, tornándolo inútil o abiertamente ilegítimo. Y en el caso de autos, es el tiempo excesivo transcurrido para la resolución final con la imposición de la sanción que alcanzó a más de cuatro años desde que la reclamante presentó sus defensas y se resolvió la reposición respectiva que ésta había incoado".

Pese a que, por regla general, se entiende que los plazos administrativos fijados para la Administración no son de carácter fatal, el principio de celeridad ofrece una clara herramienta de actuación intervenida al afectar la decisión terminal (dejándola sin efecto) sólo por la circunstancia de haber transcurrido un tiempo más allá de lo razonable en la producción del acto terminal.

## ii. Actuación autónoma

El principio de celeridad no solamente opera como una garantía para el particular, sino también como un mecanismo de mejor gestión interna de los

órganos del Estado, particularmente respecto de funciones de fiscalización como las ejercidas por la Contraloría General de la República.

Así lo ha establecido el órgano contralor, por ejemplo, a través de los Dictámenes N° 6369 de 2010; N° 53.114 de 2008; N° 52.712 de 2011; y N° 7.445 de 2012, entre otros.

C) Principio de Economía Procedimental:

Este principio establece que la administración debe actuar con eficacia economizando al máximo los medios, para de esta forma evitar tramites innecesarios, que puedan dilatar o ser inútiles para la tramitación del procedimiento administrativo. Incluso en los casos en que el procedimiento exija que los trámites se resuelvan de manera sucesiva, estos deben hacerse de manera ágil y sin mayores demoras.

En este contexto, el artículo 9 de la LBPA señala, al efecto, lo siguiente:

“La Administración debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios.

Se decidirán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo, siempre que no sea obligatorio su cumplimiento sucesivo.

Al solicitar los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos, deberá consignarse en la comunicación cursada el plazo establecido al efecto.

Las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, a menos que la Administración, por resolución fundada, determine lo contrario”.

Conforme a este principio se deben tratar de lograr en el proceso los mayores resultados con el menor empleo posible de actividades, recursos y tiempos del órgano judicial. En efecto, dicho principio exige, entre otras cosas, que se simplifiquen los procedimientos y se delimite con precisión la controversia; que sólo se admitan y practiquen pruebas que sean pertinentes y relevantes para la decisión de la causa; y que se desechen aquellos recursos e incidentes que sean notoriamente improcedentes.

Ahora bien, sin perjuicio que este principio tiene un sustento basado en el ámbito de la economía, como ciencia de la escasez, en virtud del cual el término de mayor relevancia es la eficiencia ya que ella atiende a la consecución del máximo nivel de satisfacción posible a alcanzar con los recursos disponibles en el sistema económico, cabe recordar que para las ciencias de la administración, se le atribuirá los valores de eficacia y eficiencia organizacionales a un determinado procedimiento en la medida en que las metas propuestas se logren con mejores medios, a menor costo y menor esfuerzo, siempre que ello no implique la vulneración de los derechos de las partes que participen en dicho proceso.

Por otra parte, podemos observar que este principio también se encuentra incorporado en el artículo 33 de la LBPA referente a la acumulación y desacumulación de expedientes, en virtud del cual, el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros más antiguos con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, o su desacumulación.

Cabe referirse a la forma en que este principio puede ser orientado a fines de actuación intervenida y autónoma.

i. Actuación intervenida

El principio de economía procedimental, como hemos visto, tiene una faceta de defensa del interés particular en la medida que busca optimizar el proceso de toma de decisiones de la Administración reduciendo al mínimo posible aquel lapso de incertidumbre jurídica que media entre la realización de una solicitud y su resolución final. Asimismo, busca minimizar los costos de transacción asociados al procedimiento, tanto en lo que respecta a los esfuerzos del particular como los del órgano mismo.

La situación en que más habitualmente este principio ha sido utilizado para tender a la actuación intervenida de la Administración ha consistido en el caso en que al particular se le ha exigido aportar dos o más veces antecedentes al

procedimiento<sup>165</sup>, o someterse por segunda vez al examen del cumplimiento de ciertos requisitos (que ya fueron cumplidos en su oportunidad).

Algunos ejemplos de lo anterior:

- Licitaciones en que los participantes han presentado sus ofertas por escrito, donde luego se les exige subirlas en formato electrónico a un sitio web<sup>166</sup>;
- Colegios particulares pagados que optan por incorporarse al sistema de financiamiento compartido del DFL N° 2 de 1998 del Ministerio de Educación, a los que se les exige acreditar nuevamente el cumplimiento de requisitos que ya se satisficieron al momento de entrar en funcionamiento<sup>167</sup>;
- Exigencia de aportar antecedentes antes de la presentación de una oferta en un procedimiento de licitación, que suponen la evaluación o cumplimiento anticipado de las bases respectivas<sup>168</sup>.

## ii. Actuación autónoma

---

<sup>165</sup> Este aspecto –evitar la doble presentación de antecedentes- tiene por lo demás consagración legal expresa, tanto en la LBPA (Art. 17 letra c); como en leyes especiales (por ejemplo, artículo 8 bis del Código Tributario).

<sup>166</sup> En este caso, la CGR estimó no ajustadas a Derecho las bases especiales que así lo disponían. Ver Dictamen N° 53.520; N° 47.560 y N° 47.561, todos de 2008.

<sup>167</sup> Dictamen N° 10.241 de 2006; N° 59.881 de 2003.

<sup>168</sup> Dictamen N° 11.955 de 2009.



El principio de economía procedimental también tiene usos que tienden a la actuación intervenida de la Administración –pese a que su concepción doctrinaria habitual la sitúa claramente como una garantía del particular-.

Ejemplos de lo anterior son los siguientes:

- Diversas decisiones (manifestaciones de voluntad), referidas a distintas materias, son adoptadas por la autoridad en una misma resolución. El particular se opone objetando, entre otras cosas, que una de dichas decisiones estaba sujeta a formalidades ulteriores especiales (concretamente, reducción a escritura pública del acto), pero la CGR establece como principio general que el principio en análisis permite incluir tales decisiones en un mismo soporte material<sup>169</sup>.
- Miembros de diversas comisiones (de carácter académico, entre ellas evaluadoras de candidatos al cargo de profesor titular de una universidad estatal) se reúnen en una sola sesión para resolver materias de cada comisión (particular objeta que el reglamento estipulaba la existencia de cinco miembros de la comisión, y en la sesión respectiva había más asistentes)<sup>170</sup>.
- Posibilidad para la CGR de suspender los sumarios administrativos incoados por otros entes administrativos (en este caso, municipalidades) en contra de sus funcionarios cuando se estimare que los mismos

---

<sup>169</sup> Dictamen N° 20.585 de 2004 y N° 33.417 de 2012.

<sup>170</sup> Dictamen N° 57.953 de 2012.

podrían interferir el ejercicio de las atribuciones de fiscalización de la Contraloría<sup>171</sup>.

- Formulación de observaciones a las bases de licitación de un programa de capacitación por parte de la CGR incluso antes de la toma de razón del decreto que las aprueba. En este interesante caso, la División de Educación del Comando de Educación y Doctrina del Ejército de Chile remitió a la CGR las bases administrativas de un programa de capacitación, el cual aún no había sido aprobado por el decreto respectivo. La CGR, no obstante hacer presente que dicha circunstancia obsta al control preventivo de legalidad (toma de razón), esgrimió el principio de economía procedimental para de todos modos efectuar observaciones (y correcciones) a las bases referidas<sup>172</sup>.
- Una fiscal administrativa en el marco de un sumario se inhabilita por pertenecer a un escalafón inferior a la inculpada, pero sigue obrando como actuaria. Se estima, en este caso, que el principio de economía procedimental autoriza el ejercicio de dicha función<sup>173</sup>.

Como puede apreciarse, cuando el principio de economía procedimental es esgrimido orientado a la actuación intervenida, tiende a complementarse con el principio de celeridad (antes comentado), mientras que, en los casos en que la

---

<sup>171</sup> Dictamen N° 55.992 de 2011.

<sup>172</sup> Dictamen N° 75.435 de 2010.

<sup>173</sup> Dictamen N° 60.504 de 2011.

jurisprudencia administrativa lo ha empleado hacia una actuación autónoma, parece ser más cercano al principio *conclusivo* (según se verá).

D) Principio de la no formalización

En conformidad a este principio, el procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, incluyendo sólo las formalidades recogidas en la Ley o el Reglamento que sean las indispensables para dejar constancia de lo actuado y que eviten perjuicios a los particulares.

En este sentido, el artículo 13 de la LBPA establece expresamente lo siguiente:

“El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares.

El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado.

La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros”.

En relación a esta materia, cabe señalar, en primer término, que en nuestra cultura jurídica (de raigambre continental, y muy inspirada en el principio de

legalidad en lo que a Derecho Público se refiere), empero de manera intuitiva, la concepción de formalismo suele identificarse con certeza, seguridad, uniformidad y protección jurídica, identificándose la carencia de este elemento como una posible fuente de arbitrariedad por parte de los órganos del Estado, y una amenaza al Estado de Derecho.

A este respecto, entendemos que evidentemente la concepción de no asegurar un buen procedimiento administrativo inicial con respeto al debido proceso legal, debiera llevarnos al más terminante rechazo del informalismo del procedimiento administrativo si efectivamente tal fuera el escenario resultante.

Sin perjuicio de lo anterior, existe una segunda forma de comprender el informalismo, y que inspira al texto legal antes citado, y es la que proviene principalmente del Derecho español y que ha sido recibida en el Derecho chileno y comparado<sup>174</sup>, pudiendo afirmarse que esta doctrina se ha venido aplicando en beneficio de los recurrentes, evitando que por meros defectos de forma dejen de tramitarse o se reviertan procedimientos que, de otro modo, hubieran generado los efectos deseados (sea para el particular o la comunidad en general). En efecto, es claro que a pretexto de un actuar más eficaz para la administración, jamás debiera permitirse a ésta dictar válidamente actos en los que el particular no ha sido debidamente oído, con pleno cumplimiento de la garantía del debido proceso en sentido adjetivo y sustantivo; sin embargo,

---

<sup>174</sup> El Tribunal Supremo español declaró ya en 1922 que “Las reclamaciones producidas en vía gubernativa no [...] están sometidas a formalidades precisas, debiendo interpretarse su contenido con espíritu de benignidad”.

tampoco resulta deseable un sistema en que el más mínimo (e intrascendente) vicio de forma redunde en la inactividad administrativa –o bien en la exacerbación de su burocracia-.

En conformidad con lo anterior, podemos concluir que la no formalización del procedimiento administrativo debe ser vislumbrado como un beneficio principalmente para los administrados y usuarios de servicios públicos, consumidores, vecinos, en especial los de menor condición económica, social o cultural, siendo ellos quienes puedan invocar la elasticidad de las normas de procedimiento, no pudiendo ser empleado por la administración para dejar de cumplir con las normas, ni para eludir el debido proceso; o sus deberes de control de los servicios que ha concedido o licenciado en monopolio.

Desde esta perspectiva, cabe observar de qué manera este principio puede tender tanto a una actuación intervenida como autónoma.

i. Actuación intervenida

Buena parte de la jurisprudencia administrativa que propugna la actuación intervenida en sede de no formalización se refiere al cumplimiento de requisitos formales para la obtención de permisos, adjudicación de concesiones, y en definitiva actos administrativos que crean derechos para los administrados.

Así por ejemplo, cuando los oferentes en un proceso de licitación pública regido por la ley N° 10.336 omiten la inclusión de ciertos antecedentes en sus

ofertas, o bien presentan antecedentes alternativos a los prescritos legalmente, pero no se origina desmedro a los derechos del Estado, no se resta transparencia al proceso ni se rompe el principio de igualdad entre los licitantes, entonces la CGR ha rechazado la exclusión del oferente respectivo<sup>175</sup>. Lo propio ha sido dicho respecto de la postulación a becas financiadas por el Estado<sup>176</sup> e, interesantemente, respecto de la firma de un Ministro de Fe (el secretario municipal respecto de las actuaciones del alcalde, artículo 20 letra b) de la Ley N° 18.695) que acompañe al de la autoridad competente<sup>177</sup>.

Sin embargo, el ente contralor ha observado limitaciones a este principio en caso de existir disposición legal expresa que condicione la validez del procedimiento a determinadas formalidades<sup>178</sup>. El criterio finalmente queda a la interpretación del operador o del juez, por cuanto desde un punto de vista general cualquier requisito establecido en una norma de Derecho Público debiera considerarse en principio como vinculante, de suerte que su calificación

---

<sup>175</sup> Dictamen N° 34.051 de 2005; N° 62.483 de 2004; N° 70.019 de 2011; N° 28.351 de 2008; N° 42.621 de 2007, entre otros.

<sup>176</sup> Dictamen N° 15.601 de 2009.

<sup>177</sup> Dictamen N° 7.941 de 2006.

<sup>178</sup> Dictamen N° 4.406 de 2005. En este pronunciamiento, referido a la solicitud de particulares para solicitar la declaración de una zona de restricción para nuevas extracciones de aguas, la CGR estimó que la exigencia del artículo 65 del Código de Aguas (consistente en demostrar la conveniencia de la referida declaración mediante la presentación de antecedentes históricos) primaba sobre el principio de no formalización del artículo 13 LBPA –de manera que, al no haber presentado el solicitante dichos antecedentes, el hecho que la Dirección de Aguas fallara favorablemente esgrimiendo un informe propio no era suficiente para justificar la decisión-.

como requisito de validez o mero deber informativo (cuya omisión no acarrea la nulidad del acto) normalmente no se encontrará en el texto legal.

ii. Actuación autónoma

El principio de no formalización también puede (y ha sido) utilizado favoreciendo la actuación autónoma de la Administración, pese a que en este ámbito su aplicación resulta muchísimo más restringida a la luz del principio de legalidad<sup>179</sup>.

En efecto, restar importancia a la formalidad de la actuación administrativa arriesga inmediatamente la infracción de los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, y puede atentar contra el principio de transparencia y publicidad, de fundamentación del acto administrativo, igualdad, contradictoriedad, etc., como asimismo contra la seguridad jurídica de los particulares.

Sin embargo, el artículo 13 LBPA no distingue ni limita expresamente la aplicación del principio más allá de exigir (a) disposición legal expresa que caracterice la formalidad como requisito esencial o de validez; y (b) la existencia de perjuicios al interesado.

---

<sup>179</sup> Para parte de la doctrina nacional, particularmente quienes más entusiastamente defienden la existencia de la acción de Nulidad de Derecho Público, y quienes tienden a ver con mayor escepticismo la actuación administrativa más allá de la ejecución de ley (Vid. *Supra*, Capítulo I, sección 2.), la posibilidad de desatender aspectos formales y afirmar la validez del acto sólo porque aquéllos no se consideraren sustanciales, constituiría seguramente una aberración.

En este contexto, la CGR ha sostenido, por ejemplo, que en la tramitación y resolución de un recurso jerárquico el funcionario respectivo puede subsanar de oficio defectos de forma y fondo de la actuación administrativa sin observar necesariamente todas las formalidades del procedimiento original<sup>180</sup>; y que la entrega de una copia no firmada de una resolución administrativa (cuya recepción de parte del particular supone la notificación del acto) es admisible en la medida que la actuación efectivamente hubiera sido tramitada legalmente<sup>181</sup>.

A su turno, la Corte Suprema –en sentencia Rol N° 1502-2007 de 8 de agosto de 2007- estimó que si la Superintendencia de Casinos designa a otro proyecto distinto a aquél de uno de los solicitantes para operar un casino en una determinada zona de influencia, debe entenderse que la autoridad ha rechazado cualquier otro y, específicamente, ha manifestado voluntad en orden a no aceptar la proposición del Superintendente de Casinos de Juego si es que estuvo por conceder el permiso a una sociedad distinta de la sugerida por éste. Agrega que el hecho que dicha circunstancia no haya quedado consignada expresamente no tendría trascendencia alguna y, desde luego, no podría servir de base para invalidar el acto administrativo, por aplicación directa del artículo 13 inciso segundo de la Ley N ° 19.880. Vale decir, operaría una especie de “denegación tácita” de una solicitud, que no requeriría de mayor formalización por cuanto la publicidad del acto que autoriza el proyecto, que finalmente

---

<sup>180</sup> Dictamen N° 14.543 de 2012 y N° 24.041 de 2008.

<sup>181</sup> Dictamen N° 61.989 de 2006.



resultó elegido, satisfaría todas las exigencias de publicidad de la resolución negativa.

En palabras de la Corte:

“6º) Que el artículo 25 de la ley 19.995, en su inciso primero, señala que “El consejo resolutivo, en ejercicio de las atribuciones exclusivas que le encomienda la presente ley, deberá pronunciarse sobre la proposición formulada por el Superintendente, dentro del plazo de treinta días. Y es del caso señalar que esta última autoridad había propuesto, para la zona de influencia denominada Gran Concepción, a la recurrente. Luego, por imperativo legal la recurrida debía pronunciarse sobre tal proposición.

7º) Que a esta Corte le parece evidente que en la medida que el consejo resolutivo otorgó el permiso respectivo a la Sociedad Marina del Sol S.A. para operar un casino de juego en Talcahuano, comuna incluida en la zona de influencia “Gran Concepción”, necesariamente estaba rechazando la proposición del señor Superintendente de Casinos, máxime cuando en el acta de la señalada sesión se consigna expresamente, en el punto 2, un “estudio y análisis de las solicitudes de permiso de operación presentadas para la VIII Región, señalándose todos los proyectos propuestos, entre los que está el de la recurrente, estampándose los puntajes. En consecuencia, si en la zona de influencia Gran Concepción sólo podía prosperar un proyecto y resultó ganador el de Marina del Sol S.A., no puede sino concluirse que el consejo resolutivo, en uso de su facultad discrecional otorgada por la ley, rechazó la proposición del

señor Superintendente de otorgar ese permiso a la sociedad Casino Borde Río de Concepción S.A.

8º) Que es efectivo que el acta de la sesión de 11 de julio de 2006 no contiene un apartado en que expresamente se niegue lugar a la petición recurrida, lo que fue corregido en sesión de 10 de agosto de 2006. Empero, tal error o tal omisión no tiene trascendencia alguna y, desde luego, no puede servir de base para invalidar el acto administrativo, lo que aparece expresamente recogido en el artículo 13 inciso segundo de la ley 19.880, citado por la recurrida. No vislumbra esta Corte perjuicio alguno para la persona jurídica recurrente pues, ya se ha dicho, el consejo resolutivo tiene la facultad discrecional de aceptar o desechar la proposición del señor Superintendente de Casinos y, si designa a otro proyecto para operar un casino en una determinada zona de influencia, lógicamente ha rechazado cualquier otro y, específicamente, ha manifestado voluntad en orden a no aceptar la proposición del Superintendente de Casinos de Juego si es que estuvo por conceder el permiso a una sociedad distinta de la favorecida por el consejo resolutivo y el que así no haya quedado consignado expresamente no puede afectar las garantías constitucionales que el recurrente dice conculcadas”.

Si bien tiene sentido el silogismo utilizado por la Corte –si un órgano tiene la facultad discrecional para elegir el proyecto A o B, el hecho que elija A implica necesariamente que ha rechazado B-, el criterio podría ser objetado en sede de deber de fundamentación, por cuanto el administrado podría sostener que la

autoridad debía justificar su decisión en base a las características y antecedentes del proyecto presentado y no de forma tácita (vale decir, no basta explicar “por qué se elige A”, sino que también “por qué no se eligió B”).

Como puede apreciarse, este es un caso bastante claro de conflicto de dos principios que tienden respectivamente a las dos formas de actuación – autónoma e intervenida- donde en ambos casos hay razones *prima facie* legítimas para sostener uno u otro.

#### 2.2.2. Principios o pautas adscritas al aspecto garantístico del procedimiento

Si bien, como el título de esta sección lo indica, los siguientes principios se orientan al aspecto garantístico del procedimiento –y por ende, tienden a la actuación intervenida- de todos modos resulta útil revisar su contenido a fin de establecer sus límites –los cuales, en el contexto del procedimiento, podrán ser esgrimidos por la Administración en pos de actuación autónoma-.

##### A. Principio de Gratuidad

Según este principio, tanto las actuaciones como los procedimientos administrativos que practican los Órganos de la Administración del Estado deben ser gratuitos para los interesados salvo disposición legal en contrario,

norma que se encuentra contemplada expresamente en el artículo 6° de la LBPA, permitiendo de esta manera la posibilidad de que cualquier persona actúe en un procedimiento administrativo sin incurrir en costos prohibitivos (que finalmente redundarían en un desincentivo para ejercer derechos, o lisa y llanamente en denegación de justicia) y sin necesidad de un asesor o abogado.

De conformidad a dicho principio, los particulares sólo estarán obligados a realizar prestaciones personales o patrimoniales en favor de la Administración Pública, cuando la Ley o norma jurídica expresamente lo establezca, lo que en la práctica implicaría que la sustanciación del procedimiento no debe dar lugar a otros gastos distintos a aquellos que pudieran ocasionar las pruebas propuestas por el interesados las tasas o derechos que la administración puede cobrar por concepto de servicios.

El debate sobre el principio de gratuidad es dependiente, en realidad, de la discusión acerca de la transparencia y probidad de la actuación administrativa. La mayoría de la jurisprudencia, judicial y administrativa, se encuentra referida a la indagación sobre si existe norma expresa que justifique el cobro de ciertas prestaciones (en el contexto de un procedimiento), definiendo al respecto el concepto de “tarifa”, y si dicho cobro resulta excesivo desde el punto de vista constitucional<sup>182</sup>.

---

<sup>182</sup> Ver Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1405-09-INA, de fecha 3 de agosto de 2010; sentencia de la Corte Suprema Rol N° 6543-2011, de fecha 29 de mayo de 2012; Dictámenes de la CGR N° 47.521 de 2011; N° 24.964 de 2012, entre otros.

Desde el punto de vista de la distinción entre actuación autónoma e intervenida, entonces, sólo resta reconocer que el principio de gratuidad simplemente corresponde a la expresión de la pugna entre otros principios; a saber, legalidad y transparencia.

#### B. Principio Conclusivo.

En lo que respecta a este principio podemos señalar, en primer término, que el propósito del procedimiento administrativo radica en que la Administración se pronuncie sobre la cuestión de fondo y materialice su voluntad a través de una decisión que resuelva el asunto o materia.

Lo anterior se encuentra expresamente dispuesto en el artículo 8 de la LBPA, que señala al efecto que “Todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad”.

Este principio también se conoce como *in dubio pro actione*, que significa que todo el procedimiento ha de asegurar la dictación de una decisión final, el “acto administrativo terminal”. En este sentido, si bien hemos sostenido que ni la teoría del acto administrativo ni la regulación del procedimiento prejuzgan una decisión a favor de la Administración o del particular, lo que sí podría sostener que el ordenamiento busca evitar a toda costa es la inactividad administrativa – por cuanto perjudica por igual tanto a la Administración como al particular-.

Uno de los bastiones relevantes asociados a este principio son los plazos obligatorios dispuestos en la LBPA para trámites y actuaciones propias del procedimiento administrativo, cuya finalidad es regular el espacio de tiempo del que dispone la administración para tomar sus decisiones, constituyendo un elemento importantísimo para la responsabilidad de la administración, ya que si ésta manifiesta una inactividad se ve comprometido el interés público con lo cual, incluso, cabría hablar de responsabilidad extracontractual por parte del Estado –dado que la referida inactividad se encuentra doctrinariamente contenida dentro de los presupuestos de falta de servicio<sup>183</sup>–.

En este sentido, los plazos dispuestos en la LBPA son de días hábiles, es decir todos los días de la semana, excepto sábados, domingos y festivos<sup>184</sup>, y se computan desde el día siguiente a aquél de la notificación o publicación del acto, o del que se produzca su estimación o desestimación producto del silencio administrativo.

---

<sup>183</sup> Para un completo análisis del concepto de “falta de servicio” (cuyo desarrollo excedería los propósitos de este trabajo), Vid. ROMÁN CORDERO, Cristián. 2008. Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado de Chile. En: PANTOJA BAUZÁ (coord.). 2008b. Op. cit., pp. 822 y ss.

<sup>184</sup> El artículo 25 de la LBPA dispone que “Los plazos de días establecidos en esta ley son de días hábiles, entendiéndose que son inhábiles los días sábados, los domingos y los festivos. Los plazos se computarán desde el día siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto de que se trate o se produzca su estimación o su desestimación en virtud del silencio administrativo. Si en el mes de vencimiento no hubiere equivalente al día del mes en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día de aquel mes. Cuando el último día del plazo sea inhábil, éste se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente”.

En tanto, el artículo 24 de la LBPA<sup>185</sup> reviste importancia en cuanto a que en él se encuentran los plazos para los funcionarios del organismo que deben resolver el procedimiento administrativo; y finalmente, el artículo 27 del mismo cuerpo normativo señala que en total el procedimiento administrativo no puede exceder los 6 meses, excepto si se tratare de caso fortuito o fuerza mayor. Asimismo, la ley entrega a la autoridad administrativa la autoridad de ampliar los plazos que vinculan a los intervinientes siempre y cuando no excedan de la mitad del término que se prorroga, y ésta se produzca antes del vencimiento respectivo.

Por otra parte, otro de los pilares asociados al principio conclusivo en el Procedimiento Administrativo son las denominadas “Medidas Provisionales”, que pueden ser definidas como aquéllas que tienen un carácter preventivo y asegurador, proporcionando la eficacia necesaria para la decisión administrativa definitiva, según lo dispone expresamente el inciso 1° del artículo 32 de la LBPA.

---

<sup>185</sup> El artículo 24 de la LBA señala que “El funcionario del organismo al que corresponda resolver, que reciba una solicitud, documento o expediente, deberá hacerlo llegar a la oficina correspondiente a más tardar dentro de las 24 horas siguientes a su recepción. Las providencias de mero trámite deberán dictarse por quien deba hacerlo, dentro del plazo de 48 horas contado desde la recepción de la solicitud, documento o expediente. Los informes, dictámenes u otras actuaciones similares, deberán evacuarse dentro del plazo de 10 días, contado desde la petición de la diligencia. Las decisiones definitivas deberán expedirse dentro de los 20 días siguientes, contados desde que, a petición del interesado, se certifique que el acto se encuentra en estado de resolverse. La prolongación injustificada de la certificación dará origen a responsabilidad administrativa”.

Sin perjuicio que estas medidas serán estudiadas en profundidad en un acápite posterior, podemos mencionar que, aunque no se encuentran especificadas en la Ley, pueden ser solicitadas por la parte interesada o pueden ser tomadas en forma discrecional por el órgano administrativo, revisando que su contenido y forma se encuentre dentro de sus atribuciones legales; pudiendo ser decretadas por el órgano administrativo, una vez iniciado el procedimiento administrativo de oficio o a petición de parte, las que pueden ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, o antes de la iniciación del procedimiento administrativo en caso que sea urgente la protección provisional de los intereses de los implicados.

Como se ha podido examinar del análisis de la jurisprudencia relativa al principio de celeridad (*supra*, página 157) el mismo se encuentra estrechamente ligado al principio conclusivo –y es en base a éstos, por ejemplo, que la jurisprudencia judicial ha construido la teoría del decaimiento del procedimiento administrativo-. De esta manera, cuando el principio de celeridad se esgrime en torno a los plazos que tiene la Administración para emitir su decisión, pueden predicarse del mismo idénticas consideraciones ya examinadas en relación al principio de celeridad.

Sin embargo, el principio conclusivo tiene una segunda faceta, que no dice relación con los plazos. Concretamente, se refiere a los casos en que,



emitiéndose efectivamente un decreto o resolución, el acto *no resuelve* lo solicitado por el particular<sup>186</sup>.

La jurisprudencia administrativa al respecto ha aplicado este principio para dar lugar a la actuación intervenida de la Administración. Por ejemplo:

- La CGR se abstuvo de dar curso a una resolución que establecía bases de licitación, contemplando la posibilidad del órgano respectivo de poner término a la licitación en cualquier momento (toda vez que ello contemplaría la posibilidad de abrir un proceso que, por discreción del órgano, podría no surtir ningún efecto)<sup>187</sup>;
- En materia de transparencia, la CGR rechazó una resolución que, ante la solicitud de un particular de ser informado sobre cuántas y qué tipos de asesorías ha contratado un municipio en un lapso determinado, se limitó a remitir un informe explicando que la información no está a disposición permanente del ente edilicio, agregando que podría vulnerar información sensible de terceros. En este caso, la CGR exigió a la municipalidad referirse al fondo del asunto y *detallar* de qué manera los derechos de terceros podrían verse afectados<sup>188</sup>;
- El ente contralor además exigió a un Ministerio pronunciarse sobre el pago a un artista cuya obra había sido elegida ganadora (en concurso

---

<sup>186</sup> Lo cual difiere de la aplicación del principio de inexcusabilidad, que se refiere a la negativa de la Administración a resolver un asunto de su competencia.

<sup>187</sup> Dictamen N° 30.557 de 2006.

<sup>188</sup> Dictamen N° 32.013 de 2005.

por invitación) para ornamentar las dependencias de un edificio público, pero que no se materializó luego que (por diversas razones) se optara por un concurso público. Si bien la Administración tenía derecho a finalmente no aceptar la obra, de todos modos debía efectuarse un pago parcial al artista (según las normas de las Bases Generales para Concursos Públicos de Arte en Edificios y Espacios Públicos, en concordancia con la normativa contenida en la Ley N° 17.236), y la CGR estimó además que debía dictarse el acto administrativo terminal que resolviera el concurso por invitación<sup>189</sup>;

- Finalmente, la CGR estimó que el Servicio de Impuestos Internos debía pronunciarse sobre una solicitud administrativa general (a la luz de lo dispuesto en el artículo 6° letra B N° 5 del Código Tributario), pese a que la misma pretendía que se revisara lo ya resuelto en un fallo de primera instancia dictado por la Dirección Regional respectiva –para lo cual el Director Regional carecía de competencia por expresa disposición legal, salvo que se tratara de errores numéricos o de cálculo, o de la aclaración de puntos dudosos-. En este caso, e independientemente del contenido de la decisión, la CGR estimó que el Servicio de Impuestos Internos de todos modos debía responder formalmente<sup>190</sup>.

### C. Principio de Contradictoriedad.

---

<sup>189</sup> Dictamen N° 16.993 de 2007.

<sup>190</sup> Dictamen N° 18.972 de 2010.

Este principio otorga a los interesados la posibilidad de presentar en cualquier momento del procedimiento argumentos, documentos u otros elementos del juicio, que conduzcan a un resultado más favorable para éstos. Vale decir, se trata de la expresión del principio de bilateralidad de la audiencia en sede administrativa.

Cabe mencionar que este principio se encuentra expresamente regulado en el artículo 10 de la LBPA la que señala expresamente que:

“Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.

Los interesados podrán, en todo momento, alegar defectos de tramitación, especialmente los que supongan paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.

En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento”.

Como se aprecia en dicha norma, y tal como lo menciona MORAGA KLENNER, “independientemente de si el procedimiento se ha iniciado de oficio o a petición de parte, es de su esencia la posibilidad que se hagan valer los distintos intereses en juego y de que esos intereses sean adecuadamente confrontados o considerados en presencia de sus respectivos titulares antes de adoptar una decisión definitiva por la autoridad”<sup>191</sup>.

Vale decir, la contradicción de intereses en juego es necesaria y requerida para resguardar la garantía constitucional de igualdad de todos los interesados en el procedimiento.

En cuanto a la utilización de este principio para tender a la actuación intervenida o autónoma de la Administración, el examen de la jurisprudencia administrativa permite corroborar que, en tanto principio orientado a las garantías del particular, está diseñado para tender a favorecer la actuación intervenida. Sin embargo, resulta interesante analizar los casos en que se ha estimado que *no* se ha vulnerado en principio, por cuanto permite indagar sobre las condiciones mínimas que se consideran aceptables para entender que en los hechos ha existido la posibilidad del particular para contradecir las pretensiones de la Administración.

i. Actuación intervenida

---

<sup>191</sup> MORAGA KLENNER, Claudio. 2004. Op. cit. p. 242.

Como ya se señalara, la jurisprudencia administrativa ha objetado numerosas situaciones en que el derecho a defensa del particular –expresado en la posibilidad de esgrimir argumentos, aportar antecedentes y acceder para tal efecto al expediente- no ha sido suficientemente resguardado.

Un ejemplo de lo anterior radica en la etapa probatoria del sumario administrativo regulado en la Ley N° 18.834 (Estatuto Administrativo), en la cual la CGR ha reconocido el derecho del inculpado de presenciar, por él mismo y/o por intermedio de su abogado, la interrogación de los testigos presentados por el fiscal<sup>192</sup>.

En otro ámbito, y pese a que la ley no pareciera contemplar la posibilidad de intervención del particular, el órgano contralor ha sostenido que en el caso que un deudor de crédito universitario sea privado de su devolución de impuestos (en razón de que el artículo 1° de la Ley N° 19.989 que autoriza a la Tesorería General de la República a retener de dicha devolución los saldos impagos, según lo informado por la entidad acreedora), dicha retención no puede efectuarse sin antes darle la posibilidad al deudor de oponerse a la misma<sup>193</sup>.

La CGR también ha rechazado que el Ministerio de Obras Públicas elimine del Registro de Contratistas de Obras Menores de dicha repartición a un contratista, sin que conste en documento ni en pronunciamiento alguno el

---

<sup>192</sup> Dictámenes N° 22.655 de 2011; N° 65.120 de 2010; N° 49,486 de 2011, entre otros.

<sup>193</sup> Dictamen N° 26.971 de 2010. En este pronunciamiento, la CGR aplicó el criterio previamente sostenido por el Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 808-2008 (todo antes de la publicación del Reglamento de la Ley N° 19.989, que exige de manera previa a la retención la notificación del deudor).

acuerdo que, con arreglo al artículo 59 del Decreto N° 15 de 1992 (MOP), debía prestar tanto la Dirección de Obras Hidráulicas como la Secretaría Regional Ministerial dando cuenta del incumplimiento contractual del afectado (que fundamente la exclusión del registro), y su ulterior notificación a éste<sup>194</sup>. Sin ello, razona el ente contralor, se habría denegado la posibilidad de impugnar el referido incumplimiento. Lo mismo se ha resuelto cuando se ha excluido a particulares del Registro de Contratistas y Consultores<sup>195</sup>.

Particularmente interesante resulta, finalmente, la consideración en torno a que el principio de contradictoriedad –en tanto presupuesto de la actuación intervenida- sólo favorece a los particulares, pero no a la Administración del Estado. Tal situación se verificó en el contexto del procedimiento de Declaración de Impacto Ambiental (Ley N° 19.300), en que el alcalde de una municipalidad (junto a otros servicios públicos) presentó objeciones al proyecto objeto de la Declaración, y que respecto de la respuesta emitida por la Secretaría Regional Ministerial respectiva (desestimando tales objeciones), no se dio traslado al municipio. Ante ello, la CGR desestimó la alegación del alcalde por cuanto el principio de contradictoriedad sólo resultaría aplicable a los particulares, y no a los órganos de la Administración.

Esta interpretación, a nuestro juicio, resulta de suyo controversial. El principio general establecido por Contraloría parece tener sentido únicamente en un procedimiento bilateral –donde existe sólo un órgano de la Administración

---

<sup>194</sup> Dictamen N° 61.126 y N° 33.727 de 2009.

<sup>195</sup> Dictamen N° 29.452 de 2009.

que resuelve, y el interesado es un particular-, pero no necesariamente en uno de carácter multilateral en que la municipalidad participa representando intereses colectivos difusos que podrían verse afectados por la ejecución del proyecto. Ello particularmente en el contexto que los habitantes del municipio, para participar en el procedimiento de forma separada, se encuentran sujetos a regulación diferenciada, y normalmente carecerán de la información y capacidad fiscalizadora de una municipalidad para hacer valer adecuadamente los intereses locales.

## ii. Actuación autónoma

El principio de contradictoriedad, en la medida que permite al particular hacer valer sus pretensiones a lo largo de todo el procedimiento, es consustancial a la actuación intervenida (como se ha visto). Sin embargo, la jurisprudencia administrativa ha reconocido situaciones en que el principio resulta limitado, que resulta interesante destacar.

- Por un lado, la CGR estimó que no correspondía la intervención del particular en el caso que un particular haya percibido una suma menor por parte del fisco en razón de haber operado una compensación legal. En este caso, un contratista del Ministerio de Obras Públicas habría sido objeto del término unilateral de uno de sus contratos (y de las multas correspondientes) por incumplimiento del mismo, y al efecto los saldos a

su favor provenientes de otros contratos con la repartición fueron compensados con las sumas que, a causa del incumplimiento, debían ser pagadas al fisco. Esta compensación, al operar por el solo ministerio de la ley (en tanto modo de extinguir las obligaciones), y al estar expresamente contemplada en el artículo 188 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas, no darían lugar a que el afectado pudiera oponerse a la misma en aplicación del principio de contradictoriedad<sup>196</sup>.

- La Contraloría también desestimó la vulneración a este principio cuando éste arriesgaba infringir la fuerza de cosa juzgada de resoluciones judiciales. Concretamente, un funcionario público había sido condenado por sentencia penal ejecutoriada, en la que el órgano respectivo había sido solidariamente condenado en sede de responsabilidad civil (por cuanto el ilícito se había cometido en ejercicio de funciones públicas). A tal efecto, la Contraloría procedió a descontar de la remuneración del afectado las sumas que debió pagar el servicio en cuestión (Servicio de Salud) a causa de la sentencia, por así autorizarlo el artículo 67 y 67 bis de la Ley N° 10.336. El funcionario, en sede de recurso de protección, objetó que dicho descuento le fue notificado sin posibilidad de oponerse a la misma (conculcando su derecho a defensa y el principio de

---

<sup>196</sup> Dictamen N° 57.774 de 2003. Si bien la CGR no lo expresa en este pronunciamiento, cabría examinar si el particular tuvo efectivamente la posibilidad de oponerse a la pretensión fiscal de tener por incumplido el contrato y aplicar multas –por cuanto, podría sostenerse, la posibilidad de oponerse a la compensación que le seguiría se verificaría en dicha oportunidad-.



contradictoria). La CGR desestimó la alegación aduciendo que, fuera de haber ejercido una facultad expresamente contemplada en la ley, reconocer al afectado la posibilidad de objetar el descuento podría implicar cuestionar o revisar lo ya resuelto por sentencia ejecutoriada<sup>197</sup>.

### 3. Herramientas procesales de la LBPA para la actuación autónoma e intervenida

A lo largo de este Capítulo III se ha hecho el esfuerzo de plasmar la tensión entre lo que hemos denominado “actuación autónoma” e “intervenida” en la naturaleza misma del procedimiento administrativo base regulado en la LBPA.

A tal efecto, hemos (en primer lugar) caracterizado dicha naturaleza mediante la conceptualización del procedimiento como un mecanismo de composición de intereses. A continuación (en segundo lugar) pasamos revista a los principios del procedimiento, consagrados en la LBPA, desde la óptica de cómo los mismos podrían tender hacia la actuación autónoma e intervenida (y citando jurisprudencia administrativa y judicial a modo de ilustración).

Finalmente, y para concluir nuestro análisis, haremos referencia a algunas herramientas procesales específicas contenidas en la LBPA, que (según se

---

<sup>197</sup> Dictamen N° 28.040 de 2008. En nuestra opinión, el criterio resulta cuestionable por cuanto la oposición del afectado podría no necesariamente basarse en cuestiones ya ventiladas en los procesos judiciales respectivos. Además, aún si la impugnación del particular no pudiera sino ser desestimada, el principio de contradictoriedad de todos modos asegura, como mínimo, la posibilidad de *esgrimir* argumentos o antecedentes ante el órgano administrativo (independientemente de su resultado).

comentará) permiten tanto al particular como a la Administración orientar el mismo hacia la consecución de sus pretensiones. Como adelantábamos en la introducción a este capítulo, muchas veces el análisis jurídico de fondo ignora las dificultades que pueden surgir en el camino procedimental, de manera que las herramientas que al efecto provee la ley basal merecen también ser evaluadas desde la óptica de la actuación autónoma e intervenida, en la que hemos basado este trabajo.

Se analizará, entonces:

- Medidas provisionales.
- Silencio administrativo.
- Ejecución del acto administrativo.
- Invalidación del acto administrativo.

### 3.1. Medidas provisionales

Podemos definir este mecanismo según lo expuesto por el profesor CORDERO, como aquellas decisiones de carácter cautelar, preventivo o asegurador que tiene por finalidad asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer en el procedimiento.<sup>198</sup>

A nivel de la LBPA estas medidas se encuentran expresamente reguladas en su artículo 32, que señala al efecto lo siguiente:

---

<sup>198</sup>CORDERO VEGA, Luis. 2006. Op. cit. p. 117.

“Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo podrá adoptar, de oficio o a petición de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello.

Sin embargo, antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a petición de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes. Estas medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en la iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda.

En todo caso, las medidas a que se refiere el inciso anterior, quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo, o cuando la decisión de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados, o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a petición de parte, en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

En todo caso, las medidas de que trata este artículo, se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente”.

En lo relacionado con nuestro análisis es posible destacar en primer término la posibilidad que el legislador entrega tanto a la administración como al particular de requerir las mencionadas medidas provisionales, puesto que, como ya fue señalado, estas medidas tienen un objetivo cautelar o preventivo, permitiendo dar eficacia a la decisión administrativa.

En este contexto, somos de la opinión que hablar de medida provisional o de medida cautelar es hablar de lo mismo aunque atendiendo a dos de sus características. Es provisional en tanto que se anticipa a una medida definitiva que será adoptada la final del procedimiento y es cautelar en el sentido asegurador de un bien jurídico.

Cabe mencionar que dichas medidas se justifican en una situación de urgencia que requiere una solución inmediata a los efectos de resguardar los derechos de los particulares o de la administración, considerando al efecto el peligro de que la demora del proceso frustre la protección del derecho subjetivo que el ciudadano y/o la administración han encomendado a la justicia.

En este contexto, es claro que estas medidas, en tanto se hallan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en sí mismo. Por tal motivo, entendemos que la medida de naturaleza cautelar es provisoria en el fin.

Ahora bien, desde la perspectiva de la actuación intervenida en el procedimiento administrativo, damos cuenta que la posibilidad entregada al ciudadano o miembro de la comunidad para hacer valer sus derechos se retrotrae incluso a un momento previo o anterior al inicio del procedimiento, permitiendo así un resguardo eficaz de las garantías y derechos otorgados.

Esta situación también sería aplicable a la Administración en su actuación autónoma, también pudiendo proteger un bien jurídico público incluso de manera previa al inicio de un contienda administrativa, por lo que esta herramienta tiene un doble cariz, dado que su aplicación puede ser implementada tanto a nivel del interesado particular como del ente estatal, posibilitando así el resguardo de los derechos del administrado como del administrador.<sup>199</sup>

Sin embargo, en el caso de las medidas provisionales previas a la iniciación del procedimiento, solo corresponderá su solicitud y requerimiento en los casos de urgencia y para la protección de los intereses implicados, las que deberán ser ratificadas al momento de dar inicio al procedimiento administrativo (quince días siguientes a su adopción).

---

<sup>199</sup> En este sentido, Dictamen N° 60.656 emitido por la Contraloría con fecha 26 de septiembre de 2011 señala respecto de las medidas provisionales que "(...) no sólo podrá ser ordenada por la autoridad administrativa a petición fundada del interesado, (...), sino también, de oficio, por cuanto el artículo 8° de la ley N° 18.575 dispone que los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa o a solicitud de parte, y porque el artículo 32 de la ley N° 19.880 establece que el órgano administrativo podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello."

En este sentido, cabe mencionar que los intereses implicados que menciona la norma no necesariamente son identificables con sujetos de derecho predeterminados, lo que podría generar una situación de relativa dificultad, puesto que antes de iniciado el procedimiento se podrán tomar medidas que no sean notificadas o que no se encuentren en conocimiento de los afectados.

A este respecto, es de gran interés lo expuesto a este respecto por el profesor MESEGUER YEBRA, quien señala que “La urgencia sigue manifestándose como presupuesto básico de la adopción de estas medidas, postulado que sigue participando en gran parte de los conceptos del *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. Garberí Llobregat, que examina estos conceptos dentro del procedimiento sancionador, define al *fumus boni iuris* como la valoración por parte de la autoridad competente de los indicios, elementos o circunstancias que rodean la fundamentación de la solicitud de la medida cautelar, dotándola de una apariencia probable de legitimidad.

“Por otro lado, el *periculum in mora* sería la posibilidad de que la irremediable duración del procedimiento provoque situaciones dañosas para la Administración o los intereses generales, hasta el extremo de frustrar la efectividad del contenido de la resolución final.

Como es obvio, a la hora de subsumir estos dos factores en el punto concreto en el que se plantea la medida provisional, no debemos olvidar la necesaria proporcionalidad que justifica su adopción, ya que en otro caso, como más adelante analizaremos, este instrumento preventivo pierde toda su

legitimidad. La proporción, la razonabilidad de la medida provisional, se convierte así simultáneamente en presupuesto y parámetro necesario de su validez<sup>200</sup>.

En conformidad con lo anterior, podemos señalar que, sin perjuicio del beneficio que las medidas provisionales previas al inicio del procedimiento puedan generar para el resguardo de los intereses del ciudadano o de la Administración, cabe de todas formas cuestionarse la ambigüedad de su desarrollo legal, resultando especialmente complejo el hecho que, al no existir una enumeración de las medidas posibles de ser requeridas en este momento, habrá que remitirse a un juicio de razonabilidad de la medida cautelar adoptada, lo que se crea en un espacio singularmente subjetivo de apreciación.

En este contexto, consideramos que este espacio subjetivo se incrementa sustancialmente en el supuesto de medidas previas que finalmente se agoten en sí mismas, sin desembocar en un procedimiento administrativo, cuando el órgano competente entienda que no se dan los elementos de hecho suficientes para iniciarlo, pudiendo incluso gatillarse un eventual perjuicio ante la ilicitud de dicha medida.

Por otra parte, una vez dado inicio al procedimiento administrativo, la gama de medidas provisionales que puedan requerirse es indeterminada sin que

---

<sup>200</sup> MESEGUER YEBRA, Joaquín. 1999. Tutela cautelar y medidas provisionales previas al procedimiento administrativo [en línea]. Noticias Jurídicas, Artículos doctrinales de derecho administrativo. Abril 1999. <<http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/199904-tutelacautelar.html>> [consulta: 20 de noviembre de 2012].

exista una limitación en la norma como se da en el caso de las medidas provisionales previas al procedimiento administrativo, sin que en la especie, la LBPA establezca una enumeración taxativa de medidas que puedan adoptarse en esta etapa.

En conformidad con lo anterior, siguiendo en este sentido a profesor CORDERO<sup>201</sup>, entendemos las únicas limitantes asociada a la adopción de estas medidas se relacionan con las siguientes materias:

- a) Facultades otorgadas a la autoridad que dicta las mencionadas medidas, debiendo considerarse si tales medidas se encuentran dentro del ejercicio de sus potestades públicas;
- b) Sobre el contenido de la medida provisional se podrá disponer solo de aquéllas que forman parte de los medios de actuación regulares de la autoridad, no pudiendo dictar medidas que no asociadas a facultades que no se encuentren atribuidas en la legislación general, y
- c) A su vez, no se podrán dictar medidas que generen la afectación de derechos legítimos de los interesados si no existe norma expresa de ley que así lo faculte.

Finalmente, es del caso mencionar que la adopción, modificación y extinción de estas medidas provisionales deben ser motivadas, puesto que para su dictación es de suma necesidad el cumplimiento de los supuestos de urgencia y protección exigidos en la Ley, debiendo darse dichos elementos de juicio para

---

<sup>201</sup> CORDERO VEGA, Luis. 2006. Op. cit. pp. 119-120.



su procedencia, cuya mayor limitación dispuesta en la LBPA se relaciona que el hecho de que tales medidas no podrán extenderse a aquéllas que puedan causar un perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados, o que impliquen violación de los derechos amparados por las leyes.

### 3.2. Silencio administrativo

Sobre esta materia, se puede mencionar en primer término que los plazos tienen un rol fundamental en el Procedimiento Administrativo, puesto que de ellos depende la ejecución de los actos y resoluciones que motivan, dan curso y resuelven los conflictos entre la administración y particulares.

En este contexto, la finalidad del Procedimiento Administrativo es puesta en riesgo en los casos de omisión de la actuación por parte del ente estatal, ante la obligación de obrar de éste o frente a la necesidad o requerimiento de un ciudadano.

Para estos casos –de ausencia de voluntad administrativa expresa– la legislación nacional y comparada a regulado la institución del Silencio Administrativo, en virtud de la cual, la Ley sustituye de pleno derecho esta voluntad inexistente, presumiendo ciertos efectos y resultados.

Se ha definido la institución del silencio administrativo como “(...) la falta de respuesta del órgano administrativo ante el requerimiento del interesado, es

decir, no dar contestación a las consultas, peticiones, reclamaciones, quejas, recursos, etc. que planteen los administrados”.<sup>202</sup>

En conformidad con lo anterior, CORDERO señala que el silencio administrativo no sería un mecanismo de término del procedimiento propiamente tal, sino que constituye una presunción legal en garantía del recurrente ante el actuar pasivo de la Administración.

En este sentido, dicho actuar pasivo del Estado vulnera la garantía de servicialidad de la Administración, en virtud del cual, dicho ente debe mantenerse en permanente funcionamiento, efectuando, en la ocasión precisa, las prestaciones que la ley le encomiende, dándole adecuada, oportuna y necesaria respuesta a los administrados.<sup>203</sup>

Cabe mencionar que de acuerdo a la doctrina nacional, para el ejercicio del silencio administrativo ante la inactividad de la autoridad administrativa, se deben reunir los siguientes requisitos:

- a) Que la administración se encuentre obligada a resolver un expediente administrativo;
- b) Que deba hacerlo en un plazo determinado;
- c) Que este plazo transcurra sin que el órgano administrativo cumpla su obligación de dictar resolución, y

---

<sup>202</sup> *Íbid.* p. 144.

<sup>203</sup> GALLEGO ANABITARTE, A., MENENDEZ REXACH, A. 2001. *Acto y Procedimiento Administrativo*. Madrid, Editorial Marcial Pons. pp. 174-175.

d) Que la Ley entregue algún efecto jurídico al silencio del ente administrativo.

- Actuación autónoma

En conformidad a lo dispuesto en el artículo 65 de la LBPA se entenderá rechazada una solicitud que no sea resuelta dentro del plazo legal cuando ella afecte el patrimonio fiscal, al igual que en los casos que la Administración actúe de oficio, cuando deba pronunciarse sobre impugnaciones o revisiones de actos administrativos o cuando se ejercite por parte de alguna persona el derecho de petición consagrado en el artículo 19 N° 14 de la CPol<sup>204</sup>.

Así, en ciertos casos y bajo las circunstancias mencionadas, el interesado entenderá que su solicitud ante la Administración ha sido denegada, lo que formalmente podría considerarse como una herramienta propia de la Administración, a fin de entender que las pretensiones de los privados contra el ente estatal no ha sido aceptada y en definitiva se ha obrado en conformidad al interés del administrador, agotándose así la vía recursal administrativa que correspondiera. De esta forma, una vez que se cumplan dichas exigencias y se perfeccione dicho silencio administrativo, el interesado entenderá denegado su requerimiento y se encontrará facultado para acudir a los Tribunales de Justicia.

---

204 En este sentido Dictamen N° 56.595 emitido por Contraloría con fecha 14 de octubre de 2009 señala al efecto que en lo que respecta al silencio negativo "(...) se entenderá rechazada una solicitud que no sea resuelta dentro del plazo legal, en los casos en que la Administración deba pronunciarse cuando se ejercite por parte de alguna persona el derecho de petición consagrado en el numeral 14 del artículo 19 de la Constitución Política."

Sin perjuicio de lo anterior, en contra de una visión inicial de esta institución, somos de la opinión que en el fondo, el silencio negativo mira hacia la protección del interesado, y no en beneficio de la Administración, por lo que es el particular quién tiene la facultad de entender o no que su solicitud ha sido denegada, lo que no ocurrirá automáticamente, sin que el silencio administrativo signifique en caso alguno un modo de terminación del procedimiento administrativo, sino que sólo será una institución que permitirá que el administrado pueda obtener un pronunciamiento sobre su pretensión, cuando el órgano administrativo llamado a resolver se encuentra renuente a cumplir con su obligación.<sup>205</sup>

- Actuación intervenida

Desde la perspectiva de la actuación intervenida en el Procedimiento Administrativo, cabe precisar que en principio, la Administración no se encuentra sujeta a plazos de caducidad ante la negligencia de los administradores en la resolución de los requerimientos de la colectividad, por lo que el silencio administrativo viene en convertirse en un mecanismo de defensa entregado por la Ley a la ciudadanía ante dicha situación, logrando así proteger las pretensiones del administrado, presumiendo una respuesta, resolución y efectos en el acto omisivo de parte del órgano administrativo.

En este sentido, el mecanismo otorgado por la legislación que viene en erigirse como bastión de la defensa ante la pasividad del ente administrativo es

---

<sup>205</sup> CORDERO VEGA, Luis. 2006. Op.cit. p. 148.

el denominado “Silencio Positivo”, el que se encuentra regulado en el artículo 64 de la LBPA.

En virtud de dicha norma, transcurrido el plazo legal para resolver sobre una solicitud que haya originado un Procedimiento Administrativo, sin que la administración se pronuncie sobre ella, el interesado podrá denunciar el incumplimiento de dicho plazo, requiriendo una decisión sobre dicho requerimiento, ante lo cual, la autoridad deberá otorgar recibo de dicha denuncia, expresando fecha y otorgando copia a superior jerárquico, debiendo resolver el asunto en un plazo de 5 días contados desde la recepción de la misma, y en caso contrario le corresponderá dar por aceptada la solicitud del interesado.

Cabe mencionar que la legislación nacional, a diferencia de la comparada, ha otorgado a este silencio positivo una procedencia general en materia de solicitudes o peticiones administrativas, sin que exista restricción o limitación a ciertos requerimientos particulares que condicionaran el ejercicio de los derechos de los administrados.

De acuerdo a la legislación nacional, para poder utilizar la figura del silencio positivo, el interesado debe denunciar la mora del ente administrativo, requiriendo de un pronunciamiento expreso y el transcurso del plazo para resolver, otorgándole a la administración una nueva oportunidad para que se

pronuncie, y solo ante la falta de dicho pronunciamiento se daría lugar a los efectos del silencio administrativo<sup>206</sup>.

Adicionalmente, el silencio positivo supone una ficción legal en virtud de la cual el permiso, autorización o aprobación del ejercicio de un derecho se entiende concedido tácitamente por la Administración; por lo que esta institución le otorga al interesado “(...) la facultad de ejercer su derecho sujeto a autorización, aprobación o permiso, sin que la Administración pueda colocar trabas que condicionen su ejercicio, justamente porque no lo hizo dentro del

---

<sup>206</sup> En este sentido, mediante Dictamen N° 80.219 de fecha 23 de diciembre de 2011, la Contraloría se ha referido a los efectos y mecanismos del silencio positivo, siendo necesaria la actuación del interesado y del pronunciamiento expreso de la autoridad, señalando al efecto que el artículo 64 de la LBPA “(...) establece que para hacerla efectivo debe haber transcurrido el plazo legal para resolver acerca de una solicitud que haya originado un procedimiento, sin que la Administración se pronuncie sobre ella, momento en el cual el interesado debe denunciar el incumplimiento de dicho plazo ante la autoridad que debía resolver el asunto, requiriéndole una decisión acerca de su solicitud, luego de lo cual dicha autoridad deberá otorgar recibo de la denuncia, expresando su fecha, y elevar copia de ella a su superior jerárquico dentro del plazo de 24 horas. Además, la norma prescribe que si la autoridad respectiva no se pronuncia dentro del plazo de 5 días contados desde la recepción de la denuncia, la solicitud del interesado se entenderá aceptada. En caso de que se presente la situación anterior, el precepto dispone que el interesado está facultado para pedir que se certifique que su solicitud no ha sido resuelta dentro del plazo legal, debiendo este certificado expedirse sin más trámite por la autoridad correspondiente.

Pues bien, en la situación de la especie no consta que el interesado haya alegado el silencio positivo de la manera recién indicada, especialmente en cuanto a efectuar la denuncia y requerir la certificación aludida oportunamente, limitándose a invocarlo una vez resuelta las peticiones de ampliación de reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales aludidos, razón por lo cual no pueden estimarse cumplidas las exigencias previstas por el legislador para que operen los efectos del silencio administrativo.”

plazo que disponía. Este silencio supone un acto administrativo generador de los derechos subjetivos enunciados, a favor del interesado<sup>207</sup>”.

Finalmente, y en concordancia con lo señalado por CORDERO, consideramos que la mayor falencia del silencio positivo dice relación con el mecanismo de producción de efectos jurídicos, puesto que el condicionamiento a que lo requerido por el interesado se encuentre en conformidad con el ordenamiento jurídico debilita en gran medida la posición del interesado al dar uso de esta institución, generándose una situación de inseguridad jurídica para el particular quién carecería de protección formal ante una impugnación del derecho subjetivo otorgado por el silencio administrativo.

En efecto, (...) para que se produzcan los efectos del silencio, el particular debe cumplir con los requisitos establecidos en la ley y, además, lo que adquiere no debe ser contrario al ordenamiento jurídico. Pero como ambas situaciones no se regulan específicamente o son consecuencia de un sinnúmero de normas, el interesado no sabrá si obtuvo lo que buscaba o su “derecho” será fácilmente controvertible<sup>208</sup>”.

### 3.3. Ejecución del acto administrativo

---

<sup>207</sup> CORDERO, VEGA, Luis. La Supletoriedad... Op.cit. p. 144.

<sup>208</sup> Íbid. pp. 156-157.

La necesidad de eficacia jurídica de un acto administrativo se encuentra íntimamente ligada con la ejecutabilidad del mismo, es decir, del poder hacerse efectivo.

En este sentido, y de acuerdo a MORAGA, la autotutela ejecutiva muestra toda su importancia cuando se compara con la posición de los particulares que quieren hacer valer sus derechos y ver satisfechos sus intereses frente a otra persona –la obligada– que se encuentra con o sin justificación reticente a cumplir: ese acreedor no puede por sí solo compeler por la fuerza el cumplimiento de aquello que le debe su deudor, sino que debe concurrir ante el tribunal que corresponda buscando auxilio necesario para obtener medios que le permitan una ejecución forzosa, principal o subsidiaria, usualmente materializable en el patrimonio del deudor.<sup>209</sup>

Cabe mencionar que en esta materia existe dos principio subyacentes: la ejecución y ejecutividad de la decisión administrativa, los que postulan que dichos actos, una vez dictados y notificados al afectado, son susceptibles de cumplirse materialmente de inmediato, incluso mediante coacción, sin que sea necesaria una resolución para ello y además no se suspende su efectividad<sup>210</sup>.

Estos principios se sustentan en la legitimación del acto administrativo que sustentan la presunción de legalidad del mismo y en la intención del legislador

---

<sup>209</sup> MORAGA KLENNER, Claudio. 2008a. Comunicación, vigencia y ejecución de los actos administrativos. En: PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2008b.. Op. Cit. p. 305.

<sup>210</sup> CORDERO VEGA, Luis. 2006. Op.cit. p. 144.



de evitar que la actuación administrativa se vea obstruida y no logre alcanzar su finalidad pública.

Cabe mencionar que la ejecutoriedad del acto administrativo se encuentra regulada en el artículo 50 de la LBPA consagrando el principio de que toda ejecución administrativa debe encontrarse fundamentada en un título ejecutivo específico, esto es, una resolución administrativa vigente. A su vez, el artículo 51 de dicho cuerpo normativo señala que los actos de la administración pública sujetos al derecho administrativo causan inmediata ejecutoriedad, teniendo la posibilidad de ejecutarse forzosamente.

En conformidad con lo anterior, para la ejecución del acto administrativo deberán cumplirse con las siguientes condiciones habilitantes<sup>211</sup>:

- a) Emisión de un acto administrativo,
  - b) Dicho acto administrativo debe tener fuerza ejecutoria,
  - c) El contenido del acto administrativo debe estar claramente definido y ser material y jurídicamente posible de cumplir,
  - d) No se debe haber dictado a su respecto una suspensión de ejecución, sea por la propia autoridad administrativa o por un tribunal de justicia.
- Actuación autónoma

A nivel de la autoridad administrativa, por regla general, ella misma puede ejecutar lo decidido en un determinado Procedimiento Administrativo sin

---

<sup>211</sup> MORAGA KLENNER, Claudio. 2008a. Op. Cit. pp. 307-308.

necesidad de concurrir previamente a un Tribunal u otro órgano encargado de esta labor.

En este sentido, y de acuerdo a lo señalado por MORAGA “(...) la dictación de un acto administrativo, que es ejecutorio, no tan sólo supone que contiene la decisión administrativa terminal, sino que además constituye probablemente el título jurídico que faculta a ese órgano a ejecutar lo decidido, sin importar la voluntad o aceptación de quien haya de padecer los efectos<sup>212</sup>”.

De esta forma, el órgano de la Administración del Estado que emitió una decisión terminal en un determinado Procedimiento Administrativo tendrá la facultad de ejecutar por sí mismo dicha resolución, teniendo como fundamento para ello la resolución que actúa como título jurídico habilitante ante dicha ejecución.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe tener presente que la autotutela ejecutiva no será aplicable en los casos que la Administración actúe conforme a las formas e instrumentos entregados por el derecho privado, o en el caso de encontrarse vinculada a un particular mediante un contrato administrativo (salvo que tenga poderes para ello) o donde la pretensión de la Administración se haga valer ante otro organismo público, puesto que en todos los casos previamente mencionados, la decisión del ente estatal solo podrán ser ejecutadas previo reconocimiento del derecho que detenta por parte de la justicia, que deberá otorgar el respectivo título ejecutivo.

---

<sup>212</sup> *Íbid.* p. 305.

- Actuación intervenida

En lo relativo a la actuación intervenida esta herramienta cuenta de una gran importancia y cubre la necesidad del administrado de ejecución e implementación de las resoluciones adoptadas en el Procedimiento Administrativo, puesto que, como ya fue mencionado, el ciudadano no puede por sí mismo dar cumplimiento o compeler coactivamente lo resuelto en dicho procedimiento, en cuanto esto le represente un derecho subjetivo en contra de la administración u otro particular.

Para estos efectos, el interesado deberá acreditar la juridicidad del derecho que tiene en contra de su deudor (público o privado) mediante la resolución administrativa que dé cuenta de dicho derecho.

En conformidad con lo anterior, el interesado particular podrá salvaguardar el derecho reconocido a través del Procedimiento Administrativo a través del requerimiento de su ejecución, el que deberá efectuarse ante el órgano público que lo ha dictado, pudiendo requerir el auxilio de otros organismos del Estado, por carecer de recursos o porque la ley así lo exige.

#### 3.4. Invalidación del acto administrativo

Todo acto administrativo se encuentra sujeto a revisión por parte de la propia Administración o por parte de un interesado en sede administrativa y judicial,

esto por la razón de no gozar de fuerza de cosa juzgada al no tener una naturaleza jurisdiccional.

La posibilidad de invalidar un acto de la Administración Pública se encuentra contenido en el artículo 53 inciso 1° de la LBPA, cuyo fundamento reside en la necesidad de observar la juridicidad tanto en la elaboración, dictación e incluso en la ejecución y cumplimiento del acto administrativo, en razón de lo cual, la Administración se encuentra en la obligación de invalidar los actos contrarios a derecho con la finalidad de restablecer el orden jurídico quebrantado.

En este sentido, los vicios que pueden afectar un Acto Administrativo y que impliquen su antijuridicidad, afectarían a los elementos propios del mismo, a saber “(...) competencia, forma, fin, motivo y objeto y, por consiguiente las ilegalidades se darán precisamente en relación con dichos elementos constituyendo las ilegalidades por incompetencia, vicio de forma, desviación de poder, ilegalidad por ausencia de motivos legales o inexistencia de motivos invocados, y violación de la ley en cuanto al objeto”.<sup>213</sup>

La antijuridicidad del acto administrativo se podría dar tanto a nivel de ilegalidad, que sería constitutiva de violación o infracción de los elementos reglados de las potestades jurídicas conferidas, como a nivel de arbitrariedad que es la vulneración del uso razonable de un poder jurídico, lo que da origen a un acto u omisión arbitraria.<sup>214</sup>

---

<sup>213</sup> PIERRY ARRAU, Pedro. 2005. Nulidad de Derecho Público. En: FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (coord.). 2005. Op. cit. p. 180.

<sup>214</sup> MORAGA KLENNER, Claudio. 2008a. Op. cit. pp. 307-308.

Cabe mencionar que la invalidación es el nombre que toma la declaración de nulidad cuando es hecha por la propia administración y no por los tribunales ordinarios de justicia, produciendo en teoría un efecto retroactivo, situación que ha reconocido limitaciones fundamentadas en la seguridad jurídica y en normas legales particulares que reconocen solo a futuro los efectos de una invalidación<sup>215</sup>.

- Actuación autónoma

En lo que respecta a esta materia, la LBPA reguló la posibilidad que tiene la Administración respecto a sus atribuciones para revisar de oficio y/o invalidar los actos dictados por ella misma, cuando ellos contravinieran el principio de juridicidad o por otras causales.

En este sentido, el cuerpo normativo antes mencionado contempla a modo general que la potestad reglamentaria del Presidente de la República comprende tanto la atribución de dictar reglamentos, decretos o instrucciones, como también de dejarlos sin efectos cuando atentan contra la juridicidad y, también por simple toma de razón; como también prescriben que las autoridades o jefaturas, que debe actuar de oficio, ejercerán un control jerárquico permanente respecto de la actuación de los órganos y funcionarios dependientes.

---

<sup>215</sup> Como se daría en la invalidación del nombramiento en un cargo público que se hace de una persona inhábil, ya que aquí la nulidad de dicho nombramiento no afecta la validez de los actos ejecutados por la persona, ni ésta se encuentra en el deber de restituir las sumas percibidas a título de remuneración, en cuanto la falta de conocimiento de la inhabilidad no le sea imputable.

Ahora bien, en lo relativo a la revisión de oficio de los actos administrativos, la LBPA comprende como tales la revocación, la invalidación, y la aclaración del Acto Administrativo que a continuación pasaremos a analizar:

(a) Revocación del acto administrativo: La revocación del acto administrativa priva de efectos a dicho acto por constituirse como contrario al interés público o general o, específicamente, de los intereses y bienes públicos de la entidad emisora del acto.

En conformidad con lo anterior, la revocación del acto administrativo no tiene su fundamento en una revisión legal de una resolución, sino que en un criterio subjetivo, propio de la administración, que se relaciona con la calificación de un nuevo interés general asociado a las necesidades públicas cambiantes que constaten que el Acto Administrativo revocado genere una “inoportunidad actual” de que siga produciendo sus efectos.

Cabe mencionar que esta facultad de la administración es de su exclusiva, excluyente y discrecional competencia, y debe operar en los casos de Actos Administrativos cuyos efectos se cumplen sucesivamente en el tiempo, negándose la posibilidad de revocar actos instantáneos o cuyos efectos ya se han agotado o consumado<sup>216</sup>, por lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran contestes en que la

---

<sup>216</sup> En este contexto, la seguridad jurídica de que debe encontrarse dotado los actos de la administración exige que la revocación no afectos los derechos y situaciones jurídicas que han sido creadas o reconocidas por la Ley o por la propia administración, en provecho o beneficio de particulares.

revocación no tiene efecto retroactivo y solamente puede producir efectos a futuro<sup>217</sup>.

La revocación del acto administrativo se encuentra regulada en el artículo 61 de la LBPA, en virtud del cual dicha revocación debe ser ejercida por el mismo órgano que hubiera dictado el acto objeto de esta medida, siendo una potestad completamente discrecional. Sin perjuicio de lo anterior, dicha norma establece expresamente ciertos límites al ejercicio de esta institución, los que se relacionan principalmente con casos en que el órgano administrativo no se encuentre investido de la facultad de revocación, a saber:

1. Cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente;
2. Cuando la ley haya determinado expresamente otra forma de extinción de los actos; o
3. Cuando, por su naturaleza, la regulación legal del acto impida que sean dejados sin efecto.

No obstante lo anterior, cabe tener en consideración, que en función del objetivo de esta institución, un Acto Administrativo no podrá ser revocado, aún cuando no se manifiesten los límites antes expuestos, en

---

<sup>217</sup> MORAGA KLENNER, Claudio. 2008a. Op. cit. p. 311.

caso que éste no genere efectos contrarios al interés público o general.<sup>218</sup>

(b) Invalidación de oficio del acto administrativo: En lo que respecta a esta herramienta de la administración para anular actos propios, podemos señalar que ésta se encuentra regulada en el artículo 53 de la LBPA<sup>219</sup> pudiendo invalidar actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, y siempre que se efectúe dentro del término de 2 años contados desde la notificación o publicación del acto en cuestión.

Esta invalidación se encuentra sometida a dos límites expresamente dispuestos en la norma, un relativo a la necesaria bilateralidad de la decisión<sup>220</sup>, para lo cual es necesario contar de manera previa a dicha

---

<sup>218</sup> A este respecto, somos de la opinión que solo es posible justificar que un acto se contrapone al interés general o público cuando su permanencia amenaza de forma real, directa y gravemente a los intereses y bienes públicos, cuya causa bien puede ser una alteración o cambio en la situación fáctica o jurídica que impera en un momento dado.

<sup>219</sup> En este sentido, Dictamen N° 10.120 emitido por Contraloría con fecha 16 de febrero de 2011 señala lo siguiente: “Establecido lo anterior, y como cuestión previa, debe tenerse en consideración que acorde con el principio de legalidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, el que es reiterado en términos similares en el artículo 2°, de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, los órganos que la integran -como sucede con las municipalidades-, deben someter su acción a la Constitución y a las leyes, actúan válidamente dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley, y no tienen más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico, de manera que la autoridad edilicia no sólo se encuentra autorizada, sino que obligada, a invalidar los actos viciados, restableciendo, de este modo, el orden jurídico quebrantado.”

<sup>220</sup> En este sentido, jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, Fallo N° 1.791 de 2006, relativo a la necesidad de bilateralidad de audiencia ante la



invalidación con una audiencia del interesado, y por otra parte, un límite temporal, en virtud del cual dicha invalidación debe llevarse a cabo dentro de los 2 años contados desde la comunicación del acto<sup>221</sup>.

Cabe mencionar que a nivel doctrinario se discute sobre la deficiencia del legislador en no haber distinguido entre actos irregulares favorables y

---

invalidación de un permiso de edificación, en el que se señala que "(...) pretender revocar un acto propio en razón de una supuesta equivocación supone una torpeza en la autoridad y una burla al ciudadano cumplidor, y que en su opinión no procede que la recurrida invalide un permiso de construcción, por tratarse de un acto declarativo o creador de derechos adquiridos legítimamente; pero que si se ha invocado esa ley como lo han hecho las resoluciones impugnadas debe respetarse su normativa, en el sentido de oírse previamente a los afectados, antes de emitir el o los actos revocatorios. Esto es, impugna derechamente la falta de audiencia de su parte en la actuación de la autoridad, reclamo que avala citando jurisprudencia de la Contraloría General de la República. Recuerda, además, que dicha norma dispone que "el acto invalidatorio será siempre impugnado ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario", lo que no podrá hacer efectivo con la forma de actuar de la recurrida."

De esta forma, el Tribunal concluye a este respecto "Que de la manera dicha la autoridad recurrida ha adoptado decisiones sin respetar los procedimientos establecidos legalmente, en cuanto a audiencia de los afectados, y sin permitirles a éstos la posibilidad de un juicio posterior breve y sumario, lo que importa que, en los hechos, dicha autoridad se ha constituido en una comisión especial, conculcando el derecho consagrado en el inciso 4° del N° 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental; sin que obste a considerarlo así la circunstancia de no haberse invocado esta norma por el recurrente. "Además, con su actuar ha vulnerado, al menos en grado de amenaza, el derecho de propiedad de los afectados, en cuanto ellos han tenido incorporado a su patrimonio los efectos que presumiblemente emanan de los actos que ahora se invalidan, sin respetar las formalidades que la ley les asegura; y, en su caso, el derecho a dichas formalidades y a las impugnaciones pertinentes. "Que, en consecuencia, cabe hacer lugar al recurso de autos, en el sentido que se dirá en lo resolutive y respecto de quien ha formalizado acción, desestimándose, en consecuencia, el rechazo pedido por la recurrida".

<sup>221</sup> Entendemos que el plazo perentorio en comento es de caducidad, es decir, para operar requiere del simple transcurso del tiempo, sin que quepan suspensiones, interrupción o renuncia.

desfavorables para el destinatario (particular) con la finalidad de aplicar el plazo de 2 años mencionado precedentemente, puesto que la seguridad jurídica que se pretende proteger por dicho plazo se justifica tratándose de actos favorables o positivos, pero no tratándose de actos antijurídicos que representen una carga o gravamen para su destinatario, cuya invalidación pudo haberse regulado para cualquier tiempo, al igual que en los casos de actos viciados que hayan sido dictados como resultados de engaños, fuerza o corrupción.

Adicionalmente, la LBPA establece que la invalidación de un Acto Administrativo podrá ser total o parcial, en función de lo cual, de acuerdo al principio de conservación de dicho acto, la invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada.

Finalmente, dicha invalidación del acto administrativo no deja en indefensión al interesado, quién, en caso de mostrarse contrario a la invalidación efectuada por la autoridad pública, podrá impugnar esta última ante los tribunales de justicia, en procedimiento breve y sumario.

(c) Aclaración del acto administrativo: En lo concerniente a esta institución, podemos mencionar que el artículo 62 de la LBPA admite que en cualquier momento la autoridad administrativa que haya dictado una resolución que ponga término a un Procedimiento Administrativo puede de oficio aclarar los puntos dudosos u oscuros y rectificar los errores de

copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hechos que aparecieren de manifiesto en el acto administrativo.

Sin perjuicio de que esta herramienta es una facultad regularmente reconocida en las competencias de revisión de oficio que tiene la Administración Pública, compartimos con CORDERO la necesidad de precisar algunos tópicos de esta institución: “En primer lugar, debe tratarse de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas y transcripciones de documentos, lo que no significa que la irrelevancia de los mismos puedan ser títulos de imputabilidad por daños, en el marco de un juicio de responsabilidad. En segundo lugar, los errores tienen que apreciarse teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que son advertidos. En tercer lugar, la rectificación del error de hecho no puede afectar a la subsistencia del acto administrativo, es decir, no puede acarrear la invalidación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las garantías para el afectado”.<sup>222</sup>

- Actuación intervenida

En lo que respecta a la actuación intervenida, podemos mencionar que la invalidación del acto administrativo puede efectuarse a través de un acto del

---

<sup>222</sup> CORDERO VEGA, Luis. 2006. Op.cit. pp. 169-170.

interesado o parte, salvo aquellos actos de mero trámite que sólo pueden impugnarse si ponen fin al procedimiento o causan indefensión al interesado.

En efecto, en caso que el interesado no pudiera reaccionar jurídicamente en contra de la autoridad administrativa, mediante la deducción de la respectiva impugnación, se encontraría a merced de la voluntad unilateral de la administración, quién podría vulnerar impunemente el ordenamiento jurídico.

En este sentido, y de acuerdo a MORAGA podemos definir la impugnación administrativa como “(...) la etapa del procedimiento administrativo, que sucede a la notificación o publicación del acto administrativo, que se provoca a través de recursos que interpone oportuna y debidamente el sujeto pasivo de dicho acto u otros interesados en el mismo con el fin de controvertir el acto no sólo en su legalidad, sino también en cuanto a su conveniencia, mérito y oportunidad, ante la misma autoridad que lo dictó o ante su superior jerárquico, si lo tuviera, para que éstas lo reconsideren, modificándolo, aclarándolo, invalidándolo o revocándolo<sup>223</sup>”.

A su vez, siguiendo lo señalado en este sentido por CORDERO, los ordenamientos jurídicos suelen regular los medios de impugnación ante la propia Administración, consagrando los que se han denominado “recursos administrativos” que pueden ser definidos como aquellas reclamaciones que se interponen, tramitan y resuelven ante la propia Administración, como consecuencia de su deber de velar porque sus actos se adecuen a Derecho y

---

<sup>223</sup> MORAGA KLENNER, Claudio. 2008a. Op. cit. p. 321.

satisfagan las necesidades públicas, volviendo sobre ellos si es necesario para tal fin y no persistir en sus errores.

Así, dicho autor señala que los elementos configurantes de todo recurso administrativo son<sup>224</sup>:

1. El recurso administrativo es una aplicación concreta del derecho a realizar alegaciones a la administración, consecuencia del principio de contradicción, fundados en el derecho a la defensa, como derecho de reacción activo o pasivo,
2. Es de carácter simplemente potestativo, pes es el interesado afectado por el acto administrativo impugnado quien decide la interposición e insistencia en el recurso.
3. Requieren de un acto expreso, es decir, de un acto administrativo consecuencia de un expediente administrativo, que permita modificar, alterar o dejar sin efecto su decisión. Este acto expreso debe ser la resolución final del procedimiento, o el acto trámite que hace imposible su continuación.
4. Se deducen ante la Administración. Los recursos se tramitan y deciden por un órgano administrativo, normalmente el mismo o el superior del que lo dictó. La característica propia de estos recursos administrativos se encuentra en que la Administración no actúa como parte ante un tercer

---

<sup>224</sup>CORDERO VEGA, Luis. 2006. Op.cit. pp. 161-162.

poder dirimente, sino que es precisamente ella la que vuelve sobre el acto dictado.

5. Los recursos son consecuencia de las prerrogativas de la administración, a consecuencia de la ejecutoriedad de los actos. Si la Administración puede, por sí, sin acudir a tribunales, aplicar los actos administrativos con imperio, puede, en ejercicio de esta prerrogativa, decidir los recursos que se deducen contra esos actos.
6. Finalmente, los recursos administrativos son una de las formas de control, posterior y subsidiario que, internamente, realiza el órgano correspondiente a instancia del particular afectado.

- Tipos de recursos

La LBPA entrega como medios de impugnación del acto administrativo a la parte interesado los recursos de reposición, jerárquico y extraordinario de revisión, cuya interposición iniciará un nuevo procedimiento de segundo grado o recursivo, debiendo en consecuencia (según lo dispone el artículo 55 de la LBPA) notificarse la interposición de recursos a los interesados que hubieran participado en el procedimiento primigenio.

A continuación nos referiremos en términos generales a cada uno de los recursos administrativos regulados en la LBPA:

- (a) Recurso de reposición: Este recurso tiene la finalidad de invalidar, reemplazar o modificar un acto administrativo por la misma autoridad que lo ha dictado, y se encuentra regulado en el artículo 59 inciso 7° de la

LBPA. Este recurso procede siempre, sin excepción, tiene un carácter formal y genera el deber de sustanciar y fallar dicha solicitud a la Administración<sup>225</sup>.

Este recurso debe interponerse en el plazo de 5 días ante el mismo órgano que dictó el acto que se impugna, quedando la autoridad obligada a pronunciarse sobre él en un plazo no superior a 30 días, y en caso de rechazo total o parcial, se elevará el expediente al superior que corresponda si junto con este recurso se hubiera interpuesto un recurso jerárquico.

- (b) Recurso jerárquico: Este recurso realiza el poder de revisión del superior jerárquico del órgano administrativo que dictó el acto objeto de impugnación, teniendo la misma finalidad de de invalidar, reemplazar o modificar un acto administrativo.

Este recurso se encuentra consagrado en forma expresa en el artículo 59 de la LBPA y en el artículo 10 de la LOCBGAE, y puede interponerse en defecto del recurso de reposición, lo que debe efectuarse ante el superior jerárquico de quién hubiera dictado el acto impugnado (dentro de los 5 días siguientes a su notificación); y también puede interponerse conjuntamente con el de reposición, y en subsidio del mismo, el que se

---

<sup>225</sup> Cabe mencionar que este recurso no es una modalidad del derecho de petición consagrado en el artículo 19 N° 14 de la CPol., que no consagra un verdadero deber de la autoridad de responder, por lo que no es correcto mencionar a la reposición por el nombre de *recurso gracioso*.

interpondrá ante el órgano que ha emitido el acto impugnado, para ante su superior.

Este recurso solo puede ser interpuesto en caso que el acto impugnado se haya emitido por una autoridad que se encuentre subordinada a otra en una relación de dependencia y jerarquía<sup>226</sup>.

Finalmente, cabe mencionar que la LBPA dispone un requisito para resolver este recurso que es la necesidad de oír previamente al órgano recurrido antes de resolver, con objeto de que éste pueda formular descargos.

(c) Recurso extraordinario de revisión: Este recurso encuentra su fundamento en el artículo 60 de la LBPA y se basa en el principio de la contradictoriedad del procedimiento, o más precisamente en el derecho a la defensa de las personas frente a la administración, toda vez que sus causales provienen de un defecto en la resolución que la transforman en injusta para la persona que soporta sus efectos.

Este recurso se interpone ante el superior jerárquico si lo hubiera, o en su defecto ante la misma autoridad que hubiere dictado el acto firme que se impugna por esta vía extraordinaria; cuyo carácter de extraordinario proviene no tan solo de su plazo de interposición de 1 año,

---

<sup>226</sup> Por esta razón la LBPA no admite este recurso en contra de los actos del Presidente de la República, de los ministros de Estado, de los alcaldes y los jefes superiores de los servicios públicos descentralizados. A lo anterior hay que agregar que este recurso tampoco puede interponerse ante autoridades de la administración centralizada contra un acto administrativo de un órgano inferior, pero con potestades desconcentradas.



sino que, además porque únicamente es procedente si concurren las siguientes causales<sup>227</sup>:

- a. Que la resolución se hubiere dictado sin el debido emplazamiento;
- b. Que al dictarlo se hubiere incurrido en manifiesto erro de hecho, y que éste haya sido determinante para la decisión adoptada, o que aparecieren documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse el acto o que no haya sido posible acompañarlos al expediente administrativo en aquel momento;
- c. Que por sentencia ejecutoriada se haya declarado que el acto se dictó como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, y
- d. Que en la resolución hayan influido de modo esencial documentos o testimonios declarados falsos por sentencia ejecutoriada

---

<sup>227</sup> A este respecto es interesante mencionar lo señalado por parte de Contraloría mediante Dictamen N° 40.020 de fecha 6 de julio de 2012 que señala lo siguiente “De la normativa reseñada, aparece que a diferencia de la reposición, el recurso de revisión es un medio de impugnación extraordinario, por cuanto sólo procede en los casos taxativamente indicados en el precitado artículo 60 y en contra de los actos administrativos firmes, condición que adquieren éstos una vez que terminan los recursos administrativos ordinarios deducidos, o desde que transcurre el plazo que la ley concede para la interposición de los mismos, siendo pertinente agregar, acerca de la primera situación, que los recursos administrativos presentados se entienden terminados una vez afinado el procedimiento impugnatorio respectivo, ya sea mediante una resolución expresa o por haber transcurrido el plazo para entender desestimado el recurso (aplica dictamen N° 13.188, de 2009, de este origen)”.

posterior a aquella resolución, o que siendo anterior, no hubiese sido conocida oportunamente por el interesado.

- Suspensión del acto administrativo impugnado

En torno a esta materia el artículo 57 de la LBPA señala que en principio la interposición de recursos administrativos no suspende la ejecución del acto impugnado, por lo que éste es ejecutorio y puede cumplirse a todo evento.

Sin perjuicio de lo anterior, dicho cuerpo normativo estatuye que la autoridad administrativa que conoce del asunto tiene la facultad discrecional de suspender la ejecución del acto impugnado, a petición fundada del interesado, cumpliéndose los siguientes requisitos: i) que el cumplimiento del acto recurrido pudiere causar un daño irreparable, y ii) cuando dicho cumplimiento haga imposible hacer efectivo lo que se resolviera en caso de acogerse el recurso.

De esta forma, a nivel de la actuación intervenida, el interesado tiene – al menos – un derecho de petición, cuya resolución tiene un carácter discrecional para la administración, de suspender los efectos de un acto administrativo impugnado, siempre que se cumplan ciertos requisitos dispuestos en la Ley.

En este sentido en el caso de una vía impugnativa iniciada por un particular, recae en éste la carga de pedir la suspensión del acto, dando los fundamentos de hecho y derecho que así lo justifiquen. En otras palabras, en esta hipótesis la administración no podría suspender de oficio esos efectos<sup>228</sup>.

---

<sup>228</sup> MORAGA KLENNER, Claudio. 2008a. Op. cit. p. 321.

Finalmente, cabe hacer mención que este criterio ha sido confirmado mediante diversos dictámenes de Contraloría que han señalado al efecto que “Es posible advertir que la interposición de un recurso administrativo suspende los efectos del acto impugnado únicamente si así lo dispone la autoridad que conoce de aquél, en el evento que concurra alguno de los supuestos previstos en el citado inciso segundo del artículo 57 de la ley N° 19.880, suspensión que, según lo precisado por el dictamen N° 60.656, de 2011, no sólo podrá ser ordenada a petición fundada del interesado, conforme a lo señalado en el mismo precepto, sino también de oficio, por cuanto el artículo 8°, inciso primero, de la ley N° 18.575, establece que los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa o a solicitud de parte, y porque el artículo 32, inciso primero, de la citada ley N° 19.880, previene que el órgano administrativo podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello<sup>229</sup>”.

---

<sup>229</sup> Dictámenes N° 60.656 de 2011, N° 836 de 2012 entre otros.

## CONCLUSIONES

Al comienzo de este trabajo, tomamos como punto de partida la tesis según la cual el Derecho Administrativo (desde su nacimiento como disciplina autónoma del Derecho, en el siglo XIX) podía interpretarse como el resultado de la administración (reglada) de dos fundamentales fuerzas en tensión, que denominamos tradición y realidad.

Por “tradición” entendimos los valores, principios y normas que –inspirados en las revoluciones liberales del siglo XVII y XIX- buscaban como ideal la libertad y autonomía del individuo, con la menor intervención heterónoma posible (y donde el Estado era visto simplemente como una solución de policía puesto que los particulares podían regular autónomamente sus obligaciones recíprocas). La “tradición”, mirada desde este punto de vista, tendía a desconfiar de la injerencia estatal en la vida jurídica fuera de la mantención del orden público y la seguridad exterior.

Por “realidad”, en cambio, entendimos el resultado de una serie de procesos históricos y evolución cultural que, de una manera u otra, supusieron (de manera posterior al asentamiento de los derechos fundamentales de primera generación en las principales constituciones europeas) limitaciones,

alteraciones o reinterpretaciones a la “tradicción” liberal. Enumeramos como ejemplo la irrupción de la “cuestión social” en las sociedades industrializadas de la segunda mitad del siglo XIX; las revoluciones sociales de inicios del siglo XX; la crisis económica de 1929, y más recientemente, el fenómeno de la sociedad de consumo híper-especializada, etc. La irrupción de la “realidad” al paradigma liberal cambió la mirada hacia la intervención estatal, redefiniéndola como necesaria y deseable para la consecución de ciertos fines públicos, o la satisfacción de derechos colectivos –de segunda generación-. Ello autorizaba, entonces, la toma de decisiones de parte de la Administración aún en perjuicio de la libertad individual del particular.

En seguida, postulamos que los valores y principios subyacentes a las fuerzas de “tradicción” y “realidad” se encuentran, hoy en día, ampliamente recogidas en el Derecho de inspiración continental, y que la decisión a favor de una u otra carece de una definición *ex ante* en el ordenamiento jurídico – incluyendo, por cierto, el chileno-. Ello se tradujo en afirmar que, *prima facie*, existen buenas razones (vale decir, argumentos con sustento institucional, recogidos en el Derecho positivo) para que tanto la Administración como el particular pretendan, en un caso concreto, la preeminencia de tradición o realidad. Dichas “buenas razones” se convierten, para los usuarios del sistema jurídico, en herramientas concretas de argumentación.

Finalmente, entonces, la pregunta del Derecho Administrativo se traduce (según nuestra posición) en la ponderación de dichas razones para producir

una decisión que satisfaga el estándar constitucional de intervención estatal – equilibrando de manera aceptable para los derechos fundamentales la tensión entre tradición y realidad-. Dicho de otra manera, el Derecho Administrativo es la respuesta institucional a dicha tensión, y esta respuesta se expresa en la forma de una decisión llamada “acto administrativo”.

A partir del marco teórico antes resumido, procedimos (en nuestro primer capítulo), a indagar de qué manera la tensión entre tradición y realidad se expresa en el ordenamiento jurídico en términos concretos –tomando como base la ley general de procedimientos administrativos, LBPA-, para lo cual acuñamos la distinción entre “actuación autónoma” y “actuación intervenida”, utilizando el primer término para designar una decisión en que la Administración ha producido un acto administrativo sin resistencia de un particular (o habiéndola vencido a lo largo del procedimiento), mientras que el segundo correspondía a la decisión en que el particular había logrado con éxito la supresión, modificación o mitigación de la pretensión estatal. Desde esta perspectiva, argumentamos que, desde el punto de vista normativo, el ordenamiento jurídico, por definición, posibilita la ocurrencia de cualquiera de las dos (independientemente de hacia dónde se incline, contingentemente, la balanza política).

En segundo lugar (en nuestro segundo capítulo) nos dedicamos a indagar si es efectivo que las “buenas razones” (argumentos y herramientas institucionales) para zanjar un conflicto mediante una solución de actuación

autónoma o intervenida se encuentran efectivamente recogidas en el Derecho chileno, y de qué manera se expresan. Al respecto, mostramos que la conceptualización misma del acto administrativo –que por cierto proviene de la corriente continental más difundida, de origen francés- en efecto contiene los elementos y valores de tradición y realidad como parte de sus elementos constitutivos, y que tales elementos pueden ser argumentativamente utilizados por las partes para tender a una actuación autónoma o intervenida de la Administración.

Al respecto, señalamos que podía constatarse que los elementos de presunción de legalidad, imperio y exigibilidad del acto administrativo tienden a la consecución de una actuación autónoma, y que en cambio el principio de legalidad (comprendido a su vez por la exigencia de investidura regular, competencia, procedimiento previo y juridicidad) y el deber de fundamentación de los actos administrativos propendían a una actuación intervenida.

Como tercer aspecto de nuestro análisis, nos abocamos (en nuestro capítulo tercero) a indagar si lo detectado en sede del *concepto* del acto administrativo también se expresaba en la regulación del procedimiento, de manera de demarcar si el usuario (particular o Administración) podía encontrar en éste herramientas que tendieran hacia una actuación autónoma o intervenida. Nuestra respuesta resultó positiva, y en dos niveles: por una parte, de los principios que informan el procedimiento de la LBPA resulta posible extraer elementos que propenden a una actuación autónoma o intervenida; y por otra,

existen herramientas procedimentales concretas (como la institución del silencio administrativo, medidas cautelares, suspensión provisoria, etc.) que también comparten dicha característica.

De esta manera, esperamos que el resultado de nuestro análisis haya servido un propósito doble:

- a) Por una parte, contribuir a un mejor entendimiento sobre el origen y la inspiración valorativa de dos instituciones clave de la vida jurídica (y colectiva en general), como lo son el acto y el procedimiento administrativos (lo cual, a su turno, nos proporciona un mejor entendimiento del Derecho Administrativo en general), de manera de comprender de forma más completa la función que cumplen como herramienta de acción en el ordenamiento jurídico. Creemos que conceptualizar el acto y el procedimiento administrativos como respuestas institucionales que permiten recoger y equilibrar la tensión entre “tradición y realidad” para producir decisiones constitucionalmente satisfactorias facilita enormemente la comprensión, interpretación y desarrollo del Derecho Administrativo, sin desatender la realidad social que éste debe intervenir –toda vez que, en definitiva, lo que preocupa a los actores del conflicto es determinar hasta qué punto puede legítimamente llegar la intervención estatal-.
- b) En segundo lugar, esperamos que la identificación de herramientas de argumentación concretas hacia una actuación autónoma e intervenida de



la Administración, tanto en el Derecho Administrativo sustantivo como procesal, puede ser de gran utilidad a los usuarios o partes del procedimiento administrativo para delimitar y (sobre todo) fundamentar las razones que esgrimirán en respaldo de sus pretensiones. Entender que ciertas herramientas (normas, principios o instituciones procesales) tienden hacia una actuación autónoma e intervenida contribuye, según esperamos haber demostrado, a una preparación más completa y rigurosa de la argumentación respectiva para una situación concreta, y permite seleccionar de manera más efectiva el énfasis que cada parte puede dar a su versión de lo que, institucionalmente, debería ser la mejor solución.

Esperamos, entonces, que el lector comparta nuestra convicción de que el análisis que hemos ofrecido ha cumplido con los objetivos señalados.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ALEXY, Robert. 1997. "Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 610p.
2. AYLWIN AZÓCAR, Patricio. 1959. Evolución y progreso del régimen jurídico de la administración del Estado de Chile. En: Derecho Administrativo: 150 años de doctrina. Santiago, Ed. Universitaria. 464p.
3. BARRA GALLARDO, Nancy. 2002. Probidad Administrativa: Aproximación a la Ley N° 19.653 y a la Jurisprudencia Administrativa, Santiago, LexisNexis ConoSur. 207p.
4. BOCANEGRA Sierra, Raúl. 2004. Lecciones sobre el Acto Administrativo. 2ª Ed. Madrid, Thomson Civitas. 256p.
5. CALDERA DELGADO, Hugo. 1981. El Acto Administrativo, legalidad, efectos e impugnación. Santiago, Ed. Jurídica. 185p.
6. CAMACHO CEPEDA, Gladys. 2004. Discrecionalidad Administrativa y Tarificación de los Servicios de Telecomunicaciones. Revista de Derecho Público. 66: 357-370.
7. CAMPOS ESPINOZA, Fanny. 2008. Implementación de la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo, Ley 19.880, en los Municipios de Las Condes, Santiago, Recoleta y El Bosque. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 140p.
8. CERDA, María Pilar y VIEDMA, Joyce. 2003. Impacto de la Ley de Procedimiento en la Gestión Pública. Memoria de grado Ingeniería Comercial. Santiago, Universidad de Chile Facultad de Economía y Negocios. 128p.

9. CHITI, Mario. 2002. Derecho Administrativo Europeo. Madrid, Ed. Civitas, 360p.
10. COBO OLVERA, Tomás. 2001 .El Procedimiento Administrativo Sancionador Tipo: Legislación, Jurisprudencia, Doctrina y Formularios. 2ª Ed. Barcelona, Ed. Bosch. 366p.
11. CORDERO VEGA, Luis. 2007. Efectos de la Reforma Constitucional en Materia de Acceso a la Información Pública. Revista de Derecho Público 69(2): 85-99.
12. CORDERO VEGA, Luis. 2002. Los Hechos y los Supuestos de Hecho para el Ejercicio de Potestades Administrativas. Aplicación a un Caso Práctico. Revista de Derecho Público 62.
13. CORDERO VEGA, Luis. 2003. *El Procedimiento administrativo*. Santiago, Lexis Nexis. 228p.
14. CORDERO VEGA, Luis. 2006. La Supletoriedad de la Ley de Procedimiento Administrativo”, en Acto y Procedimiento Administrativo. Actas II Jornada de Derecho Administrativo. Santiago, Ed. Universitaria. pp. 49-70.
15. CORDERO VEGA, Luis. 2008. Procedimiento Administrativo: Desarrollo y Perspectivas. En: Pantoja Bauzá, Rolando (coord.). Derecho Administrativo: 120 Años de Cátedra. Santiago, Editorial Jurídica. pp. 325-355.
16. DESDENTADO DAROCA, Eva. 1997<sup>a</sup>. Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial. Pamplona, Ed. Arizandi. 514p.
17. DESDENTADO DAROCA, Eva. 1997<sup>b</sup>. Los Problemas del Control Judicial de la Discrecionalidad Técnica (un Estudio Crítico de la Jurisprudencia). Madrid, Ed. Civitas S.A..

18. DROMI, José Roberto. 1983. Instituciones de Derecho Administrativo. 2ª Ed. Buenos Aires, Ed. Astrea. 576p.
19. DUARTE FRANCO, Rodrigo. 1997. La Suspensión Provisional del Acto Administrativo. Santafé de Bogotá D.C, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. 93p.
20. DWORKIN, Ronald. Los Derechos en Serio. Barcelona, Ariel Derecho, 1985.
21. FERNÁNDEZ RICHARD, José. 2007. Derecho Municipal Chileno. 2ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica. 497p.
22. FERNÁNDEZ, Tomás R. 2002. De la Arbitrariedad de la Administración. 4ª ed. Madrid, Ed. Civitas, 267p.
23. FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. 2005. La Justicia Administrativa. Santiago, Ed. Lexis Nexis. 414p.
24. FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. 2011. Los procesos administrativos en el Derecho Chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 36: pp. 251-277.
25. FIAMMA OLIVARES, Gustavo. 1986. La Acción Constitucional de Nulidad: un Supremo Aporte del Constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, (83): pp. 123-128.
26. FLORES RIVAS, Juan Carlos. 2007. Límites Constitucionales a las Facultades Interpretativas de la Administración. Revista de Derecho Público. 69(2): pp. 60-84.
27. FORSTHOFF, Ernst. 1958. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid, Instituto de Estudios Políticos. 768p.

28. GAJARDO ORELLANA, Tania. 2005. El Debido Proceso en los Procedimientos Administrativos Sancionadores. Memoria Grado Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 203p.
29. GALLEGO ANABITARTE, A., MENENDEZ REXACH, A. 2001. Acto y Procedimiento Administrativo. Madrid, Editorial Marcial Pons. pp. 174-175.
30. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 2000. Democracia, jueces y control de la Administración. 5ª Ed. Madrid, Ed. Civitas, 340p.
31. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 2004. Curso de Derecho Administrativo. 12ª Ed. Madrid, Ed. Civitas. 825p.
32. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 2007. Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. Madrid, Ed. Thomson-Civitas, 148p.
33. GARCÍA GIL, Francisco Javier. 2000. Suma de las infracciones y sanciones administrativas. Madrid, Ed. Aranzadi. 1462p.
34. GIMENO SENDRA, Vicente. 2004. Derecho Procesal Administrativo. 2ª Ed. Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A.. 299p.
35. GÓMEZ PUENTE, Marcos. 2002. La Inactividad de la Administración. 3ª Ed. Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi. 1060p.
36. GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. 1997. Derecho Administrativo Español: el Acto y el Procedimiento Administrativos. Pamplona, Ed. EUNSA.

37. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. 2002. Manual de Procedimiento Administrativo. 2ª Ed. Madrid, Ed. Civitas, 689p.
38. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. 2004. El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. 4ª Ed. Madrid, Ed. Civitas, 305p.
39. GORDILLO, Agustín. 1974. Tratado de Derecho Administrativo. Parte General, Tomo I. Buenos Aires, Ed. Macchi S.A.
40. HABERMAS, Jürgens. Facticidad y Validez. 2002. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso. 4ª Edición. Madrid, Trotta. p. 689
41. MASHAW, Jerry L. 1997. Greed, Chaos, and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law. Londres, Yale University Press. 241p.
42. MENÉNDEZ REXACH, A; RODRÍGUEZ-CHAVÉZ, B Y CHICHILLA PEINDADO, J. 2005. Las garantías básicas del procedimiento administrativo. Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad.
43. MESEGUER YEBRA, Joaquín. 1999. Tutela cautelar y medidas provisionales previas al procedimiento administrativo [en línea]. Noticias Jurídicas, Artículos doctrinales de derecho administrativo. Abril 1999. <<http://noticias.juridicas.com/articulos/15Derecho%20Administrativo/1999-04-tutelacautelar.html>> [consulta: 20 de noviembre de 2012].
44. MESEGUER YEBRA, Joaquín. 2000. El Principio Non Bis in Idem en el Procedimiento Administrativo Sancionador. Barcelona, Ed. Bosch. 79p.
45. MESEGUER YEBRA, Joaquín. 2001. La Tipicidad de las Infracciones en el Procedimiento Administrativo Sancionador. Barcelona, Ed. Bosch. 92p.
46. MESEGUER YEBRA, Joaquín. 2002. La Caducidad en el Procedimiento Administrativo Sancionador. Barcelona, Ed. Bosch. 92p.

47. MORAGA KLENNER, Claudio. 2004. Cuestiones Generales Sobre Regulación Administrativa. Revista de Derecho Público 66: pp. 391-404.
48. MORAGA KLENNER, Claudio. 2008a. Comunicación, vigencia y ejecución de los actos administrativos en Derecho Administrativo Chileno. Santiago, Editorial Porrúa.
49. MORAGA KLENNER, Claudio. 2008b. Derecho Público Chileno, y los Principios de Legalidad Administrativa y de Juridicidad. En: Derecho Administrativo: 120 Años de Cátedra. Santiago, Editorial Jurídica.
50. MORAGA KLENNER, Claudio. 2008c. La Actividad Formal de la Administración del Estado. En: PANTOJA BAUZÁ, Rolando (coord.). Derecho Administrativo Chileno. México D.F., Ed. Porrúa.
51. MORÁN HERRERA, María Trinidad. 2005. El Silencio y la Inactividad de la Administración a la Luz de la Ley N° 19.880 sobre Bases del Procedimiento Administrativo. Memoria grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valparaíso, Universidad Adolfo Ibáñez. 163p.
52. MOYA GARCÍA, Rodrigo. 2003. El Procedimiento Administrativo Electrónico en Chile. Revista Chilena de Derecho Informático (3): 77-93.
53. MUÑOZ MACHADO, Santiago. 2004. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General. Madrid, Thomson-Civitas, 2004. 4 vol.
54. NIETO GARCÍA, Alejandro. 2003. Recensión al libro de Esteve Pardo: Autorregulación. Génesis y efectos. Revista de Administración Pública (160): 429.
55. NIETO GARCÍA, Alejandro. 2005. Derecho Administrativo Sancionador. 4ª Ed. Madrid, Ed. Tecnos. 592p.

56. PALOMAR OLMEDA, Alberto. 2007. La Actividad Administrativa Efectuada por Medios Electrónicos (a propósito de la ley de acceso electrónico a la administración pública). Navarra, Ed. Aranzadi. 391p.
57. PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2004. Función Administrativa y Derecho Administrativo en el Derecho Chileno. Revista de Derecho Público 66: 291-305.
58. Pantoja Bauzá, Rolando. 2008a. Derecho Administrativo: 120 Años de Cátedra. Santiago, Editorial Jurídica. 441p.
59. Pantoja Bauzá, Rolando. 2008b. Derecho Administrativo Chileno. Ciudad de México, Ed. Porrúa, 2008b. 999p.
60. PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2008c. El Concepto de Derecho Administrativo. En: Derecho Administrativo, 120 Años de Cátedra. Santiago, Editorial Jurídica. 441p.
61. Pantoja Bauzá, Rolando, 2008d. El Derecho y la Administración del Estado en Chile. En: PANTOJA BAUZÁ, Rolando. Derecho Administrativo Chileno. Ciudad de México, Ed. Porrúa, 2008d. 999p.
62. PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2008e. La Tipología Asumida por la Administración Pública como Función Estatal, en su Proceso Adaptativo a la Evolución Experimentada por el Estado Moderno Constitucional: desde la Suma Potestad a la Concreción Humanista de la Solidaridad. En: Derecho Administrativo: 120 Años de Cátedra. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2008f. 441p.
63. PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2009. La Relación entre Ley y Reglamento en el Derecho Chileno. Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado (20): 13-53.
64. PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2010. Tratado de Derecho Administrativo. Santiago, Ed. Abeledo Perrot Legal Publishing. 8v.



65. PARADA VÁZQUEZ, Ramón. 1995. Derecho Administrativo, Volumen I. Madrid, Ed. Marcial Pons. 4v.
66. PARADA VÁZQUEZ, Ramón. 2000. Derecho Administrativo: Parte General, Volumen I. 12ª Ed. Madrid, Ed. Marcial Pons. 3v.
67. PAREJO ALFONSO, Luciano. 1998. Manual de Derecho Administrativo Volumen I. 5ta ed. Madrid, Ed. Ariel. 2v.
68. PIERRY ARRAU, Pedro. 2005. Nulidad de derecho público. En: La justicia administrativa. Lexis Nexis. 180p
69. PONS CANOVAS, Ferrán. 2001. Las Medidas Provisionales en el Derecho Administrativo Sancionador. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 262p.
70. RAJEVIC MOSLER, Enrique. 2005. La Inclusión del Principio de Probidad en la Constitución y la Función de Control: Una Necesaria Revisión. En: XXXVI JORNADAS DE DERECHO PÚBLICO Reformas Constitucionales: Un año después [en línea]. Santiago, Universidad de Chile Facultad de Derecho. <<http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Enrique%20Rajevic%20M.pdf>> [consulta: octubre, 2012]
71. RAMIREZ R., Libardo. 2008. Derecho Administrativo: General y Colombiano. 16ª Ed. Bogotá, Ed. Temis.
72. RIVERO ORTEGA, Ricardo. 2007. El Expediente Administrativo: de los Legajos a los Soportes Electrónicos. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi. 228p.
73. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. 2004. Servicio Público y Derecho Comunitario Europeo. Revista de Derecho Público 66: 275-290.

74. ROMÁN CORDERO, Cristián. 2008. Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado de Chile. En: PANTOJA BAUZÁ (coord.), *"Derecho Administrativo Chileno"*... cit., pp. 822 y ss.
75. RUBIN, Edward. 2002. It's Time to Make the Administrative Procedure Act Administrative. *Cornell Law Review University of Pennsylvania* 8.
76. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. 2002. Principios de Derecho Administrativo, Tomo I. 3ª ed. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Arces S.A.. pp. 60-61.
77. SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. 2003. La Teoría del Derecho Administrativo como Sistema: Objeto y Fundamentos de la Construcción Sistemática. Madrid, Marcial Pons Editores. N. del T.
78. SILVA CIMMA, Enrique. 1995. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes. Santiago, Ed. Jurídica. 6v.
79. SOSA WAGNER, Francisco. 2000. El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo Volumen 1, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch. 3v..
80. Soto Kloss, Eduardo. 1980. La Responsabilidad Pública (un retorno a la idea clásica de restitución). *Revista de Derecho Público* (27): 133-135.
81. SOTO KLOSS, Eduardo. 1983. Administración y Derecho en Chile. *Revista de Derecho Público* (33-34): 53 y ss.
82. Soto Kloss, Eduardo. 1996. Derecho Administrativo. Bases Fundamentales Volumen I. Santiago, Editorial Jurídica.
83. Soto Kloss, Eduardo. 2003. Ley N° 19.880 sobre Procedimientos Administrativos. Santiago, Academia de Derecho Universidad Santo Tomás.

84. Soto Kloss, Eduardo. 2007. La Pretendida Autotutela Invalidatoria de la Administración. *Gaceta Jurídica* (325): 7-16.
85. SOTO ROBLE, Rebeca. 2007. El Interesado en la Ley 19.880. Memoria de Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile Facultad de Derecho. 356p.
86. TARUFFO, Michele. 2002. La Prueba de los Hechos. Madrid, Ed. Trotta, 544p.
87. TROMBEN REYES, Pablo. 2007. Análisis Crítico de la Ley 19.880 que Establece las Bases de los Procedimientos que Rigen los Actos de la Administración del Estado. Memoria de Grado Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valparaíso, Universidad Adolfo Ibáñez. 93p.
88. ZÚÑIGA URBINA, Francisco. 2007. Sobre el Principio de Legalidad y Derecho Administrativo Sancionador. *Gaceta Jurídica* (320): 93-156.