

Ma

Manuales

Cristóbal Osorio Vargas
Leonardo Vilches Yáñez

Derecho Administrativo

Tomo I

Conceptos y principios

ediciones
DER

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Coediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a info@derediciones.com o visite nuestra página web www.derediciones.com

DERECHO ADMINISTRATIVO

Tomo I

Conceptos y principios

© Cristóbal Osorio Vargas y Leonardo Vilches Yáñez

2020 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 160, oficina 404, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

info@derediciones.com

www.derediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual N° A-980

ISBN 978-956-9959-71-4

Primera edición, enero de 2020

Reimpresión, octubre de 2022 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

*“Saber y honradez, no dinero,
es lo que requiere el ejercicio del poder público”.*

Simón BOLÍVAR

25 de mayo de 1826

Discurso al Congreso Constituyente de Bolivia

*“Este no es un tiempo para el miedo,
para la reacción ni para la timidez”.*

Franklin Delano ROOSEVELT

2 de julio de 1932

Discurso para aceptar nominación presidencial

*“Es tiempo ya de iniciar el camino
que hemos comprometido
en el programa de Gobierno”.*

Michelle BACHELET JERIA

11 de marzo de 2014

Discurso al asumir el mando presidencial

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	IX
PRÓLOGO.....	XIII
INTRODUCCIÓN AL CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO	1
CAPÍTULO I: HISTORIA Y CONTEXTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CHILENO. LAS TENSIONES IDEOLÓGICAS DE ESTA RAMA DEL DERECHO Y LA NECESIDAD DE SISTEMATIZAR SU TEORÍA GENERAL.....	7
1. PLANTEAMIENTO: EL DERECHO ADMINISTRATIVO, UN DERECHO EN TENSIÓN.....	9
2. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA SEPARACIÓN DE PODERES. LA IDENTIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN O DEL PODER EJECUTIVO COMO UN PODER RESIDUAL Y EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES MATIZADO	13
2.1. Apuntes generales sobre el «principio de separación de poderes»	13
2.2. Poder Legislativo	24
A) Consideraciones preliminares.....	24
B) Sobre el Poder Legislativo en la Constitución vigente.....	26
a. Congreso Nacional	28
i. Cámara de Diputadas y Diputados.....	29
ii. Senado de la República	30
b. Prevención sobre las funciones legislativas del Presidente de la República.....	30
2.3. Poder Judicial	32
A) Consideraciones preliminares.....	32
B) Sobre el Poder Judicial en la Constitución vigente	34
2.4. Poder Ejecutivo.....	39

A) Consideraciones preliminares.....	39
B) Sobre el Poder Ejecutivo en la Constitución vigente	41
2.5. El surgimiento de la teoría de preponderancia del Derecho Administrativo. La relación del «principio de separación de poderes» con el Derecho Administrativo	44
2.6. Breve reflexión, previa a la siguiente sección.....	48
3. NOTAS SOBRE LA HISTORIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: LA NECESIDAD DE SITUAR, CATEGORIZAR Y DETERMINAR EL TERRITORIO DE BATALLA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	49
3.1. Luis Cordero Vega: la evolución histórica del Derecho Administrativo ...	50
A) El origen liberal	50
B) El Estado de bienestar	54
C) La liberalización, privatización y desregulación	59
D) La nueva gobernanza.....	62
3.2. Juan Carlos FERRADA y la evolución histórica del Derecho Administrativo en Chile.....	68
A) Un Derecho Administrativo en formación	70
B) La edad de oro del Derecho Administrativo: la Teoría del Servicio Público	73
C) La «belle époque» del neoliberalismo jurídico	75
D) El proceso de rectificación de la nueva doctrina administrativa y el inicio de un nuevo proceso constituyente.....	82
4. SANTIAGO MONTT: LAS VISIONES DEL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA «LUZ ROJA» Y LA «LUZ VERDE».....	90
4.1. Planteamiento.....	90
4.2. La teoría de la «Luz Roja».....	91
4.3. La teoría de la «Luz Verde».....	95
5. TENSIONES ACTUALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO CHILENO ORIGINADAS POR EL DEBATE MANIQUEÍSTA	100
5.1. Primera tensión: el surgimiento de potestades de fiscalización, sanción y normativas de las autoridades administrativas.....	103
5.2. Segunda tensión: el control judicial de las políticas públicas y de las potestades discrecionales	111
5.3. Tercera tensión: el derecho a la salud y un legislador ausente	121
5.4. Cuarta tensión: la renuncia de las autoridades administrativas a ejercer sus competencias. El llamado del Poder Judicial a que las autoridades administrativas cumplan funciones más allá de sus mandatos legales expresos, fijando sus competencias conforme a su finalidad.....	124

5.5. Quinta tensión: un mayor escrutinio de las instituciones públicas y de los regulados. Un aumento en la desconfianza	130
5.6. Sexta tensión: la tensión ideológica entre la «Luz Roja», la «Luz Verde» y la candidez de la tecnocracia o los «higiénicos» del Derecho Administrativo	138
5.7. Séptima tensión: los conflictos entre el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y la Contraloría General de la República.....	141
A) Contraloría y Tribunal Constitucional: el caso de la «objección de conciencia institucional» y la prestación de servicios médicos para la interrupción voluntaria del embarazo en las tres casuales despenalizadas	142
B) Contraloría y Corte Suprema: Caso DGAC, Caso Dorothy Pérez, suma y sigue	148
C) Corte Suprema y Tribunal Constitucional: «choque de trenes»	150
6. SCHMIDT-ASSMANN: ¿CÓMO CONCILIAR LAS TENSIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO? LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO SISTEMA.....	155
6.1. Planteamiento.....	155
6.2. Función de auxilio para la práctica judicial y administrativa	163
6.3. Función dogmática	164
6.4. Función política	165
CAPÍTULO II: CONCEPTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	169
1. BREVES CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO.....	171
1.1. Antecedentes previos	172
1.2. Preguntas de contexto	173
A) ¿Qué es «lo público» del Derecho Administrativo?	173
B) Derecho Administrativo: ¿un derecho estigmatizado?	177
a. El Derecho Administrativo es «estatutario»	178
b. El Derecho Administrativo es «nacional»	178
c. El Derecho Administrativo está «en constante mutación»	180
d. El Derecho Administrativo trata sobre el «poder que ejecuta la ley»	182
e. El Derecho Administrativo trata de «potestades exorbitantes».....	183
f. El Derecho Administrativo es «neuro»	185
2. CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO	186
2.1. Sobre los múltiples conceptos doctrinarios de Derecho Administrativo	186
2.2. Conceptos de Derecho Administrativo en la doctrina comparada.....	186
A) Notas sobre la conceptualización de los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ	188

a. Derecho Administrativo como Derecho Público	188
b. El Derecho Administrativo es el «Derecho Común» de los órganos de la Administración del Estado	189
c. Los órganos de la Administración como requisito para una relación jurídico-administrativa	195
2.3. Conceptos en la doctrina nacional	196
A) El concepto teleológico de Enrique SILVA CIMMA	197
B) El concepto teleológico de Eduardo SOTO KLOSS	199
C) El concepto estatutario y de características de Jorge BERMÚDEZ SOTO..	200
D) El concepto estatutario de Carlos CARMONA SANTANDER	201
E) El concepto positivista de Luis CORDERO VEGA	201
2.4. Concepto de Derecho Administrativo	202
A) «Allegro» de obertura	202
B) Intermedio «moderato»	205
C) «Allegro ma non troppo»	206

CAPÍTULO III: EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON OTRAS RAMAS DEL DERECHO

1. PLANTEAMIENTO: LA EXISTENCIA DE UN DERECHO ADMINISTRATIVO AUTÓNOMO O SU ÍNTIMA RELACIÓN CON OTRAS RAMAS DEL DERECHO	215
2. LA RELACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL	219
2.1. Concepto de Derecho Constitucional	220
2.2. La relación del Derecho Administrativo con el Derecho Constitucional ...	222
A) Relaciones dogmáticas	223
a. Finalidad del Estado	224
b. Forma de Estado	225
c. Juridicidad del Estado	226
d. Probidad, publicidad y transparencia	227
e. Nota sobre los derechos fundamentales	228
B) Relaciones orgánicas	229
a. Sobre el gobierno	229
b. Sobre las bases generales de la Administración	230
c. Sobre el gobierno y Administración interior del Estado	231
d. Sobre la Contraloría General de la República	232
3. LA RELACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CON EL DERECHO CIVIL	233
3.1. Concepto de Derecho Civil	235
3.2. La relación del Derecho Administrativo con el Derecho Civil	237
4. LA RELACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CON EL DERECHO PENAL	247

4.1. Concepto Derecho Penal	250
4.2. La relación del Derecho Administrativo con el Derecho Penal.....	250
A) Derecho Administrativo Sancionador.....	251
B) Sobre los delitos cometidos por funcionarios y delitos en sectores regulados.....	253
5. LA RELACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CON EL DERECHO PROCESAL	256
5.1. Concepto de Derecho Procesal	257
5.2. La relación del Derecho Administrativo con el Derecho Procesal	258
6. LA RELACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL CON LOS «SECTORES DE REFERENCIA» O EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL	263
CAPÍTULO IV: PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	269
1. PLANTEAMIENTO: SOBRE LA ACTUALIDAD Y NECESIDAD DE ESTUDIAR LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	271
2. SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	277
2.1. Concepto	277
2.2. Fuentes normativas	284
2.3. Fundamentos	285
2.4. Luis CORDERO: la tipicidad del principio de legalidad	290
A) Tipicidad organizacional o de creación orgánica	291
B) Tipicidad competencial.....	293
C) Tipicidad procedimental	299
D) Tipicidad teleológica	303
E) Tipicidad presupuestaria.....	306
F) Tipicidad de empresas públicas	311
2.5. Los elementos del principio de legalidad. ¿Qué elementos debe cumplir un acto para ser legal?.....	313
A) Elemento de atribución de potestades	316
B) Elemento de previa investidura regular	317
C) Elemento de competencia.....	320
D) Elemento de forma	328
E) Elemento de fin de los actos administrativos	334
F) Elemento de motivación	337
2.6. La legalidad es el objeto del control de las actuaciones administrativas....	340
2.7. ¿Qué hacer ante el incumplimiento del principio de legalidad en una decisión administrativa?	342
A) La revisión de los elementos de legalidad	342
B) Usar alguno de los mecanismos de control judicial o administrativo	347
C) Solicitar la responsabilidad administrativa y disciplinaria.....	350

2.8. Breves consideraciones sobre algunos mecanismos para prescindir de la ley.....	351
A) Planteamiento	351
B) Sobre el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ...	352
C) La tesis de la Corte Suprema: la derogación tácita de preceptos legales preconstitucionales	359
3. PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL.....	362
3.1. Planteamiento.....	362
3.2. Concepto	364
3.3. Fundamentos.....	371
3.4. Fuentes normativas	379
3.5. Breves notas sobre la evolución histórica de la tutela judicial de las actuaciones de la Administración.....	380
3.6. El principio de especialidad del control judicial.....	384
4. PRINCIPIO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES	386
4.1. Planteamiento.....	386
4.2. Concepto	387
4.3. Fuente normativa	389
4.4. Derechos fundamentales como límite de la actuación administrativa.....	391
4.5. Sobre algunas controversias jurídicas de la protección de Derechos Fundamentales	396
4.6. Un breve apunte sobre la ponderación de la tutela de derechos fundamentales en el Derecho Administrativo	403
5. PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA.....	405
5.1. Notas sobre la «Constitución Económica»	405
5.2. Fuentes normativas	412
5.3. Sobre los principios constitucionales de intervención del Estado en la economía	415
A) Libertad económica	416
B) El «Estado empresario».....	418
C) Mecanismos de control.....	419
D) Garantía patrimonial	420
6. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO	421
6.1. Concepto	421
6.2. Fuentes normativas	428
6.3. Tensiones del principio democrático	429
7. PRINCIPIO DE PROBIIDAD.....	437

7.1. Concepto	437
7.2. Fuentes normativas	443
7.3. El interés general: el objetivo de la probidad	445
8. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD	447
8.1. Concepto	447
8.2. Fuente normativa	451
8.3. La Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública	455
9. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	462
9.1. Concepto	462
9.2. Fuente normativa	470
BIBLIOGRAFÍA	473

ABREVIATURAS

art. / arts.	: artículo / artículos
AFP	: Administradora de Fondo de Pensiones
BM	: Banco Mundial
c. / cc.	: Considerando / considerandos
CC	: Código Civil
CIADI	: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CMF	: Comisión de Mercado Financiero
comp.	: compilador
CONICYT	: Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica
CORFO	: Corporación de Fomento de la Producción
COT	: Código Orgánico de Tribunales
CPC	: Código de Procedimiento Civil
CPLT	: Consejo Para la Transparencia
CPP	: Código Procesal Penal
CPR	: Constitución Política de la República
DFL	: Decreto con Fuerza de Ley
DGA	: Dirección General de Aguas
DL	: Decreto Ley
DS	: Decreto Supremo
ed. / eds.	: editor / editores
ENAP	: Empresa Nacional del Petróleo
FMI	: Fondo Monetario Internacional
FONDECYT	: Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico

IPC	: Índice de Precios al Consumidor
ISAPRE(S)	: Institución(es) de Salud Previsional
LAIP	: Ley N° 20.285 de Acceso a la Información Pública
LBPA	: Ley N° 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado
LEA	: DFL N° 29/2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo
LOCBGAE	: DFL N° 1/2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
LOCCGR	: Decreto N° 2.421 que fija el texto refundido de la Ley N° 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República
LOCCN	: Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional
LOCM	: DFL N° 1/2006, del Ministerio del Interior que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades
LOCTC	: DFL N° 5/2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional
LOSMA	: Artículo 2° de la Ley N° 20.417 que crea la Superintendencia del Medio Ambiente y fija su ley orgánica.
n.	: nota
núm.	: número
OCDE	: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OMC	: Organización Mundial de Comercio
RCA	: Resolución de Calificación Ambiental
S.R.L.	: Sociedad de Responsabilidad Limitada
SBIF	: Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras
SEA	: Servicio de Evaluación Ambiental
SEIA	: Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SERNAC	: Servicio Nacional del Consumidor de Chile
SERVEL	: Servicio Electoral de Chile

SMA	:	Superintendencia del Medio Ambiente
SMAPA	:	Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado
SNA	:	Servicio Nacional de Aduanas
SNIFA	:	Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental
SQM	:	Sociedad Química y Minera de Chile
ss.	:	siguientes
STC	:	Sentencia del Tribunal Constitucional
TCF	:	Tribunal Constitucional Federal (Alemania)
trad.	:	traductor

PRÓLOGO

¿Qué es el Derecho Administrativo? Una pregunta en apariencia sencilla, si volvemos sobre una definición canónica que la entiende como la disciplina que explica, estudia y analiza el Derecho aplicable a la Administración Pública¹. Sin embargo, esta idea encierra una gran cantidad de cuestiones complejas que hacen que esa simple afirmación sea objeto de escrutinio porque recoge una idea simplemente descriptiva, sin hacerse cargo de la complejidad de la intervención pública y los criterios de legitimidad que exige la intervención administrativa².

En el caso chileno eso es todavía más complejo, porque este ha sido tardíamente regulado a nivel legal y ha carecido de un contencioso administrativo, un elemento institucional esencial para el desarrollo de cualquier Derecho Administrativo en el mundo, acompañado de leyes de procedimiento administrativo³.

¿Por qué, entonces, a pesar de esas carencias esenciales igualmente desarrollamos un sistema de Derecho Administrativo? Parte de la respuesta está en el rol que cumplió la jurisprudencia de la Contraloría General de la República desde su creación en 1927, pero especialmente desde su reconocimiento como autonomía constitucional en 1943, dotando a su jurisprudencia de un mecanismo cuasi normativo al actuar como precedente general y obligatorio para situaciones de hecho futuras, en base a una in-

1 *Vid.* CASSESE, Sabino (2014).

2 ROSE-ACKERMAN, Susan y LINDSETH, Peter (2010), pp. 1-20.

3 CORDERO VEGA, Luis (2016a), p. 394.