

Legal |

Análisis Jurídico | Regulatorio económico | Artículo 1 de 1

Principios generales del derecho en la praxis del Derecho administrativo: fuente no escrita, sin inducción ni deducción de normas escritas

"... La jurisprudencia, para fundar sus decisiones en casos de Derecho administrativo, recurre cada vez más a una fuente no escrita: a los principios generales del derecho; la evidencia es que lo han estado haciendo durante décadas, solo que no es usual la constatación empírica..."

Miércoles, 30 de agosto de 2023 a las 9:44



A⁻ A⁺ Imprimir Enviar

Alejandro Vergara

Hace casi 20 años (en 2005) apareció en nuestro país el libro *Principios generales del derecho público*, traducción de una serie de escritos de Franck Moderne sobre principios generales del derecho; este administrativista francés mostraba el papel que cumplen aquellos principios generales del derecho que crean los jueces en la jurisprudencia de los tribunales de su país, tanto del tribunal del contencioso administrativo (el Consejo de Estado) como del Consejo constitucional. Libro conocido entre nosotros, que tuvo dos ediciones, ya agotadas, y que merecería una nueva edición.

Pero los principios generales del derecho, como fuente no escrita y creados por el juez directamente, han tenido mala fortuna en la doctrina nacional de la disciplina del Derecho administrativo, pues en general los autores adoptan algunas de las siguientes dos actitudes: o, sencillamente omiten referirse a los principios generales del derecho (pues con un criterio normativista estricto suelen considerar fuente del derecho únicamente a aquellas fuentes formales o escritas, como la Constitución y la ley; incluso se da el caso excesivo de que se llega a considerar al simple reglamento de ejecución como fuente y no a los principios generales del derecho); o, consideran a los principios ya no como una creación de los jueces, sino como el resultado de un proceso inductivo o deductivo desde normas expresas (en cuyo caso, el principio no sería una fuente en sí misma, sino una inducción o deducción de una fuente escrita, lo que trae como resultado que toda fuente del derecho es, en definitiva, la norma escrita).

Pero, los principios generales del derecho consisten en una fuente del derecho no escrita, cuya existencia captan los jueces y juristas con sensibilidad más allá de lo puramente normativo, formal o escrito; pero, el mayor protagonista en esta técnica son los jueces, pues, como he señalado en [comentarios anteriores](#), la jurisprudencia, para fundar sus decisiones en casos de Derecho administrativo, recurre cada vez más a una

fuentes no escritas: a los principios generales del derecho. La evidencia muestra que lo han estado haciendo durante décadas, solo que no es usual la constatación empírica, la que aquí ofrezco a partir de una sencilla muestra de jurisprudencia del último tiempo, en sede judicial y de la Contraloría General de la República (CGR).

Principios generales del derecho en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema

En tres recientes casos la Corte Suprema (CS), una vez más, y con total soltura y corrección, decide conflictos aplicando los principios generales del derecho, sin que para ello haya realizado alusión o aplicación alguna de alguna fuente del derecho escrito. Así:

i) El principio de la confianza legítima le permite resolver el conflicto en *Elizalde con Junta Nacional de Jardines Infantiles* (2023). En su noveno considerando, la CS define este principio como aquel que “busca proteger a los funcionarios de los cambios intempestivos en las decisiones de la Administración, entregando estabilidad a los servidores públicos, impidiendo que a través de aquellos se lesionen derechos”. Y, al hacer aplicación de este principio, señala “que, por tanto, habiéndose quebrantado el principio de confianza legítima, se constata la ilegalidad y arbitrariedad del acto que puso término anticipado a la contrata del actor (...), razón por la cual, se deberá disponer de la reincorporación del actor en sus funciones”.

ii) Aplica, en ausencia de norma escrita, el principio según el cual está prohibido ir contra actos propios, ha sido reconocido recientemente en *Corporación Unión Evangélica con Dirección General de Aguas* (2023) en que la Corte señala que “la Autoridad al emitir un informe favorable, que luego ratificó en estos autos, no puede menos que entenderse que se allanó a la solicitud de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas presentada por la demandante, no siendo razonable, que ahora en estrados, niegue su actuar y pida su rechazo, sin haber acreditado y motivado en autos, su nueva postura (...). Da cuenta que se está en presencia de lo que la doctrina denomina y conoce como Teoría de los Actos Propios, en cuya virtud se sostiene que a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su conducta anterior, circunstancia que desde muy antiguo se ha expresado en la máxima *Venire contra factum proprium non valet*”.

iii) Aplica no solo el principio de la unidad de la corriente, esbozado en el art. 3° del Código de Aguas, sino que, en *Ovalle Chadwick, Guillermo y otros con Inversiones Cordillera Limitada y Otros. Tercero: Dirección General de Aguas* (2023), agrega ahora la CS el principio de la dependencia hidrológica, más expresivo que el anterior, a lo cual dedico un [comentario anterior](#).

iv) El principio de la prohibición de la arbitrariedad en la actuación de los órganos administrativos, la CS lo acoge expresamente en *Guaita con Ministerio de Obras Públicas - Fiscalía MOP* (2023) para calificar un acto administrativo, en conjunto con la ilegalidad de este.

Principios generales del derecho en la reciente jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República

Paralelamente la CGR sigue en la misma senda, como en casos anteriores que he comentado, y ejerce su control de juridicidad de la actuación administrativa no solo invocando la “legalidad” estrictamente (como la mandata en principio el art. 98 CPR), sino también suele invocar el apego de dicha actuación

administrativa a los principios generales del derecho, los que, como sabemos, no están escritos, y no forman parte de la "legalidad". Así, en diversos dictámenes aplica los siguientes principios:

- i) El principio según el cual existe prohibición de valerse del propio dolo o torpeza, derivado del antiguo brocardo, que en latín se conoce como *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Decide que "la Administración no puede aprovecharse de sus propios errores" (Dictamen N°025667N17, de 2017)
- ii) El principio de primacía de la realidad (en Dictamen N°E281579N22, de 2022) y así conmina a la Administración a que "debe sincerarse la situación en que se encuentran los contratados a honorarios".
- iii) El principio de proporcionalidad en la decisión administrativa es invocado en Dictamen N°E313110N23, de 2023, pues "corresponde a la superioridad proceder a efectuar su ponderación (de atrasos y ausencias), a fin de determinar fundadamente el grado de justificación de tales faltas (...), ya que es preciso que exista una proporcionalidad entre la infracción, los hechos y circunstancias que la rodean y la medida disciplinaria".
- iv) El principio de buena fe es aplicado en Dictamen N°E370772N23, de 2023, indicó que "un error de la Administración no puede perjudicar a quienes han actuado de buena fe, siguiendo las orientaciones e instrucciones que esta les imparta y de las cuales se deriva la privación de un derecho que legítimamente les hubiese correspondido de no mediar un equívoco".
- v) El principio de razonabilidad encuentra una adecuada aplicación en el Dictamen N°E370766N23, de 2023, "así, requiere de la autoridad administrativa y de todos los servidores públicos, en el cumplimiento de sus funciones públicas, la adopción de resoluciones razonables e imparciales, de manera de imponer límites a sus actuaciones, a fin de evitar circunstancias que puedan restarle razonabilidad o imparcialidad".

Lo anterior es la evidencia de la cual podemos constatar que la juridicidad o validez de la actuación de los órganos administrativos no depende únicamente de su apego a la "legalidad" estricta (sin perjuicio de que es el *canon* más relevante), sino que también, en el caso de vacíos normativos, depende del apego de tal actuación a los principios generales del derecho.

No se tratan estos principios de valores "deducidos" del texto de normas constitucionales o legales (como lo postula Bermúdez en 2005) ni "inducidos" de tales normas (como lo postula Letelier en 2014), sino de un ya asentado método de constatación (identificación, descubrimiento o recreación, como quiera llamársele) de valores no escritos por la vía del juez, en un caso determinado; no es una mera "fábrica de principios" (como lo creía Letelier en 2014), sino una técnica muy conectada con los valores sociales. La muestra que apporto permite constatar esas formulaciones con los valores sociales.

Sentencias de la CS:

Elizalde con Junta Nacional de Jardines Infantiles (2023): CS, 31 julio 2023 (Rol N° 162.628-2022), 3ra. Sala. M: S. Muñoz, Ravanales, Matus, J.M. Muñoz (s). AI: Benavides (recurso de protección).

Corporación Unión Evangélica con Dirección General de Aguas (2023): CS: 23 de diciembre de 2022 (Rol N°7814-2022) 3ra. Sala. M: S. Muñoz, Ravanales, Carroza; AI: Benavides, Morales (casación en el fondo).

Ovalle Chadwick, Guillermo y otros con Inversiones Cordillera Limitada y Otros. Tercero: Dirección General de Aguas (2023): CS, 1° de febrero de 2023 (Rol N°14568-2022), 3ra. Sala. M: S. Muñoz, Ravanales, Matus; AI: Munita, Águila (casación en el fondo).

Guaita con Ministerio de Obras Públicas - Fiscalía MOP (2023): CS, 1° agosto 2023 (Rol N°147652-2022). 3ra. Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza, Matus (apelación protección).

Dictámenes de la CGR:

Dictamen N° 025667N17, 12 de julio de 2017.

Dictamen N° E281579N22, 25 de noviembre de 2022.

Dictamen N° E313110N23, 17 de febrero de 2023.

Dictamen N° E370766N23, 20 de julio de 2023.

Dictamen N° E370772N23, 20 de julio de 2023.

Autores citados:

Alcalde Rodríguez, Enrique. (2003). *Los principios generales del derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. Este es un completo trabajo sobre la materia de los principios generales del derecho, pero va demasiado lejos al postular también que los jueces puedan recurrir directamente al derecho natural (p. 139). Nuestros tribunales no llegan tan lejos. Lo cual, no obstante, merece una discusión entre nosotros.

Bermúdez Soto, Jorge. (2005). El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria. *Revista de Derecho Valdivia*, vol. XVIII, N° 2, pp.83-105. (El autor cree que este principio "se deduce" de algunas normas constitucionales que menciona).

Letelier, Raúl. (2014). Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de actos administrativos. *Revista Chilena de Derecho*, 41 (2) pp. 609-634. (El autor postula que existiría una "fábrica de principios", lo que a su juicio tendría inconvenientes y cree ver que tales principios se producen por un "proceso inductivo" (p.621)).

Moderne, Franck. (2005). *Principios generales del derecho público*. Prólogo de Eduardo García de Enterría. Traducción de Alejandro Vergara Blanco. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. (2da. edición en 2017. Santiago: Thomson Reuters) (3ra. ed. en preparación).

0 Comentarios

 Alex Rojas ▼

A

Sé el primero en comentar...



Comparte

Mejores Más nuevos Más antiguos

Sé el primero en comentar.

Suscríbete

Política de Privacidad

No vendan mis datos

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online