

Derecho  
64

Recensiones

RECENSIONES

**Jaime Williams Benavente**

*Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Chile.*

# **Ley natural y derechos naturales.**

*JOHN FINNIS: Traducción de Cristóbal Orrego, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, 455 páginas.*

## **1. El Autor.**

John Finnis nació en Adelaida, Australia, el año 1940. Estudió Derecho en aquella ciudad y, luego de concluidos sus estudios, se matriculó en los cursos de doctorado de la Universidad de Oxford. Bajo la dirección de Herbert Hart redactó su tesis que tituló “The Idea of Judicial Power” (1965). Ese mismo año y el siguiente se desempeñó como Profesor Ayudante en la Universidad de Berkeley, en California.

A partir de esas fechas ha escrito numerosos trabajos sobre ética, política y derecho, constituyéndose en un prolífico autor y en uno de los más leídos e influyentes en el pensamiento filosófico-jurídico actual de habla inglesa.

## **2. El Encargo de Escribir “Natural Law and Natural Rights”.**

En 1967, ya de regreso en Oxford, recibió de su maestro el encargo de escribir un ensayo, con título y todo, “Natural Law and Natural Rights”, el que se publicaría en la misma colección de textos que dirigía Hart, la Clarendon Law Series, y que hasta esa fecha sólo contaba con el ya célebre “The Concept of Law” (1961) del mismo Hart.

El entusiasmo con que Finnis emprendió la tarea lo llevó a decir que antes de la Navidad de 1970 lo tendría concluido. Arrebato juvenil que chocó con la experiencia del maestro, quien se limitó a contestarle: “Don’t hurry!”. Y tenía razón. El libro se concluyó diez años después de lo anunciado, y se publicó inmediatamente. Así vio la luz en 1980. Causó gran impacto no sólo en el mundo anglosajón sino mundial. Se ha reimpresso en varias oportunidades, calculándose su venta en más de 15.000 ejemplares, los que aumentarán gracias a las traducciones al italiano y al castellano, ya hechas, y a las que se preparan, entre ellas, al polaco.

La obra fue concebida por Hart por la necesidad de contar con un estudio serio –aunque introductorio y general– acerca de aquellos temas que toda la tradición positivista analítica inglesa, en la que el mismo Finnis fue formado, despreciara por estimarles confusos, míticos y, por cierto, muy mal plan-

teados. Ese medio ambiente, pues, condicionaba de partida la investigación. La cortesía británica, sobre todo la académica, no impediría exhibir la inanidad de la fantasía, incluso de superstición religiosa que respaldaba sobre todo al iusnaturalismo de tradición aristotélico-tomista. Así se pensaba, pero era necesario poner en evidencia este prejuicio.

El libro, pues, tendría como primeros destinatarios al mismo Hart, a su inmediato círculo de influencia, y al positivismo analítico en general. Eso explica su diseño intelectual: los temas a tratar, los argumentos a esgrimir y la forma polémica de su raciocinio.

¿Pero, por qué un libro sobre estos temas en un medio intelectualmente tan hostil? Como nos recuerda el Profesor Orrego, traductor de la obra, en los años sesenta, dentro del pensamiento positivista, se suscitaron las primeras dudas acerca de la pureza metódica de Kelsen y de los empirismos tanto americano como escandinavo. Y nada menos que Hart fue una de las primeras voces del disenso. En efecto, en su libro "The Concept of Law", formuló sus críticas. Como es obvio, se agudizó la polémica, la que fue muy fuerte en el mundo académico europeo. Fui testigo de ella desde Roma donde, por entonces, cursaba mis estudios de doctorado. Recuerdo que figuras prominentes del debate fueron Kelsen, Ross, Bobbio, por un lado, y, por el otro, Hart. A juicio de éste, había que abrir la teoría jurídica a la sociología y la historia, ya que es un hecho evidente que en el mundo del derecho se dan valoraciones y éstas se traducen en normas. Este es un dato que no podía seguir ignorándose. En su opinión, hacer "geometría jurídica", al modo del formalismo kelseniano, era insatisfactorio. Es que el derecho es dinámico porque es cauce de vida humana en su relación intersubjetiva. Este planteamiento hartiano no hace sino coincidir con el que, con trazos patéticos, expusiera ese fino y agudo talento romano, Giuseppe Capograssi, al inicio de los años cincuenta, con motivo de la traducción al italiano de la Teoría Pura, de Kelsen.

Pues bien, es esta inquietud de Hart la que lo motivó a encargar a Finnis el estudio del derecho natural y de los derechos naturales, que ha dado lugar al presente libro. Su propósito era contar con más antecedentes para aclarar la dimensión moral del derecho, tan destacada por el iusnaturalismo, pero a su juicio de manera tan confusa. Este gesto habla bien de Hart: retrata su honestidad intelectual. Habla, además, bien de Finnis que asume seriamente la tarea encomendada. Tan seriamente que poco a poco descubre que las "falacias" que se enrostraban al iusnaturalismo no se encontraban en los textos de Aristóteles ni en los de Tomás de Aquino, sino en quienes —con muy buena voluntad— asumieron como herederos suyos: los grandes escolásticos españoles Gabriel Vásquez y Francisco Suárez, cuyas lecturas influyeron en Grocio y, a su través, en el llamado iusnaturalismo racionalista. Este hallazgo lo denuncia Finnis ya en el capítulo primero.

### **3. La Estructura del Libro.**

Se compone de tres partes. A juicio del autor la más medular, y más extensa de todas, es la Segunda, que abarca los capítulos III al XII, ambos incluidos; la Primera, tiene los capítulos I y II, y la Tercera sólo el capítulo XIII.

Pues bien, Finnis afirma que la Segunda Parte es la más medular porque en ella aborda temas propios de una ética filosófica, de una filosofía política y, desde luego, de una filosofía del derecho, los que,

según su parecer, están íntimamente relacionados. Las otras dos partes, en cambio, las califica de complementarias, porque en la Primera plantea los supuestos de la investigación y la Tercera la destina a coronar el libro con un estudio sobre las nociones de naturaleza, razón y Dios.

#### 4. La “conversión” de Finnis.

En el Prefacio, y por aquí y por allá, en diversas ocasiones en el texto, el autor revela que su formación intelectual es la propia de la “analytical jurisprudence”, pero el curso de su investigación fue modificando sus puntos de vista. Comenzó “a sospechar que podría haber algo más que superstición y oscuridad en las teorías de la ley natural” (pág. 34), y a reconocer méritos a Platón, a Aristóteles y sobre todo a Tomás de Aquino quien, a su juicio, y “desde todo punto de vista, ocupa un lugar estratégico único en la historia del pensamiento iusnaturalista” (pág. 34).

Durante su paso por Berkeley, Finnis conoció el pensamiento ético de Germain Grisez, que reinterpreta a Tomás de Aquino descubriendo en él el carácter “evidente” y no derivado de los primeros principios de la ley natural.

Por la razón anterior, se le comenzó a hacer menos indigesto y más amable el pensamiento clásico. Tanto, que ya en 1970, según nos recuerda el Profesor Orrego, expuso el meollo de su teoría ética en su artículo “Natural Law and Unnatural Acts”, y, poco después, en 1973, la reafirmó y desarrolló en “The Rights and Wrongs of Abortion: a Reply to Judith Jarvis Thompson”. Al iniciar el año 1975 había escrito tres cuartas partes de la tarea encomendada, las que aprovechó de exponer en el Congreso habido en Rocca di Papa (Italia).

Al concluir el libro, el autor ya había abandonado el positivismo ético y jurídico de la escuela analítica, de la cual conserva, empero, su forma de razonar, su apego a lo concreto y esa construcción de las frases que, a los oídos latinos, choca tanto por su rudeza como por su carencia de sentido estético.

Juan Pablo II no se fijó en esto último, sino en su consistencia intelectual cuando llamó a Finnis a integrar la Comisión Teológica Internacional, de la que formó parte en el período inicial, junto al chileno José Miguel Ibáñez Langlois.

Actualmente, este autor australiano ocupa la cátedra de Philosophy of Law en la Universidad de Oxford, teniendo como paralelo al norteamericano Ronald Dworkin.

En fin, el texto es interesante y su autor es sugerente no sólo por lo que explícitamente dice, sino porque sabe provocar que el lector razone y que se replantee argumentos; probando, así, que los autores son clásicos cuando el tiempo no los sepulta sino, al contrario, robustece su vigencia. Es lo que en este caso se aprecia respecto de Platón, Aristóteles y, sobre todo, de Tomás de Aquino.

Ana María García Barzelatto

*Profesora Titular de Derecho Político y Constitucional, Universidad de Chile*

# Tratado de Derecho Constitucional.

## Tomo VIII Poder Judicial y Ministerio Público

, ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN, Editorial Jurídica de Chile,  
Segunda edición 2002, 306 páginas

Desde el año 1998 el profesor Alejandro Silva Bascuñán ha venido publicando, a través de la Editorial Jurídica de Chile, su Tratado de Derecho Constitucional en volúmenes sucesivos. El tomo VIII de este tratado analiza los preceptos de la Carta Fundamental, esta vez el Capítulo VI, artículos 73 a 80, que regulan el Poder Judicial y el Ministerio Público, nuevo organismo constitucional autónomo creado recientemente, en virtud de la reforma constitucional de 16 de septiembre de 1997.

Teniendo en consideración que esta obra constituye una unidad, no obstante su publicación en volúmenes separados y sucesivos, el autor y su colaboradora, María Pía Silva Gallinato, comienzan este volumen retomando los principios que, con relación a estas materias, quedaron presentados en el primer tomo de la obra. Se destaca nuevamente, entonces, el sentido de términos jurídicos relevantes como “jurisdicción” y “competencia”, a la luz de lo expresado al respecto en importantes fallos del Tribunal Constitucional.

Establecidos los principios, el autor hace un útil recorrido de la evolución institucional del Poder Judicial en Chile, desde la Constitución de 1818 hasta los debates que se produjeron al redactarse la Carta de 1925, deteniéndose en las discusiones habidas en las comisiones que redactaron el actual articulado de 1980, y llegando a la conclusión de que “la Constitución actual, como la de 1925 al volver a calificar como ‘poder’ al ‘Poder Judicial’, pretendió, sin duda, subrayar la importancia de la función a él confiada”.

A continuación, el autor se adentra en el análisis de cada una de las bases constitucionales del Poder Judicial, tales como el nombramiento de los jueces, la responsabilidad, inamovilidad, jurisdicción e independencia de los tribunales, superintendencia de la Corte Suprema y la facultad de la Corte Suprema para declarar la inaplicabilidad de las leyes por inconstitucionalidad.

En lo referente al sistema de **nombramientos judiciales**, el autor advierte con razón el extremado detalle y minuciosidad del constituyente para regularlo, lo que es poco común en los textos fundamentales inspirados en los principios del constitucionalismo. Así expresa que “mediante tan detallada normativa se pone de relieve la trascendencia que alcanza la función entregada a la magistratura, de cuya buena conformación y eficiente actuación depende en alto grado el respeto al Estado de Dere-

cho como base de una democracia” (p.18). El análisis de esta materia se efectúa teniendo presentes los antecedentes de la Comisión Ortúzar; la Ley N° 19.519 de 1997 que incorporó la institución del Ministerio Público estableciendo que el Presidente, además de designar a los magistrados judiciales, debe nombrar al Fiscal Nacional, con acuerdo del Senado; y la reforma dispuesta por la ley N° 19.541 de 1997, que incorpora también al mecanismo la aprobación por el Senado de la designación de los ministros y fiscales judiciales de la Corte Suprema y dispone la integración del órgano con abogados extraños a la administración de justicia.

El **principio de la responsabilidad** de los jueces es analizado en su triple dimensión: personal, ministerial y la responsabilidad en juicio político por notable abandono de sus deberes. A este respecto el autor, aborda un tema difícil y complejo, ampliamente debatido bajo la vigencia de la Carta de 1925. Se trata de la interpretación de determinadas disposiciones que podrían dejar fuera del principio de responsabilidad a los Ministros de la Corte Suprema.

En efecto, la Carta de 1925, después de afirmar el principio de responsabilidad, agregaba: “La ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad”, y el Código Orgánico de Tribunales, por su parte, en su artículo 324, luego de reiterarlo y definirlo no lo hace aplicable a los ministros de la Corte Suprema “en lo relativo a la falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento, ni en cuanto a la denegación ni a la torcida administración de justicia”.

El autor retoma lo expuesto en el tomo VI N° 75 a 78 del Tratado, y analiza el régimen constitucional de la responsabilidad ministerial de la judicatura en términos precisos y muy fundados (p.44 y ss).

En suma, el llamado al legislador formulado por el inciso segundo del artículo 76 consiste, a juicio del autor, fundamentalmente en autorizarlo para consagrar un régimen particular aplicable exclusivamente a los Ministros de la Corte Suprema, en el que tomándose en cuenta la especificidad de sus funciones, defina los casos y el modo de hacer efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso primero.

Concluye afirmando que contraría la Constitución una norma legal como la del artículo 324 del C.O.T. en cuanto a hacer irresponsables a los Ministros de la Corte Suprema de los delitos de denegación y torcida administración de justicia.

Otro aspecto de la obra que interesa destacar es el estudio de la **inaplicabilidad de las leyes por inconstitucionalidad**. Con estricto apego a los aspectos históricos que condicionaron su evolución en nuestro ordenamiento constitucional, el autor explica su surgimiento y posterior desarrollo, haciendo presente la importancia del principio de “presunción de la constitucionalidad” de las leyes promulgadas. Ello, por las siguientes razones: a) En primer lugar, porque debe suponerse al Presidente, a las Cámaras y a sus comisiones especializadas el propósito de ajustarse a la regla suprema y suficiente conocimiento de la letra y del espíritu de la Carta Fundamental al haber dispuesto de numerosas oportunidades para confrontar el contenido de los proyectos de ley con la Carta; b) El Presidente de la República goza del instrumento del veto que le permite forzar una segunda revisión por las Cámaras, especialmente si nota una disconformidad del proyecto con la Constitución; c) Finalmente, los órganos colegisladores saben que en forma obligatoria o eventual, según corresponda, cabe la intervención del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre la constitucionalidad

de un proyecto de ley, lo “que hace difícil concebir que con frecuencia se concreten graves y notorias disconformidades de las leyes con la Carta” (pp.167 y 168).

También el autor hace notar que la facultad de la Corte para declarar la inaplicabilidad es de carácter estrictamente jurisdiccional, no pudiendo invocarla, a su juicio, cuando actúa como órgano consultor o asesor ni en un caso concreto a pedido de alguna persona o grupo, ni respecto de requerimiento que le formulen otras autoridades. Asimismo, destaca el carácter exclusivo de esta facultad, es decir, que la declaración de inconstitucionalidad sólo puede formularse por la Corte Suprema estando, a su juicio, “impedida cualquier otra autoridad del Estado para expedirla, bajo sanción de nulidad del acto que la infringiere”. Funda el autor esta afirmación en lo dispuesto en el art. 7 incs. 2 y 3 y art. 10 del Código Civil, citando además jurisprudencia de la Corte Suprema de los años 1938 y 1993.

En relación al carácter exclusivo de la facultad de la Corte Suprema para declarar la inaplicabilidad, lo que le da el carácter de un “control concentrado”, cabe hacer presente que en los últimos años se ha abierto paso una nueva interpretación basada en la determinación del alcance de los artículos 6º y 7º de nuestra Carta Fundamental. Es así como, en virtud de estas disposiciones, se le atribuye *un carácter normativo* a la Constitución de 1980, en el sentido que a fin de darle cabal aplicación cualquier autoridad estaría investida del derecho de dejar sin aplicación una ley o una disposición de inferior jerarquía que infrinja el texto constitucional. Citamos al respecto al profesor Lautaro Ríos, quien afirma que nuestros operadores jurídicos deben advertir que “la Constitución vigente expandió el sistema de control concreto de constitucionalidad de la ley y que ahora cualquier juez no sólo puede sino que debe inaplicar toda norma contraria a la Constitución por exigirlo así, perentoriamente, el deber de sometimiento a la supremacía de ésta, que impone a los órganos del Estado –y por ende a los jueces– el artículo 6º de nuestra Carta Fundamental” (Gaceta Jurídica N° 248, febrero 2001). En efecto, precisamente por ser el referido artículo 6º parte integrante de las Bases de la Institucionalidad constituye un verdadero fundamento o cimiento de la organización judicial, ya que su letra establece que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”. En consecuencia, los jueces en virtud de su función jurisdiccional no sólo tienen la atribución sino el deber categórico de descartar la aplicación de las normas que no se ajusten o sean contrarias a la Constitución, pudiendo incluso incurrir éstos en responsabilidad funcionaria y la respectiva sanción si no lo hiciesen.

Son numerosos los autores que en las últimas décadas han desarrollado el principio llamado de la “fuerza normativa de la Constitución”, en el sentido que ésta tiene una fuerza vinculante que obliga por sí misma y en virtud de su superior jerarquía en relación a la ley; obliga en forma directa e inmediata a todos los órganos del Estado y, entre estos, por supuesto al juez. De modo tal que para el magistrado es un deber dar aplicación directa a la norma constitucional ante ausencia de ley o ante una eventual disparidad entre ésta y la Carta Fundamental. (Véase Eduardo García Enterría “El ordenamiento jurídico-administrativo”, y Louis Favoreu “Los Tribunales Constitucionales”). En nuestro medio este principio ha sido destacado por la profesora Luz Bulnes, como un resguardo de la supremacía constitucional y un “criterio que el intérprete debe tener siempre presente” (“La fuerza normativa de la Constitución”, en Revista Chilena de Derecho, 1998, pp. 137).

Finalmente, la segunda parte de este volumen está destinado a examinar el **Ministerio Público**, en cuanto nuevo órgano constitucional de carácter autónomo y jerarquizado, creado por la ley de reforma constitucional N° 19.519 de 16 de septiembre de 1997. La referida ley incorporó el Capítulo VI-A que comprende los artículos 80 A a 80 I y las disposiciones transitorias 36 y 37 de la Carta Fundamental.

El profesor Silva Bascuñán ofrece un excelente análisis del nuevo capítulo incorporado al texto constitucional. Para ello toma en cuenta las modificaciones legales más relevantes que son consecuencia inmediata de su normativa, tales como: a) la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público de 15 de octubre de 1999, dictada en cumplimiento del nuevo artículo 80 B de la Carta; b) la Ley N° 19.665 de 9 de marzo de 2000, que principalmente reforma el Código Orgánico de Tribunales y que fue modificada por la ley N° 19.708 de 5 de enero de 2001; la Ley N° 19.696 de 12 de octubre de 2000, que establece el nuevo Código Procesal Penal; y, d) la Ley N° 19.718 de 10 de marzo de 2001 que crea la Defensoría Pública.

El cambio sustancial que ha significado la implantación del nuevo sistema procesal penal es analizado en toda su globalidad considerando las importantes implicancias constitucionales que éste conlleva, especialmente las particularidades que presenta la gradual entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal. Explica los objetivos perseguidos por la reforma y ofrece una didáctica síntesis del nuevo sistema procesal penal. Además, examina y explica a cabalidad las funciones más relevantes del Ministerio Público y la organización de este nuevo organismo. Finaliza con un interesante capítulo en el cual estudia los problemas de interpretación constitucional generados en virtud de la adecuación y armonía del nuevo sistema con la Ley Fundamental.

La obra del profesor Silva Bascuñán y de su colaboradora María Pía Silva Gallinato llama la atención por su solidez y profundo análisis de las instituciones, considerando tanto la doctrina de los autores como la jurisprudencia y, lo que a nuestro juicio tiene un enorme valor, sin soslayar el examen de complejos problemas contingentes, los cuales son estudiados a la luz de los principios constitucionales más esenciales y permanentes. Esperamos, en consecuencia, que el autor persevere en su magna tarea y podamos muy pronto conocer el próximo volumen de este importante tratado.



Santiago Montt Oyarzún

Abogado y Ayudante de Derecho Administrativo, Universidad de Chile

# El principio de protección de la confianza legítima en el Derecho Administrativo

JAVIER GARCÍA LUENGO, Editorial Civitas, Madrid, 2002, 512 págs.

Los profesores españoles, además de destacar por sus enormes capacidades propias, tienen la virtud de ponernos en contacto con las doctrinas más actualizadas de los demás países europeos. En este sentido, el doctor JAVIER GARCÍA LUENGO no es la excepción, y su libro *El principio de protección de la confianza legítima en el Derecho Administrativo* constituye una gran aproximación a la construcción germánica de la *confianza legítima*. Este principio capital del Derecho Administrativo contemporáneo, que otorga protección a los ciudadanos sobre la estabilidad de los actos estatales, ha vivido –en expresión de OSSENBÜHL– una verdadera “marcha triunfal” desde la época de posguerra, y no obstante lo cual, se mantiene todavía desconocido entre nosotros.

La preocupación de GARCÍA LUENGO por la confianza legítima se inicia, en la **introducción** y **capítulo primero**, con la declaración de la doble necesidad de reinterpretar la legislación desde una perspectiva constitucional y de establecer garantías materiales en el Derecho Administrativo, que trasciendan las conquistas formales como ha sido la tradición hasta la fecha. En todo caso, la dificultad de la tarea emprendida es puesta de manifiesto de inmediato, al reconocer el grave peligro que acecha a los autores que intentan esta tarea, quienes se ven fácilmente tentados por abusar de la interpretación conforme a la Constitución en una manifestación del mal conocido como *la huida a las cláusulas generales*. Con esta meta y sus peligros, el autor proclama su intención: “entre estos dos extremos (seguridad y legalidad) trataremos de situar nuestro trabajo, ya que la protección de la confianza es, en nuestra opinión, el fruto de una labor de concreción del principio constitucional de seguridad que busca sus exigencias frente a la actividad de la Administración Pública” (26-27).

Para GARCÍA LUENGO, la aceptación doctrinaria generalizada de la protección de la confianza como principio general del Derecho, no enerva el deber de buscarle un fundamento constitucional, muy en particular, porque los principios son la principal garantía del ciudadano frente a la actuación arbitraria de los poderes públicos. Si bien la doctrina jurídica alemana e italiana lo acepta como un principio de rango constitucional, los distintos autores mantienen un encendido debate en la búsqueda de un precepto constitucional que constituya la base de la confianza legítima. El **capítulo segundo** se dedica así a exponer las cinco principales tesis que disputan la explicación constitucional de la confianza

legítima: el principio de la buena fe, la cláusula del Estado Social de Derecho, el principio de igualdad, los derechos y libertades fundamentales y el principio de la seguridad jurídica.

La primera tesis se funda en el principio de la buena fe objetiva, y más concretamente, en su variante conocida como la doctrina de los “actos propios” (*venire contra factum proprium*), que postula que la Administración no podría revisar sus propios actos cuando fuesen declarativos de derechos para los particulares. Ahora bien, GARCÍA LUENGO no admite esta justificación, toda vez que, por regla general, la aplicación del *venire contra factum proprium* exige la validez jurídica de la conducta vinculante que se invoca frente a quien actúa contra sus actos propios, y en cambio, “la protección de la confianza, como principio del Derecho Público, (sí) se puede enfrentar a las pretensiones administrativas de revisión de actos viciados de ilegalidad” (134). Además, si la buena fe carece de sustento constitucional expreso, tampoco tiene mucho sentido buscar el fundamento constitucional de la confianza legítima en ella. Lo anterior sin negar que exista una conexión “entre el principio de protección de la confianza y la buena fe en sentido objetivo” por ser una “institución que implica esa idea de coherencia con el comportamiento precedente” (134-135)<sup>1</sup>.

La segunda tesis que analiza GARCÍA LUENGO es aquella que fundamenta la protección de la confianza legítima en la cláusula del Estado Social de Derecho. En esta línea, para MAINKA –su principal sostenedor– “la fundamentación de la confianza se basa, no sólo en el Estado Social, sino también en el Estado de Derecho” (154). En su opinión, “la dependencia del ciudadano a la Administración trae como consecuencia el deber de ésta de proteger la estabilidad de sus resoluciones adoptadas en el seno de una relación Administración-ciudadano generadora de confianza para no dañar al ciudadano en el ámbito de su desarrollo dependiente de la actividad de aquella” (153-154). Por una parte, la idea de Estado Social enlaza con la protección de la menesterosidad social, objetivo que no se cumple si “el Estado, al intervenir en la esfera social, no asegura la estabilidad de su acción” (155); y, por otra parte, la idea de Estado de Derecho enlaza con una idea mayor a la mera protección de la legalidad, cual es “la defensa del individuo en su libertad política y personal (que) impone la proporcionalidad y vinculatoriedad de todas las medidas estatales” (156). Ahora bien, esta sólida y atractiva exposición tampoco convence a GARCÍA LUENGO, quien vuelve a plantear su crítica denunciando una *huida a las cláusulas generales*<sup>2</sup>.

1 Para arribar a tal conclusión, analiza las diversas teorías usadas por la doctrina comparada para conectar la buena fe y la Constitución: un primer grupo, que se refugia en las grandes cláusulas constitucionales definitorias del Estado –como el italiano MANGANARO que invoca el principio de solidaridad, o el alemán PROTSCHER que invoca la protección de la dignidad humana por los poderes públicos–; un segundo grupo, que funda la buena fe en supuestos principios constitucionales no escritos –como el italiano MERUSSI–; y, un tercer grupo, que la relaciona con la seguridad jurídica –al modo de los alemanes BAUMANN, WEBER-DÜRLER y OSSENBOHL–. Pero todas ellas resultan rechazadas por GARCÍA LUENGO: los primeros, por incurrir en una *huida a las cláusulas generales*, por establecer construcciones “vía deductiva, sin otro material que la propia imaginación” (143); los segundos, por establecer una “fijación arbitraria de nuevos contenidos constitucionales” (141); y los terceros, por el simple hecho que la buena fe “no añade nada al contenido de la seguridad jurídica” y “carece del rango constitucional de esta última” (150).

2 Concretamente, señala que: “el error de partida, como reiteradamente hemos señalado, nos parece que es la insistente búsqueda de una fundamentación basada en alguno de los grandes principios de la definición constitucional del Estado, olvidando que éstos se desarrollan a través de otras normas más concretas, que no deben encuadrar dogmáticamente bajo uno de aquellos grandes adjetivos del Estado (Estado Social, o Estado Democrático), sino que deben interpretarse y comprenderse tomándolos a todos en consideración” (157).

La tercera tesis que aborda GARCÍA LUENGO es aquella que ve la protección de la confianza como una manifestación del principio de igualdad (ACHTERBERG). Pero esta postura no resuelve el problema de la protección de la confianza en caso de actos ilegales, pues no resulta aceptable la apelación a la igualdad en la ilegalidad, ya que supone un grave peligro para el principio de legalidad, razón por la cual resulta rechazada.

Una cuarta tesis, seguida por un sector más cuantitativo y cualitativo de la doctrina alemana (BACHOF, GRABITZ, SCHMIDT, BLANKE, KOPP y KUNIG, entre otros), es aquella que postula la confianza legítima a partir del ámbito de protección de todos o de algunos de los derechos fundamentales en concreto. De acuerdo a estos autores, mientras más es la coacción y regulación emanada de los poderes públicos que condicionan el comportamiento de los ciudadanos, tanto más se los obliga a confiar en la fiabilidad de las resoluciones estatales. De forma que, el enorme poder unilateral del Estado sólo sería soportable y conciliable con el Estado de Derecho, si se corresponde con un derecho del individuo a una cierta estabilidad de las medidas estatales (BACHOF). En consecuencia, como señala BLANKE, en “el ámbito de libertad garantizado por el conjunto de los derechos fundamentales” (168), este principio constituye “una protección de las disposiciones que el individuo ha adoptado como consecuencia de la acción estatal y frente a las pretensiones de cambio de la misma” (168). No obstante su solidez, GARCÍA LUENGO tampoco acepta esta tesis, por su poca autonomía y su ámbito de aplicación excesivamente reducido. En efecto, la protección de la confianza sólo operaría si el caso entrara en la órbita de un derecho de libertad constitucional y no en los demás casos, constituyendo así una defensa secundaria a aquella natural y propia del derecho constitucional en concreto.

La quinta y última tesis –por la cual GARCÍA LUENGO toma partido–, es aquella que ve la confianza legítima como una manifestación de la seguridad jurídica<sup>3</sup>. En su opinión, “la protección de la confianza se contempla mayoritariamente como un reflejo de la seguridad jurídica aplicada a la defensa de los intereses legítimos de los ciudadanos” (189). Previo a entrar al fondo del asunto, analiza la seguridad jurídica, y la explica como aquel principio que asegura al ciudadano la certeza de su situación jurídica, y que se expresa en dos grandes manifestaciones: una primera, *ex ante*, “tendente a asegurar el proceso técnico de búsqueda y hallazgo del Derecho” (191-192); y, una segunda, *ex post*, “consistente en la garantía de estabilidad del resultado de dicho proceso” (192). De conformidad a lo anterior, “la protección de la confianza es un efecto reflejo de la seguridad jurídica, en el ámbito de las relaciones jurídicas Administración-ciudadano, y no un principio de naturaleza autónoma” (195), en la que “destaca su contenido de garantía de estabilidad de las resoluciones de la Administración (*ex post*)” (201).

Agotada la discusión sobre el origen constitucional de la protección de la confianza legítima, GARCÍA LUENGO se avoca a estudiar su ámbito de aplicación. Para ello, divide la tarea en dos partes distintas: una primera, que trata en el capítulo tercero, a la que llama protección de la confianza *en abstracto*, y que es la que se da cuando no existe relación especial Administración-ciudadano, pero sí una regulación o comportamiento precedente del Poder Público que sirve de base a una situación de confianza;

3 No debe olvidarse que tanto en el ordenamiento español como en el de otros países europeos, la seguridad jurídica se encuentra expresamente recogida a nivel constitucional.

y, una segunda, que trata en el **capítulo cuarto**, a la que denomina protección de la confianza *en concreto*, y que se da cuando la Administración sí ha definido una situación particular frente a un ciudadano que luego pretende desconocer.

La protección de la confianza legítima *en abstracto* conecta con otro problema tradicional del Derecho Administrativo y de la Teoría del Derecho en general: la retroactividad normativa. Particularmente compleja resulta aquí la llamada retroactividad impropia que es aquella que se produce cuando la nueva normativa incide en los efectos presentes de relaciones jurídicas nacidas en el pasado pero no consolidadas aún al dictarse la misma. Según GARCÍA LUENGO, en los casos de retroactividad impropia no corresponde ponderar la confianza legítima y el interés público, en orden a impedir una modificación normativa (como sí ha sido declarado por el Tribunal Constitucional alemán en diversas ocasiones). En su concepto, ello equivaldría, más que una irretroactividad, a “una pretensión de mantenimiento (*Bestandsschutz*) de la regulación preestablecida para determinadas situaciones jurídicas en desarrollo, frente a la pretensión del legislador de emprender una innovación normativa, lo que equivale trasladar al campo de lo normativo el fenómeno genuino de la protección de la confianza nacido en el seno de la problemática de la revisión de oficio” (211). En otras palabras, el autor reseñado se declara en contra de aplicar el principio de la confianza legítima, nacida en el seno de la revisión de los actos administrativos, al ejercicio de la potestad legislativa: “la admisión de la protección de la confianza frente al legislador supondría evitar que el mismo pudiese alterar aquellas situaciones que la mayor parte de la población a la que representa estima inconvenientes, estamos, pues, no frente a la estabilidad de una resolución, sea legal o no, que se agota en sí misma, sino ante la posibilidad de limitar la actuación del poder legislativo democrático, la analogía no puede conducir a desatender la distinta configuración constitucional de las manifestaciones del poder del Estado” (220-221). Respecto a la potestad reglamentaria, su planteamiento es el mismo, dado que “el mantenimiento de una normativa en el futuro supone una paralización de la posibilidad de desarrollar con efectividad nuevas políticas, limitación que atenta contra una concepción democrática y dinámica de los poderes públicos” (228). En síntesis, su oposición a la confianza legítima *en abstracto* –cuestión por cierto discutible–, es terminante: “el mantenimiento de la eficacia de un acto administrativo es cosa bien distinta de la pretensión de que una regulación siga en vigor, al menos en un período determinado, o de que no se alteren los efectos de las relaciones jurídicas nacidas en el pasado” (219).

Por su parte, el ámbito de la protección de la confianza legítima *en concreto* se refiere a las facultades de la Administración para revisar (anular o revocar) los actos administrativos. La distinción clave es aquí la que separa los actos favorables al ciudadano de aquellos que no lo son: los primeros son problemáticos de cara a su revisión, no así los segundos, que, en principio, no admiten límites para ser retirados del ordenamiento (sin perjuicio de la enorme dificultad que puede revestir la calificación de un acto particular como favorable o desfavorable, a la que destina varias páginas: 262-269). El principio aquí, establecido en términos muy sintéticos, es conocido en nuestro medio: no pueden revisarse de oficio –ya sea para anular o revocar– actos de contenido favorable dictados en favor de particulares que se encuentran de buena fe. Planteado en estos términos, el autor dedica este capítulo a analizar casos especiales de protección de la confianza legítima que presentan dificultades en cuanto a su aplicación, como por ejemplo, actos dotados de efecto prolongado (actos administrativos con

*Dauerwirkung*), actos que devienen ilegales en forma sobreviniente, las promesas e informaciones administrativas y los contratos administrativos, entre otros (244-354).

El capítulo quinto está dedicado a los límites del principio de la confianza legítima, es decir, la delimitación constitucionalmente adecuada de las situaciones de confianza dignas de protección (355). La exposición se divide en dos partes, a fin de tratar separadamente los actos legales –en los que la protección de la confianza es la regla general–, de los ilegales –donde la protección de la confianza exige el cumplimiento de un test que consta de tres etapas: “una primera tendente a determinar si en el acto concurren circunstancias que eliminarían la posibilidad del reconocimiento de una situación de confianza, una segunda en la que se ha de determinar si en el supuesto concreto se ha producido una manifestación de la confianza invertida por el ciudadano y una tercera en la que se pondera el interés público que aboga por la revisión con el que asiste al ciudadano para oponerse a la misma” (358-359).

Respecto a la primera parte del test, existen una serie de circunstancias que excluyen la protección de la confianza, y por regla general, en todas ellas el elemento que ha provocado la ilegalidad tiene su origen en la actividad del interesado. La lista típica que se recoge en la legislación alemana, muestra los siguientes casos: a) “No cabe protección de la confianza cuando el destinatario ha obtenido dolosamente el acto a través de fraude, intimidación o cohecho” (362); b) “Exclusión de la protección de la confianza legítima generada por un acto dictado como consecuencia de informaciones incorrectas o incompletas del destinatario al órgano administrativo” (372); c) “El interesado conocía la ilegalidad del acto o si no la conocía era como consecuencia de una manifiesta negligencia” (377).

En relación con la segunda parte del test, la doctrina exige la existencia de una *manifestación* de la confianza depositada en el acto, la que según la legislación alemana, asume alguna de las dos siguientes formas: “primero, si el ciudadano ha utilizado las prestaciones recibidas y, segundo, si ha realizado disposiciones, como consecuencia del acto administrativo, que no puede variar, o no puede hacerlo sin sufrir perjuicios irrazonables” (386). Por ello, “la protección de la confianza se define, según esta concepción, como *Dispositionsschutz*, como una institución que ampara las disposiciones que el ciudadano razonablemente ha adoptado con motivo de un acto administrativo, aún cuando dicho acto sea ilegal. En tal sentido, el objetivo de la protección sería situar al ciudadano en una posición lo más cercana posible a la que tendría de no haberse emitido el acto ilegal, y por lo tanto, si dicha emisión no ha producido una respuesta por parte del ciudadano, actuando las prestaciones recibidas, no habría nada que proteger y la simple revisión daría lugar a un restablecimiento de la situación anterior sin verdaderos perjuicios para el destinatario del acto” (387)<sup>4</sup>.

La tercera parte del test, que dice relación con la ponderación del interés público revisor y el interés privado de conservación, es la que ha resultado ser la más resistida por la doctrina. Tal como explica GARCÍA LUENGO, se trata de un tipo de confrontación que “entrañan una cierta reminiscencia de una

4 El concepto “disposición” ha sido objeto de gran desarrollo doctrinario y jurisprudencial en Alemania. En general se acepta que “dichas disposiciones no tienen que ser netamente económicas, sino que pueden consistir en la asunción de una determinada obligación o, en general, en un cambio de situación patrimonial del destinatario del acto que, como la VwVfG [Ley federal de procedimiento administrativo alemana de 25 de mayo de 1976] señala, no pueda volver atrás o no lo pueda hacer sin sufrir un perjuicio irrazonable” (392).

concepción de la Administración pública previa al Estado de Derecho en la que no se repara en los medios, sino en la consecución de un fin” (399). Además, el razonamiento que anima este balance pasa por alto el hecho que la protección de la confianza es un fin público en sí mismo que trasciende el interés privado específico en cuestión, “ya que una Administración en cuyas decisiones cabe razonablemente confiar logra con mayor eficacia sus objetivos y reduce la inseguridad, propia de toda actividad con trascendencia económica, en beneficio de la sociedad” (399-400). Por otra parte, también resulta reprochable la apertura y naturaleza casuística del test, lo que sin duda causa inseguridad y falta de previsibilidad en la solución final, lo que termina perjudicando a los ciudadanos. En todo caso, la doctrina ha limitado la clase de interés público que puede ser argumentado por la Administración para estos efectos, exigiendo que tenga rango constitucional y que además sea del mismo tipo de aquel que el acto revisado pretendía satisfacer (400-404).

Finalmente, en su **capítulo sexto**, GARCÍA LUENGO trata de los efectos del principio de la protección de la confianza legítima. Según expone, “el efecto propio y consustancial al principio constitucional de la confianza, como principio derivado de la seguridad jurídica, es el mantenimiento del acto generador de la confianza” (431). Ahora bien, teniendo en cuenta la rigidez excesiva a la que llevaría la aplicación irrestricta de este efecto original, la legislación alemana ha permitido que la Administración pueda revisar el acto previa compensación de la confianza a través de una cantidad de dinero. Respecto a la naturaleza de esta indemnización, el profesor reseñado la califica como una verdadera expropiación. Según el autor, si la confianza y la seguridad jurídica velan por la estabilidad de las resoluciones, entonces esta indemnización no puede recibir una explicación aceptable *desde* esas instituciones, debiendo más bien explicarse como un caso especial de conversión de derechos del ciudadano en una cantidad pecuniaria, lo que constituye simplemente una compensación por el despojo, expresión típica de la potestad expropiatoria (432-434).

El libro de GARCÍA LUENGO nos sitúa ante uno de los principios fundamentales del moderno Derecho Administrativo, que ha sido hasta aquí ignorado por nuestra doctrina y jurisprudencia. Se trata de un principio capital e irremplazable en un mundo intensamente intervenido por la Administración del Estado, en el que los ciudadanos, para poder desarrollar sus actividades, deben conocer y cumplir con una infinidad de normas que integran regulaciones generales y particulares cada vez más extensas, y donde se les exige contar con la titularidad de un conjunto también cada vez mayor de concesiones, autorizaciones y permisos. La protección de la confianza legítima se yergue entonces como un punto de tope para los poderes modificatorios de los órganos del Estado, permitiendo a los ciudadanos tomar decisiones sobre una base medianamente estable. Considerando la naturaleza del ordenamiento jurídico-público de nuestro tiempo (su complejidad, extensión, etc.), la justicia del principio no sólo es indiscutible, sino que además resulta absolutamente irremplazable: los ciudadanos deben poder confiar en las normas y actos que los rigen, pudiendo esperar que el ordenamiento los proteja en las decisiones que han adoptado y ejecutado frente a modificaciones inesperadas de tales normas y actos.

## En este volumen

|   |     |
|---|-----|
| Editorial   | 7   |
| Estudios  | 9   |
| <i>Estudios sobre las Normas Constitucionales y la Reforma Procesal Penal.</i>  | 9   |
| Guillermo Piedrabuena Richard / "La adecuación entre las Normas Constitucionales y el nuevo Sistema Procesal Penal".  | 10  |
| Cristián Maturana Miquel / "Normas de la Reforma Procesal Penal propias de La Ley Orgánica Constitucional".   | 30  |
| Emilio Pfeffer Urquiaga / "Eficacia de las Normas Constitucionales frente a la Reforma Procesal Penal".   | 48  |
| Emilio Pfeffer Urquiaga / "Primer comentario sobre la vigencia inmediata del nuevo Código Procesal Penal en todo el país".  | 69  |
| Raúl Tavolari Oliveros / "Segundo comentario sobre la vigencia inmediata del nuevo Código Procesal Penal en todo el país".  | 80  |
| Cristián Maturana Miquel / "Prisión Preventiva y Libertad Provisional: Análisis desde una perspectiva procesal constitucional".   | 84  |
| Enrique Navarro Beltrán / "La Constitución Política frente a la Reforma Procesal Penal".  | 91  |
| Juan Colombo Campbell / "Aspectos Constitucionales de la Reforma Procesal Penal".   | 99  |
| Otros Estudios:   | 139 |
| Jaime Rodríguez-Arana Muñoz / "Configuración Ética de las nuevas Políticas: Más allá de los sistemas ideológicos cerrados".   | 140 |
| Luz Bulnes Aldunate / "Interpretación Constitucional".  | 157 |
| Lautaro Ríos Álvarez / "Globalización, Integración y Derecho Constitucional".   | 172 |
| Rolando Pantoja Bauzá / "El concepto de Derecho Administrativo en el Derecho Chileno".  | 189 |
| Luis Cordero Vega / "Los Particulares como sujetos de derecho en el Derecho Administrativo. Bases para una sistematización".  | 213 |
| Gladys Camacho Cepeda y Andrés Gómez-Lobo / "Las Normas Ambientales, un desafío pendiente para la coordinación administrativa".   | 237 |
| Maritza Castro Frías / "Privacidad, vida pública y honra frente a la libertad de expresión. Soluciones a un conflicto".   | 256 |
| José Ignacio Peña Atero / "La protección del derecho a la propia imagen".   | 283 |
| David Ibaceta Medinal / "La nulidad de los actos administrativos. Breve noticia sobre dos sistemas".  | 309 |
| Jurisprudencia:   | 319 |
| Sentencia del Tribunal Constitucional respecto de la Corte Penal Internacional del Acuerdo de Roma  | 320 |
| Comentario de Teodoro Ribera Neumann  | 359 |
| Comentario de Carlos Carmona Santander  | 376 |
| Fallo recaído en el recurso de ilegalidad en materia eléctrica, en relación a la procedencia de las compensaciones pagadas por las empresas distribuidoras de electricidad a sus usuarios en caso de fallas, según se encuentran contenidas en el artículo 16B de la Ley número 18.410, Ley Orgánica de la SEC. |     |
| Comentario de Víctor Manuel Avilés Hernández  | 390 |
| Recensiones:  | 409 |
| La Ley natural y derechos naturales / de John Finnis (traducción de Cristóbal Orrego)   |     |
| Recensión de Jaime Williams Benavente   | 410 |
| Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VIII Poder Judicial y Ministerio Público, de Alejandro Silva Bascuñán.  |     |
| Recensión de Ana María García Barzelatto  | 413 |
| El principio de protección de la confianza legítima en el Derecho Administrativo, de Javier García Luengo.  |     |
| Recensión de Santiago Montt Oyarzún   | 417 |