

**ACERCA DEL DENOMINADO “SOFT LAW ADMINISTRATIVO”:
NOTAS FRENTE A LA EXPERIENCIA JAPONESA Y CHILENA.**

Marcos Jaramillo C., Ph.D.¹
José Luis Lara A.²

RESUMEN

En estos últimos años estamos asistiendo en Chile a la irrupción en la escena jurídica de una serie de instrumentos cuasi legales, que tienen gran flexibilidad y no tienen poder vinculante, o que si lo tuviesen sería más débil que la norma jurídica tradicional. Normas con diversos grados de persuasión y consenso que deliberadamente tienen la intención de crear presiones e influir en la conducta de los sujetos, estableciendo nuevas rutas en el desarrollo del derecho administrativo.

Es útil preguntarse sobre su efecto en nuestro ordenamiento legal debido a que hay temores de que reste certeza jurídica y claridad, a nuestro sistema.

Pensamos que no es necesario esperar el paso de los años para responder si son ciertos o no esos temores, pues en Asia se han estado usando estos medios desde hace mucho tiempo y conocemos su resultado. Concretamente en este estudio veremos lo que son las “Gyosei Shido”, u “Orientación Administrativa” de Japón, casos, efectos y tendencias, para así dar respuesta a muchas preguntas que se suscitan en relación con la recepción inicial de este soft law administrativo en Chile.

I. ACERCA DEL SOFT LAW EN JAPÓN

El soft law administrativo se viene realizando en Asia desde hace mucho tiempo. En el caso de Japón, hay una institución muy peculiar del soft administrativo de ese país, la *Gyosei Shido* u orientación administrativa³.

¹ Doctor en Derecho Comercial en la Universidad de Kobe, Japón. Profesor de Derecho Asiático de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y la Universidad de Los Andes. Director del Centro de Estudios Asiáticos de la Universidad Católica de Chile.

² Profesor de Derecho UC y de la Universidad Adolfo Ibáñez en materia de derecho de la regulación y arbitraje comercial nacional e internacional respecto de órganos públicos, tanto en el Magister en Derecho de la Empresa como en el Magister en Dirección y Gestión Tributaria respectivamente. Autor de diversos artículos en el ámbito de su especialidad. Es asociado senior del área regulatoria del Estudio Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner, especializándose en Derecho Administrativo.

³ En inglés se la denomina “*Administrative Guidance*”.

Dean señala que Japón tiene una clase de reglas, que aunque no son exclusivas de ese país, su grado e importancia son propiamente japonesas⁴. Se las puede desde ya señalar como un gran instrumento del poder administrativo. En Japón, la orientación administrativa de los órganos de gobierno, y de las autoridades regionales, juegan un gran rol. Uno de sus más férreos impulsores fue Sahashi Shigeru⁵, un funcionario público del entonces Ministerio de Comercio Internacional e Industria (MITI), hoy el Ministerio Economía, Comercio e Industria (METI)⁶. Fue una dura contraparte para los extranjeros que querían entrar al mercado japonés. Entre otras cosas, Sahashi logró ventajosamente las licencias de computadores IBM para los japoneses.

Al hablar sobre la influencia del Estado, los funcionarios públicos, entre los cuales está prominentemente Sahashi, y su rol en el éxito económico de Japón hay diversas opiniones. Algunos dicen que es parte de un plan perfectamente detallado de políticas de industrialización. Otros señalan que ha obstaculizado más que ayudado a la economía. Siendo este un tema interesante y muy discutido, no es el tema que nos interesa ahora en este estudio. Baste señalar que Japón, efectivamente funciona muy centralizadamente debido a su ser nacional y no a ideologías. Ese ser nacional, colectivo, es muy lejano al ser occidental chileno.

Volviendo a nuestro tema de la “orientación administrativa”, o *Gyosei Shido* hecha por los funcionarios públicos japoneses, se puede hacer la siguiente clasificación:

Orientación Administrativa Conciliatoria: mediar en disputas empresariales.

Orientación Administrativa Promocional: ayudar a las empresas a llevar adelante sus negocios, ya sea técnicamente, o entregando consejos financieros o de administración.

Orientación Administrativa Regulatoria: es la que nos interesa ahora.

Se puede definir a la orientación administrativa (regulatoria) o *Gyosei Shido* “*como un instrumento informal de los órganos administrativos, dirigido normalmente a entes privados (sociedades y personas naturales), y diseñada para influenciar y dirigir su comportamiento con el objeto de obtener una determinada meta de políticas públicas.*”⁷

O también se la puede definir como “*un tipo de regulación informal de personas naturales, sociedades y asociaciones, tomando generalmente la forma de una petición, sin efecto legal coercitivo, hecho por una autoridad administrativa, pidiendo que se tome o evite un particular curso de acción, con el propósito de lograr un propósito administrativo o un objetivo de políticas públicas.*”⁸

NEs bastante especial, porque a pesar de existir mecanismos formales administrativos, la administración japonesa ha hecho mucho uso de la orientación administrativa. Se le atribuye que a través de ella se preservan los valores de “*armonía y consenso*” entre el gobierno y la industria. Recordemos que para un japonés, el valor de la armonía social es fundamental.

⁴ Cfr. Meryll Dean, *Japanese Legal System*, Routledge, London, 2002, p.168.

⁵ En Japón, al nombrar a las personas, primero va el apellido y después el nombre, que es lo que hemos seguido en este estudio.

⁶ La siglas vienen de su denominación en inglés: MITI (Ministry of International Trade and Industry), hoy el METI (Ministry of Economy, Trade and Industry).

⁷ H. Shiono, “Administrative Guidance”, in: K. Tsuji ed., *Public Administration in Japan*, Tokyo 1984, p. 204.

⁸ Meryll Dean, *Japanese Legal System*, Routledge, London, 2002, p. 138

Legalmente, no se puede exigir su cumplimiento, pero se cumplen.....”voluntariamente”. Por otro lado, a veces no sólo va más allá de la ley, sino que también contra la ley. Es éste el aspecto que preocupa en Occidente, pues la Administración puede actuar incluso contra la ley sin que sea posible su revisión ante los tribunales

Según Dean⁹, citando a Gresser, Fujikura y Morishima, la orientación administrativa es un tema fundamental que está en el centro de cualquier consideración del sistema jurídico japonés, y ello debido a:

- La ausencia de revisión institucional
- El peligro de aplicación arbitraria o discriminatoria.
- Su vulnerabilidad a la influencia de políticos.
- Su potencial conflicto con objetivos legales, y
- Su posible incompatibilidad con el comercio internacional, y las relaciones exteriores en general.

Pero no sólo Japón, en China también están justificando la orientación administrativa. Y la verdad es que no sólo en Japón y China, sino que en Asia en general, se está justificando dicha práctica, debido a la influencia del Gobierno y las empresas japonesas en otros países asiáticos¹⁰.

Su poder emana, entre otras causas, de las relaciones gobierno-empresa en Japón, del respeto por la autoridad pública, de la afirmación del órgano gubernamental “de que habla por el interés nacional” y de presiones informales varias (cortar financiamiento público, revocación de permisos, reducción de cuotas de importación, no entrega de subsidios, etc.)

II. TIPOS DE ORIENTACIÓN ADMINISTRATIVA REGULATORIA

“Orientación Resumen” o *yoko shido*.¹¹

“Grupos de Discusión Cooperativa”. Ejemplos:

El 29 de enero de 1965 se decidió que las petroquímicas que producían etileno **se limitarían** a 350.000 toneladas de producción, y sólo podían producirlo las empresas ya establecidas.

El 18 de marzo de 1965 se decidió que las empresas textiles **no producirían** más de 30 toneladas de fibras acrílicas por día.

“Petición” verbal (muy frecuente)

O incluso un “aviso indirecto”, en que no se dicen las cosas directamente pero se infieren de la conversación.

Orientación administrativa en la práctica

Un caso muy conocido en la práctica es el de la orientación administrativa de los gobiernos locales en la planificación urbana. Después de la II Guerra Mundial, Japón experimentó un inmenso crecimiento urbano, especialmente en Tokio. Junto con ello se produjo una serie de problemas, como la polución ambiental. Mientras que a nivel nacional se

⁹ Merryll Dean, *Japanese Legal System*, Routledge, London, 2002, p. 141

¹⁰ Cfr. Walter Hatch, *Regionalizing the State: Japanese Administrative and Financial Guidance for Asia*, Social Science Japan Journal, Oxford, 2002, pp.179 – 197.

¹¹ En inglés se las traduce como Outline Guidance.

fueron solucionando los problemas (tales como el de la polución ambiental de Tokio), otros fueron desatendidos. De los problemas que quedaban sin solucionar, dos tenían especial interés para los ciudadanos: el de los colegios y el de la ventilación de las casas.

Veamos la *Construction Standards Law* (No. 201 de 1950). Su objeto era la seguridad y salubridad de la vivienda (y no la ventilación de las casas ni la construcción de colegios). Nada expresamente prohibía el permiso de construcción por razones de ventilación o porque una gran población (construcción de muchos grandes edificios) colocaría a los colegios existentes bajo una tremenda presión para recibir muchísimos más alumnos. Aún más, la ley permitía expresamente que las municipalidades lo podían reglamentar en forma más específica, a través de Ordenanzas (Jorei). En la práctica ninguna municipalidad las emitió respecto a los problemas en cuestión. Y ello porque las ordenanzas podrían haber sido cuestionadas como que no se referían a la ley en cuestión (y no querían meterse en problemas), o que iban contra la Constitución, que dice “El Estado puede tomar la propiedad para uso público si se paga una justa indemnización”¹², y aquí podría alegarse pagar la indemnización, y nuevamente meterse en problemas.

Los residentes de las ciudades estaban muy preocupados y empezaron a presionar a sus autoridades locales. Las municipalidades, al principio, pidieron al gobierno central que regule los asuntos en cuestión. No hubo respuesta positiva. Así la situación, seis municipalidades emitieron Yoko Shido. Pronto les siguieron otras 800 municipalidades.

Una de las seis primeras fue la Municipalidad de Musashino (en Tokio), la que emitió sus orientaciones en 1971. Pedía a las inmobiliarias, o a las constructoras, que tomaran las siguientes medidas: en cuanto a colegios, proveer de terreno gratis para la construcción de un colegio de enseñanza básica por 1.000 unidades familiares, y un Junior High por cada 2.000. Además, tenían que sufragar los gastos de la construcción de los establecimientos educacionales. En cuanto a la ventilación de las casas, debían llegar a un acuerdo con los residentes locales.

Aunque las “orientaciones” no tenían fuerza de ley, la Municipalidad no dejó su cumplimiento a merced de las inmobiliarias o de las constructoras. Para los que “no cooperaran”, la ciudad no les proveería de los servicios de agua potable ni alcantarillado. Aún más, no les emitirían los permisos de construcción que señalaba la Ley. Otras municipalidades, no les permitirían que lleven equipos de construcción al lugar (usando legislación que permitía a los gobiernos locales discrecionalidad en los permisos para vehículos sobre los caminos). Como comprenderán, las inmobiliarias y las constructoras cumplieron las “orientaciones”.

Veamos otro ejemplo, la Large-Scale Retail Stores Law (o también traducida como “Big Store Law”), de 1974. Fue el resultado de una lucha política entre las grandes cadenas de retail y los pequeños y medianos comerciantes. El MITI señalaba “oficialmente” que el objeto de esta ley era fortalecer la protección a los consumidores y efectuar una racionalización del retail. En esa ley, además de garantizar a los pequeños comerciantes oportunidades para emprender, los arts. 1 al 11 específicamente requerían que haya una **debida consideración** a los intereses de los consumidores y al bien de la industria del retail EN SU TOTALIDAD. Los requisitos administrativos de la Ley eran simples y directos. De esta manera, los comentarios sobre la Ley fueron muy positivos.

¹² Constitución de Japón, art. 29.

Según la Ley, el que quería hacer una construcción (Art. 3) de más de 1.500 m² de espacio de retail (Art. 5) tenía que **“notificar”** al MITI. Si el MITI determinaba (Art. 7) que la operación del nuevo local comercial tendría un impacto significativo en los pequeños y medianos comerciantes del sector, **emitía una “recomendación” (Kankoku) aconsejando al peticionario** que atrase la fecha de inauguración, disminuya el espacio de retail, o que modifique sus planes de otra manera. **Para emitir su “recomendación”**, el MITI pedía la opinión de dos organizaciones: el Large-Scale Retail Stores Deliberative Council (a nivel regional), y el Commercial Activities Adjustment Board (parte de la Cámara de Comercio local). La segunda, la Commercial Activities Adjustment Board investigaba las condiciones locales, negociaba con el peticionario sobre cambios a los planes e informaba a la primera, la Large-Scale Retail Stores Deliberative Council, la que a su vez daba su opinión al MITI. **La aceptación o no a la “recomendación” era voluntaria, pero el Art. 8 le daba poder al MITI para ordenar su cumplimiento**, para evitar graves daños a los comerciantes locales. (¿Entonces?). La Ley contemplaba que el proceso en su totalidad no tomaría más de 8 meses. Desde el principio, sin embargo, la práctica estuvo muy levemente relacionada con la Ley.

El cambio desde el antiguo sistema del “permiso” de la antigua ley (Department Store Law), al nuevo sistema de la “notificación” significaba que la intervención estatal sería la excepción en vez de la regla, (ayudando a “los principios del libre mercado”). **Sin embargo, Al MISMO TIEMPO que alabar las virtudes del libre mercado** a los grandes retailers, algunos funcionarios del MITI y políticos le estaban prometiendo a los pequeños y medianos comerciantes **que el sistema de notificación iba a operar “como un sistema de permiso”**. (¿Cómo es eso que algo sea y no sea al mismo tiempo? ¿Es posible? Aquí, sí).

La verdad es que en los próximos 15 años el **MITI** cumplió perfectamente su promesa a los pequeños y medianos comerciantes, **Creando un sistema** que construía barreras a la entrada a la industria del retail, sobrepasando en mucho a las que había en la antigua ley.

En los primeros cinco años de operación de la Ley, muchas cadenas de retail empezaron a evitar la Ley por completo, construyendo locales comerciales con un poco menos de 1.500 m² de espacio de retail. Como respuesta, los gobiernos locales empezaron a emitir ordenanzas y hacían **“orientación administrativa”** con restricciones a los locales de menos de 1.500 m². A su vez, los comerciantes independientes presionaban fuertemente para que se extendiese el campo de aplicación de la Ley, y que se hiciese más difícil la entrada de nuevos competidores.

En 1978 la Dieta (Congreso) amplió el campo de acción de la Ley: desde locales de más de 1.500 m², a locales de más de 500 m². Los primeros eran “clase A”, bajo la directa jurisdicción del MITI. Los segundos son la “clase B”, bajo la jurisdicción de los gobiernos locales. **En 1979, adicionalmente, el MITI emitió Orientaciones Administrativas** que requerían que la notificación al MITI del Art. 3 sea de 13 meses de anticipación a la fecha de apertura del local (**en vez de los 7 meses que decía la Ley**).

A principios de los años 80, los pequeños comerciantes pedían más estrictez, volviendo al sistema legal del permiso, y una reorientación para regular los locales comerciales: tanto en tipo de actividad como en espacio de retail. Cualquier intento de dictar una ley hubiese sido impopular frente al público en general (el consumidor). No fue necesario reformar o dictar una ley. **En 1982 el MITI emitió una Orientación titulada “Interim Measures Concerning the**

Notification of Large-Scale Retail Stores, que complacía los deseos de los pequeños comerciantes sin la solución legal (de “ley”). Se pedía a los potenciales peticionarios de la “clase A” que “expliquen” sus planes a los comerciantes locales ANTES de la notificación inicial al MITI del Art. 3. **Creó una obligación anterior a la notificación, y cambió el proceso de ajuste del Art. 5, que era posterior a la notificación, ahora, anterior.** Estos nuevos requisitos se llamaron “Explicación Prenotificatoria”, y “Ajuste Prenotificatorio”. Así, todo lo señalado en la Orientación era previo a cualquier paso “legal”.

Las medidas administrativas ya alejaban la realidad de la Ley. Sin embargo, la realidad era aún alejada también de lo administrativo: el poder del MITI bajo la Ley se fue a los comerciantes locales, actuando bajo el paraguas de las cámaras de comercio. A principios de los 80 el MITI no aceptaba notificaciones a menos que adjuntara un documento con los términos acordados con los comerciantes locales (unánimes). Todo tomaba 7, 8 e incluso 10 años en completarse.

Los puntos sobre los cuales se debería discutir para llegar a un acuerdo, según la Ley, eran la fecha de apertura, el espacio de retail, las horas de trabajo diarias y los días de trabajo anuales. **En la realidad, los puntos a conversar eran incluso mayores que los que decía la Ley:** normalmente se agregaban, por ejemplo, que el nuevo local arriende a los comerciantes locales espacio en términos “favorables”, que haga grandes “donaciones” a los comerciantes locales, y que el precio de bienes y servicios sea el mismo que el de los comerciantes locales.

Pero Estados Unidos presionaba para el cambio, para abrir el mercado japonés a las grandes cadenas de retail de ese país. A principios de los años 90 se llevaron a cabo las “Structural Impediments Initiative (SII) Talks”, dentro de las cuales se trató el problema de la distribución comercial en Japón.

En respuesta a las SII Talks, una década de desregulación en el retail japonés culminó con la Large-Scale Retail Store Location Law, que entró en vigor en junio de 2000. Esta ley reemplazó a la antigua Large-Scale Retail Store Law.

En relación con lo anterior podemos preguntarnos ¿por qué los japoneses no tomaron en cuenta las recomendaciones ya que no eran legales?, ¿por qué no iban a los tribunales usando la Administrative Case Litigation Act (Law No.139, 1962) y la Administrative Complaint Inquires Act (law No.160, 1962)? Ya hemos visto la gran distancia existente entre los objetivos de la Large-Scale Retail Law y la realidad. Uno en Occidente esperaría que se fuese a los tribunales para que la Ley fuese implementada de acuerdo a sus objetivos. Sin embargo no hubo ningún juicio exitoso.

Teóricamente, una gran cadena de retail podría haber notificado al MITI sin necesidad de agregar el apéndice del acuerdo con los comerciantes locales. Si el MITI no hubiese aceptado la notificación, lo podría haber demandado. Si hubiese ganado la cadena de retail, tendría que haber comenzado, RECIÉN, con el procedimiento legal. El procedimiento legal daba gran discreción al MITI para emitir órdenes. Podría demorar inmensamente el proceso. Y al final, la empresa de retail, no sacar nada.

Fue necesaria una nueva ley, la Administrative Procedure Act (Act No. 88 of 1993), que en su Capítulo 4 se refiere a la Orientación Administrativa.

Esta ley, en el art. 2, define lo que es “orientación administrativa” en los siguientes términos: “cualquier acto (...) de un órgano administrativo, hecho con el objeto de pedir a un particular hacer o no hacer determinada acción o acciones, con miras a obtener una meta de políticas públicas dentro de la esfera de competencias de dicho órgano administrativo”¹³.

El Art. 32 señala que la orientación administrativa se basa en un cumplimiento voluntario, y que ningún órgano administrativo puede imponer un trato desfavorable a alguien que no haya seguido las recomendaciones. Por otro lado, no debe abusar de su autoridad, para así asegurarse del cumplimiento de las recomendaciones.

El art. 35 requiere que el órgano administrativo informe claramente sobre el objeto y contenido de las recomendaciones. Además, se puede pedir que las recomendaciones sean puestas por escrito (salvo algún impedimento especial). Al tener que colocarlas por escrito, los funcionarios públicos tendrán que tener más cuidado en explicar las razones y la legalidad de sus recomendaciones. Parte del “éxito” anterior del las “orientaciones” ha sido el tira y afloja entre los funcionarios públicos y los particulares, y la ambigüedad de las fronteras legales. El impacto de este Art. 35 dependerá esencialmente si el peticionario tenga interés o valentía, frente a las autoridades, para pedir un documento escrito.

Por otro lado, el Art. 36 señala que se emitan las mismas “orientaciones” para diferentes peticionarios. Salvo prohibición especial, deben hacerse públicas esas reglas. La publicación de esas reglas es de suma importancia para asegurar un trato justo e igualitario, ya que la falta de medios de comparación ha sido un gran obstáculo al considerar demandar a un órgano administrativo.

La Orientación Administrativa es un tema típicamente japonés que se está exportando a China y otros países asiáticos. He visto una tesis de doctorado en derecho de un chino que habla que esto “es de asiáticos”. Verificar y estudiar, por nuestra parte, para evitar problemas en el futuro con nuestras contrapartes asiáticas.

III. ACERCA DE LA EXPERIENCIA CHILENA EN CUANTO A LA RECEPCIÓN DEL SOFT LAW

III.1 Consideraciones preliminares sobre la irrupción del Soft Law en Chile

El Soft Law, reconoce sus orígenes en el Derecho Romano, que distinguía distintas tipologías de disposiciones normativas desde el punto de vista de su eficacia. Posteriormente, este *soft law* (por oposición al *hard law*), ha asumido diversas manifestaciones en nuestros sistemas jurídicos contemporáneos, siendo recogido principalmente en el derecho internacional, disciplina jurídica

¹³ “Any act (...) by an administrative body, in order to ask for the performance or nonperformance by a particular citizen with a view of achieving a policy aim within the sphere of competence of said administrative body” (Art.2).

que entre sus características se cuentan la ausencia de imperatividad y coercibilidad, notas distintivas de la eficacia obligacional de la norma legal (*hard law*).

De ahí, como veíamos la experiencia japonesa y asiática en que se desarrolló con bastante fuerza este derecho “referencial”, hoy por hoy ha ido cediendo terreno y evidenciando los riesgos que de la aplicación del mismo se pueden desprender.

Por lo anterior, llama la atención que este “*soft law*” o derecho indicativo, al decir de los tratadistas españoles o, entre nosotros “*derecho referencial*”, paulatinamente se abre espacios en nuestro sistema jurídico.

En efecto, cabe considerar entre nosotros, la irrupción de normas de derecho referencial tratándose de materias propias de regulaciones sectoriales y tan disímiles como las ambientales, libre competencia y sanitarias por citar sólo algunos casos. Frente a lo anterior cabe intentar revisar una noción de derecho referencial.

III.2 Acerca de un esbozo frente a la noción de “*soft law*”: inconvenientes.

La doctrina comparada¹⁴ distingue diversos tipos de *soft law*, diferenciando entre aquel que produce efectos *ad intra* (al interior de la Administración) respecto de aquel que los genera *ad extra*, esto es, hacia fuera de la Administración. Y, es precisamente este último tipo el que aquí nos interesa a lo menos conceptualizar, en cuanto podría participarse de características propias del acto administrativo. Al respecto, se ha conceptualizado el derecho referencial (*soft law*), en su vertiente *ad extra* como “*una manifestación concertada entre el poder público y los particulares, con el fin de regular un segmento de la realidad social con efectos jurídicos sui generis*”¹⁵. Entre nosotros, una concepción de derecho referencial resulta de suyo compleja, toda vez que existen una serie de causas que hacen complejo definir el *soft law* e incluso predicar su existencia.

Entre las principales causas que dificultan una conceptualización del *soft law* en nuestro sistema podemos contar:

- i) La existencia del principio de juridicidad. En efecto, nuestro sistema se estructura sobre la base del denominado principio de juridicidad contemplado en el art. 6 y 7 de la Constitución Política, en cuanto impone a los órganos del Estado un sometimiento a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Dicha subordinación se constituye en un límite al ejercicio de potestades públicas y correlativamente en una garantía a los derechos de las personas frente a un eventual abuso de la autoridad. Así, en virtud del aludido principio, la autoridad pública debe actuar conforme a su competencia y en ejercicio de la misma dictar sólo aquellas normas que el ordenamiento jurídico expresamente le habilita y, ciertamente, dotando a las mismas del alcance correspondiente, no invadiendo en lo absoluto la esfera del reglamento y mucho menos de la reserva legal.

¹⁴ Al respecto, adviértase en, Sarmiento Daniel, “*El Soft Law Administrativo*”. Un Estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración”, Ediciones Thomson, Civitas, 2008.

¹⁵ *Idem.* p. 133.

- ii) La noción de acto administrativo. Históricamente no existía en Chile una definición legal de acto administrativo, y la configuración de ésta era más bien fruto de la práctica de los servicios y con mayor nitidez del esfuerzo de la doctrina. De ahí, la doctrina autorizada asumía por acto administrativo 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”*¹⁶. Luego, de la noción transcrita, se desprendía: i) que el acto administrativo era resultado de un actuar racional; ii) que no sólo los órganos públicos dictan actos administrativo sino que también los sujetos privados –en ejercicio de función pública- pueden proceder a dictar actos administrativo (v.gr un concesionario de frente portuario al aplicar una tarifa); iii) que lo que determina el origen del acto administrativo es el ejercicio de la función –“pública”- y no el “órgano”; y iv) que produce efectos jurídicos concretos. Sin perjuicio de la claridad de la noción ya expuesta, con el advenimiento de la Ley 19.880 sobre procedimiento administrativo¹⁷, se incorporó a nuestro ordenamiento una definición legal de acto administrativo, al disponer el artículo 3 de la referida norma que *“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”*. De lo anterior, *prima facie* podría desprenderse que sólo son actos administrativos aquellos que *“formalmente”* y desde la perspectiva del artículo 3 de la ley 19.880 son susceptible de ser comprendidos dentro de la definición legal de acto administrativo, y más aún, dentro de las categorizaciones que efectúa la misma norma, de lo que se podría aventurar que la ley 19.880 al circunscribir la noción de acto administrativo habría venido a consagrar en Chile un reconocimiento tácito –si es que se puede hablar de este tipo de consagraciones en derecho público- del derecho referencial.

En nuestro entender ello no sería así, toda vez que en primer lugar, no podemos olvidar que de acuerdo al artículo 1 de la aludida ley 19.880 esta norma es de aplicación supletoria, por lo que deja absolutamente vigentes la infinidad de otras nomenclaturas de acto administrativo existentes en nuestro sistema y que como tales resultan absolutamente vinculantes para el particular y subordinada –desde la perspectiva del autor del acto- a los mecanismos de control existentes, cuestión que como advertiremos ha sido refrendada por la propia práctica administrativa de los servicios integrantes de los cuadros de la Administración del Estado.

- iii) La práctica administrativa. En efecto, de la sola revisión de la práctica de la Administración activa del Estado, así como de los sujetos dotados de función pública, podemos desprender que tradicionalmente han dictado actos administrativos, que asumen diversas categorizaciones. Así, podemos advertir: instrucciones, circulares, oficios, dictámenes, acuerdos, reglamentos, decretos supremos, ordenes, etc.

Dichos actos administrativos, siempre han resultado vinculantes para la administración así como para el particular, y no sólo por su fuerza obligacional que le es inherente a su condición de acto administrativo, sino que también por

¹⁶ Al respecto vid. Soto Kloss, Eduardo “La Noción de Acto Administrativo en el Derecho Chileno, una perspectiva sustancial”. Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. Editorial Legal Publishing, 2009.

¹⁷ Publicada en el diario Oficial de 23 de mayo de 2003.

aplicación de otros principios del derecho público, como en la especie resulta, el principio -o más bien a partir de la Ley 19.880- de la presunción de legalidad y ejecutividad del acto administrativo, sino que también en cuanto dichos pronunciamientos descansan sobre presupuestos de actuación tales como la confianza legítima o el acto propio.

De ahí, cabe colegir que la práctica administrativa ha validado otras tipologías de actos administrativos, distintas a aquellas asumidas por la Ley 19.880, entre las cuáles sin duda se podrían contar las “guías”, “manuales”, “pautas” comprensivas del denominado “derecho referencial”.

- iv) Mecanismos de control. Ahora bien, asumir que este “derecho referencial”, propiamente no se constituye en un acto administrativo, podría llevarnos a colegir que como tal no le son aplicables los mecanismos de control ex ante y ex post del actuar administrativo, prescindiéndose del régimen recursivo previsto en nuestro ordenamiento, y en especial en la ley 18.575, ley 19.880 u otras leyes de regulación general o de aplicación sectorial.

La conclusión anterior, a nuestro juicio podría resultar de la mayor gravedad, en cuanto importaría originar un verdadero “régimen de inmunidad de actuación”, olvidándose que hasta las circunstancias excepcionales están expresamente previstas en la Constitución Política (artículos 39 a 45). Luego, cabría preguntarse: ¿están estas normas de *soft law* afectas a mecanismos de control preventivo y represivo?, ¿son susceptibles de recursos de reposición, jerárquico, revisión, etc?, ¿podrían instarse la invalidación o la nulidad de derecho público de estas manifestaciones de derecho referencial?, etc.

En suma, cabe preguntarse si realmente existe un derecho referencial en Chile, o más bien se trata -en no pocos casos- de un intento solapado y a momento “*subrepticio*” de dar mayor agilidad a la regulación, o en su defecto, pretender por la vía administrativa y desformalizada, entrar a “*regular*” determinadas materias afectas a reserva legal y que no podrían ser siquiera objeto de la potestad reglamentaria del órgano público correspondiente. Luego cabe preguntarnos: ¿existe realmente el *soft law*?, ¿Qué eficacia jurídica presentan las normas referenciales?

III.3 Sobre la recepción del Soft Law en Chile: Análisis de casos.

Habiendo ya manifestado nuestras aproximaciones generales al denominado derecho referencial, así como nuestras aprehensiones a su recepción en nuestro sistema, corresponde ahora dedicar algunas líneas a analizar una muestra menor de recepción de éste derecho referencial en nuestro sistema.

Así, en la esfera del derecho de la Libre Competencia, cabe citar las denominadas “Guías de Concentración de la Fiscalía Nacional Económica”. En efecto, la referida autoridad procedió en el mes de octubre de 2006 a dictar la denominada “*Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales*”, con el objeto de “*instruir a los funcionarios de esta institución e informar a*

las empresas interesadas, y a la comunidad en general, sobre los fundamentos, los principales aspectos y el procedimiento de análisis de las operaciones de concentración horizontales que utiliza la FNE, fijando al efecto criterios claros, objetivos y transparentes”. Asimismo, y recientemente la misma autoridad procedió a dictar la “Guía interna sobre beneficios de exención y reducción de multas en caso de colusión”, con el objeto de “establecer criterios y lineamientos de trabajo interno que utilizará para dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 39 bis del Decreto Ley N°211”. Por otra parte, cabe considerar también en la esfera de la contratación pública, las denominadas “Guías” y “Manuales” emitidas por la Dirección de Compras y Contratación Pública que buscan precisamente fijar recomendaciones de actuación para las entidades licitantes en los procesos de compras pública

Cómo se podrá advertir, se trata de instrumentos normativos denominados “Guías” que en principio y como bien lo señala su referencia, se trataría de actos internos de la Administración, asimilándose a la institución del “instructivo” que como tal reconoce existencia en nuestro ordenamiento en la medida que sólo produzca efectos *intra* administración.

El problema surge cuando este tipo de instrumentos (y en especial en cuanto a su contenido) produce efectos *extra administración*, entrando a legislar y regular una determinada actividad invadiendo tanto el ámbito del reglamento como el ámbito propio de la ley.

Al respecto, bien vale considerar lo que al respecto ha sostenido la Contraloría General de la República, al señalar, mediante dictamen N° 29.554 de 2007 que “Las imposiciones antes referidas, atendido el ámbito en que inciden, invaden la reserva legal dispuesta por la Constitución Política, en la forma ya consignada, estableciendo mediante instrucciones administrativas un gravamen que conculca las garantías constitucionales de los establecimientos afectados, contempladas en el artículo 19, N°s. 20, 21 y 24 de la Carta Suprema. En mérito de todo lo expresado y respecto de las reglas de estas instrucciones que al tenor de lo expuesto en el cuerpo del presente informe son contrarias a derecho, corresponde que esa autoridad regularice la situación producida, sujetándose en ello a lo previsto en el artículo 53 de la ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado”.

En fin, existen una infinidad de manifestaciones y actos de la autoridad susceptibles de constituir soft law en nuestro ordenamiento, sin perjuicio de lo cuál, desde la perspectiva de sus efectos (y en especial en cuanto éstos se prediquen respecto de particulares), constituirían más bien propiamente actos administrativos (hard law).

IV. CONCLUSIONES

- Existe una tendencia en los sistemas jurídicos comparados a introducir normas de soft law o derecho referencial frente al sistema regulador tradicional (hard law). Esta práctica lleva ya varios años en los ordenamientos asiáticos y en especial en Japón, en donde ha traído consigo serias dificultades y avasallamiento de los derechos de las personas y regulados, conminando a la autoridad a reducir este tipo de manifestaciones normativas, siendo hoy día un fenómeno regresivo.
- En nuestro sistema, la irrupción del denominado derecho referencial es una realidad, desde que advertimos su establecimiento “*tímidamente*” por parte de reguladores

sectoriales como en la especie acontece en materias ambientales y de libre competencia, con el solapado riesgo de pretender por la vía –ya no sólo administrativa- sino “referencial” imponer verdaderas obligaciones y limitaciones a derechos de los particulares.

- El derecho referencial y sus manifestaciones nos conducen inequívocamente a la noción de acto administrativo, a partir de la cuál se desprenden una serie de efectos (presunción de legalidad, fuerza obligacional, impugnabilidad, sometimiento a mecanismos de control *ex ante*, *ex post*, de reemplazo, etc). En tal sentido, diríamos que el hecho que la ley 19.880 no haya comprendido dentro de las categorizaciones de acto administrativo a manifestaciones de derecho referencial, no obsta a negar su condición de acto administrativo (desde que la aludida ley 19.880 es supletoria) y como tal afecta dicha “normativa” a los sistemas de control preestablecidos.
- En consecuencia, cabría plantear que el denominado “soft law o derecho referencial”, al menos en sus efectos, no tendría propiamente existencia en nuestro ordenamiento y más bien, consistiría en nuevas tipologías de actos administrativos con las características inherentes a los mismos, y por ende en una nueva expresión de *hard law* al fin y al cabo.