

# El temor al despotismo y al totalitarismo en el derecho administrativo chileno: reconstrucción y crítica de una fobia a la Administración del Estado

*Pablo Soto Delgado\**

## RESUMEN

*Este artículo tiene por objeto reconstruir y criticar la idea de que la Administración del Estado sea una estructura potencial e inevitablemente despótico-totalitaria. Esta doctrina, que en el administrativismo chileno se ha elaborado en los influyentes trabajos del profesor Eduardo Soto Kloss a propósito de la intervención administrativa en la propiedad y en la actividad económica, así como respecto del empleo de las potestades y privilegios de la Administración, reproduce en gran medida los argumentos contra la monarquía absoluta, desconoce la configuración del Estado administrativo contemporáneo en las democracias capitalistas y elude la perspectiva infraestructural en que se ejerce el poder administrativo en la actualidad, por lo que dicha concepción se puede considerar un caso de "fobia" a la Administración estatal.*

Poder administrativo infraestructural; principio de subsidiariedad;  
fobia a la Administración del Estado

## *Fear of despotism and totalitarianism in Chilean administrative law: reconstruction and criticism of an Administrative State phobia*

## ABSTRACT

*This article aims to reconstruct and criticize the idea that the administrative State is a potentially and inevitably despotic-totalitarian structure. This doctrine, elaborated by professor Eduardo Soto Kloss in his influential works regarding administrative intervention in property and economic activity, as well as the Administration's use of its powers and privileges, reproduces to a large extent the arguments against the absolute monarchy, ignores the architecture of the contemporary administration of the capitalist democracies and eludes the infrastructural perspective of the administrative power as exercised today. That conception constitutes a case of "phobia" to the administration.*

Infraestructural administrative power; principle of subsidiarity;  
Administrative State phobia

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales, Chile. Abogado. Doctor en Derecho, Universidad Diego Portales, Chile. Profesor de derecho administrativo, Universidad Austral de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3406-4451>. Correo electrónico: pablo.soto@uach.cl

Esta investigación se encuentra financiada por la ANID, FONDECYT de iniciación en investigación Nº 11201297.

Artículo recibido el 21.7.2022 y aceptado para publicación el 28.11.2022.

## I. INTRODUCCIÓN

A partir del texto constitucional de 1980, una parte importante de la doctrina administrativista chilena ha concebido al derecho administrativo principalmente como un instrumento para limitar el poder de la Administración estatal. Bajo la idea de una preeminencia natural y a todo evento del despliegue de la libertad individual, se ha considerado la intervención administrativa como una expresión de despotismo y totalitarismo. Estatismo, despotismo y totalitarismo administrativo son palabras que expresan una severa desconfianza frente al poder estatal radicado en la Administración del Estado. Este planteamiento se encuentra emparentado, desde el punto de vista práctico, con alguna jurisprudencia sobresaliente del Tribunal Constitucional producida durante los últimos años<sup>1</sup>, que se ha encargado de limitar –por inconstitucionales– diversas “potestades y privilegios”<sup>2</sup> de la Administración<sup>3</sup>.

Este trabajo se desarrolla en torno a esa posición, sostenida en Chile especialmente por el profesor Eduardo Soto Kloss a propósito de la intervención administrativa en la propiedad y en las actividades económicas, y pretende acreditar dos hipótesis. Según la primera de ellas, esa adaptación nacional del temor al potencial despótico-totalitario de la Administración reproduce en gran medida los cuestionamientos en contra de la tiranía y la arbitrariedad en el ejercicio del poder concentrado del monarca absoluto, lo que se explicaría porque el derecho administrativo es un producto del Antiguo Régimen y, por esta razón, resulta peligroso para las libertades individuales y la sociedad civil, siguiendo directamente las ideas de Tocqueville y Dicey.

De conformidad con la segunda hipótesis, aquella concepción es conceptualmente inidónea y tiene dificultades empíricas y lógicas. Esto obedece, en primer lugar, a que se basa en una comprensión discutible del poder administrativo contemporáneo. En segundo término, porque el modelo de Estado administrativo contra el que se construye no coincide con las configuraciones administrativas de las democracias capitalistas actuales, que están diseñadas explícitamente para proporcionar bienestar a sus ciudadanos. Y, en tercer lugar, porque se trata de una doctrina sustentada en varias falacias reconocibles bajo una especie de “fobia al Estado”.

Para desplegar la argumentación anterior, en lo que sigue se efectúa una reconstrucción de la idea de despotismo administrativo (II) y se explica su incorporación en la dogmática administrativa chilena, específicamente en la influyente obra de Soto Kloss en lo concerniente a la intervención administrativa en la propiedad y en la actividad

---

<sup>1</sup> SOTO y GUILLOFF, 2018, pp. 392 y ss.

<sup>2</sup> FERRADA, 2007, p. 70.

<sup>3</sup> Así, por ejemplo, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 18.01.2018, rol 4012-17, sentencia en la que se declararon inconstitucionales, entre otras, las nuevas potestades regulatorias, sancionatorias y de mediación del Servicio Nacional del Consumidor. Asimismo, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 18.10.2018, rol 3770-17, fallo en el que se declaró inaplicable por inconstitucional la clausura practicada por el alcalde en caso de contravención a las disposiciones de urbanismo y construcciones, al tratarse de una forma de autotutela administrativa que se encuentra constitucionalmente prohibida.

económica, así como en cuanto a la utilización administrativa de las potestades y privilegios de la Administración (III), para luego someterla a un examen crítico (IV) y formular las correspondientes conclusiones (V).

Desde el punto de vista de su pertinencia, este texto puede resultar oportuno en el momento constituyente por el que atraviesa el país, ya que, por un lado, permite comprender los fundamentos de una determinada concepción sobre la intervención en la propiedad y en la actividad económica por parte del Estado administrativo, discutida por la extinta Convención Constitucional, y por otro, podría llegar a servir como insumo para una posible redefinición, ya sea a partir de una nueva Constitución o bien desde el impulso interpretativo del legislador.

## II. EL TEMOR AL DESPOTISMO ADMINISTRATIVO: TOCQUEVILLE Y DICEY

En su versión clásica, la desconfianza frente a la Administración del Estado se encuentra en el temor manifestado por Tocqueville frente a uno de los eventuales peligros que la entonces joven democracia estadounidense podría correr: el de un Gobierno que, a pesar de ser elegido por el pueblo soberano, impidiera que los ciudadanos salieran de su infancia y ejercieran su libre albedrío. Se trata aquí de un “despotismo administrativo”<sup>4</sup>, que fuerza a las personas a centrarse en sus placeres superficiales, lo que traería como consecuencia retraerlas de la preocupación por sus semejantes<sup>5</sup>.

Para Tocqueville, el despotismo administrativo asegura a los ciudadanos cierto bienestar al mismo tiempo que dirige sus vidas. En efecto, el poder de la Administración “suministra su seguridad y satisface sus necesidades, facilita sus placeres, conduce sus principales asuntos, dirige su industria, arregla sus propiedades, divide sus herencias”<sup>6</sup>, y:

“Después de haber tomado de este modo a cada individuo entre sus poderosas manos y de haberlo formado a su parecer, el poder soberano extiende sus brazos sobre la sociedad entera; cubre la superficie de la sociedad con una red de reglas pequeñas, complicadas, minuciosas y uniformes, que no pueden ser rotas por las mentes más originales y vigorosas para adelantarse a la muchedumbre; no destruye las voluntades, pero las suaviza, las somete y dirige; raramente obliga a actuar, pero se opone incesantemente a que se actúe; no destruye, pero impide la creación; no tiraniza, pero obstaculiza, reprime, enerva, extingue, produce estupidez, y finalmente reduce a cada nación a ser nada más que un rebaño de animales tímidos e industriales, de los cuales el gobierno es el pastor”<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> TOCQUEVILLE, 2010, p. 1256.

<sup>5</sup> TOCQUEVILLE, 2010, p. 1250.

<sup>6</sup> TOCQUEVILLE, 2010, p. 1251.

<sup>7</sup> TOCQUEVILLE, 2010, p. 1252.

De acuerdo con esta versión, aquello que caracteriza al poder administrativo es un despotismo que desincentiva o que constituye un obstáculo al despliegue de la libertad humana, al punto de que esta puede ser sustituida por los designios del gobernante democráticamente elegido, lo que se impone a la sociedad mediante la regulación estatal.

La evaluación de Tocqueville acerca de lo administrativo deriva de su consideración de la Administración francesa como una forma de organización prerrevolucionaria, es decir, como una transferencia institucional desde el Antiguo Régimen: es “la sola porción de la constitución política del *Ancien Régime* que sobrevivió a la revolución, al ser la única que pudo adaptarse al nuevo estado social que creó la Revolución”<sup>8</sup>. Un punto importante que el autor destaca para sostener lo anterior se halla en la configuración de la justicia administrativa, así como en la inmunidad de los servidores públicos. Para lo primero, como el monarca no tenía poder sobre la jurisdicción ordinaria, le negó a esta la capacidad de intervenir en casos donde el poder regio estuviera en juego, articulando, asimismo, un esquema de justicia para aquellos conflictos en que existiera interés del Gobierno, como sucedía en materia de impuestos, regulación del tráfico, navegación en ríos, disturbios públicos, etcétera<sup>9</sup>. Respecto de lo segundo —esto es, en cuanto a la inmunidad de los funcionarios del Gobierno—, cuando los tribunales del Antiguo Régimen pretendían perseguir a representantes del monarca, el Consejo del Rey sustruía a estas personas de la jurisdicción ordinaria, para así evitar el debilitamiento de la autoridad real<sup>10</sup>.

El planteamiento de Tocqueville respecto del derecho administrativo como producto del Antiguo Régimen fue seguido por Dicey para describir luego el derecho administrativo francés<sup>11</sup>. Este autor argumentó que la configuración institucional modelada por el *droit administratif* estaba apoyada derechamente en cuatro bases despóticas. De acuerdo con la primera de ellas, hay una diferencia entre el derecho ordinario y el derecho administrativo: este último conjunto normativo es distinto de las leyes que regulan las relaciones entre privados, por cuanto rige las relaciones entre los ciudadanos y el Gobierno y sus funcionarios<sup>12</sup>. Una segunda base despótica consistía en que los tribunales ordinarios no tenían competencia sobre los asuntos en los que se revisaban conflictos de derecho administrativo; para eso estaban los tribunales administrativos, vinculados al Gobierno<sup>13</sup>. Enseguida, y como tercer aspecto, la disputa acerca de los conflictos de jurisdicción entre tribunales ordinarios y administrativos es definida por el *Conseil d'État* como tribunal administrativo de mayor rango, evitándose así la introducción del Poder Judicial en el Poder Ejecutivo. Por último, como cuarta característica despótica, se hallaba la tendencia a sustraer del control y supervisión de los tribunales ordinarios a los servidores públicos que hubiesen cometido ilícitos durante el ejercicio de su cargo,

<sup>8</sup> TOCQUEVILLE, 2011, p. 39.

<sup>9</sup> TOCQUEVILLE, 2011, pp. 54 y 57.

<sup>10</sup> TOCQUEVILLE, 2011, p. 58.

<sup>11</sup> DICEY, 1915, p. 218.

<sup>12</sup> DICEY, 1915, pp. 220-221.

<sup>13</sup> DICEY, 1915, p. 221.

lo que, entre otras cuestiones, se debía a la categoría de “acto de gobierno” como un tipo de actuación de alta política que no podía ser controlada jurisdiccionalmente<sup>14</sup>.

El diagnóstico de Dicey acerca del derecho administrativo francés le permitiría, por contraste, formular para el derecho inglés la doctrina del *Rule of Law*, compuesta de tres elementos: (i) no existen poderes estatales excepcionales; (ii) los servidores públicos son individualmente responsables, y (iii) los poderes que se han entregado a los funcionarios son justiciables ante los tribunales ordinarios<sup>15</sup>. Esta configuración equivale a la negación del derecho administrativo desde una perspectiva francesa para el territorio inglés, cuestión que Dicey explicita de forma inequívoca: “No puede haber entre nosotros nada que realmente corresponda al ‘derecho administrativo’ (*droit administratif*) o los ‘tribunales administrativos’ (*tribunaux administratifs*) de Francia”<sup>16</sup>. Esto significa, derechamente, combatir el régimen exorbitante característico del derecho administrativo continental.

En consideración a lo anterior, es posible señalar que la idea de despotismo en el derecho administrativo se configura mediante cuatro coordenadas: primero, por una desconfianza hacia la Administración, toda vez que esta sería un mecanismo de intervención y dirección de la sociedad que produce consecuencias necesariamente negativas para el impulso y la libertad individual; segundo, por la consideración de que la organización administrativa es un producto del Antiguo Régimen, donde existía una concentración de poder en el monarca; tercero, por la comprensión de que, en los hechos, la organización administrativa sustrae del control jurídico general sus actividades y a sus funcionarios, y, cuarto, por la propuesta de que esto último puede corregirse mediante el sometimiento de la actividad administrativa estatal a un esquema donde no haya privilegios para ella: si no hay excepcionalidad para la Administración, queda en igualdad de condiciones respecto de los administrados.

### III. LA VERSIÓN CHILENA: LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA COMO ESTATISMO TOTALITARIO

En Chile, Soto Kloss propondría una versión específica –y radical desde el punto de vista terminológico– de la idea de despotismo administrativo, a saber, la del totalitarismo administrativo. Como lo muestra en un trabajo dedicado al derecho administrativo inglés, este profesor era ya un estudioso directo de Dicey durante los años setenta del siglo pasado<sup>17</sup>, y por esa razón adquiere sentido indagar si existe una conexión argumentativa entre ambos autores en torno al punto.

Según el profesor Soto Kloss el totalitarismo en el derecho administrativo opera cuando la Administración afecta la propiedad o interviene en la actividad económica,

<sup>14</sup> DICEY, 1915, pp. 220-226.

<sup>15</sup> La síntesis es de HARLOW y RAWLINGS, 2009, p. 6, a partir de la formulación extensa de DICEY, 1915, pp. 110, 114 y 121.

<sup>16</sup> DICEY, 1915, p. 120.

<sup>17</sup> SOTO KLOSS, 1973a, pp. 113 y ss.

en ambos casos, cuando excede unos estrechos límites. Esta posición presupone que, en el primero de esos ámbitos la intervención estatal se encuentra constitucionalmente prohibida a menos que exista una expropiación<sup>18</sup>, sin que la Administración pueda establecer limitaciones<sup>19</sup>. En cuanto a lo segundo, el Estado solo puede operar con altas restricciones cuando ejerce actividades económicas<sup>20</sup>, encontrándose, además, prohibida la actividad regulatoria administrativa en el mercado en lo que concierne a la moral, el orden público y la seguridad nacional, supuestos contenidos en el artículo 19 numeral 21 de la Constitución<sup>21</sup>. El derecho administrativo, “totalitario en potencia”, se manifiesta, también, en las sanciones impuestas por la Administración<sup>22</sup>.

A propósito de la intervención administrativa, es lícito que el Estado institucionalice servicios públicos para atender materias que los particulares no estén en condiciones de autosatisfacer, quedando lo demás entregado a la prioridad del libre emprendimiento, con excepción del orden público o la defensa<sup>23</sup>. Esto contrasta con otras actividades estatales que el mismo autor considera obligatorias desde la perspectiva constitucional, como la protección del *nasciturus*<sup>24</sup>, o en materia de servicios públicos donde Soto Kloss promueve su actuación –subsidiaria, ya se ha dicho–, la que, de omitirse, generaría sin mediar culpa una responsabilidad estatal cuando produce daño<sup>25</sup>.

La idea del totalitarismo administrativo aparece en una temprana recensión de 1970, en la que Soto Kloss comentaba la –a su juicio– necesaria estabilidad que debe tener el acto administrativo. Allí, afirmaba lo siguiente: cuando, con ocasión de una declaración de voluntad de la Administración, se favorecía al administrado, esta situación debía considerarse ingresada a su patrimonio, de manera que solo una expropiación permitiría que administrativamente se dejara el acto sin efecto. Cualquier perspectiva distinta que defendiera la revocabilidad unilateral del acto administrativo lo haría porque obedece a una concepción *totalitaria o estatista*<sup>26</sup>.

Estatismo y totalitarismo administrativo –el “estatismo socializante”<sup>27</sup>– son cuestiones sinónimas en la obra de Soto Kloss. Esta tendencia habría penetrado en Chile desde los años veinte del siglo XX, principalmente basándose en las “nebulosas de la teoría del servicio público”<sup>28</sup>, una concepción que, según la entrega original de Duguit, legitima la existencia de la Administración del Estado en su deber de mantener en

<sup>18</sup> SOTO KLOSS, 2012, p. 500.

<sup>19</sup> SOTO KLOSS, 2012, p. 446.

<sup>20</sup> SOTO KLOSS, 2012, p. 138.

<sup>21</sup> SOTO KLOSS, 2012, p. 139, nota Nº 16: “La determinación de lo que es contrario a la moral, el orden público o la seguridad nacional no corresponde ni al legislador ni al administrador sino al juez”.

<sup>22</sup> SOTO KLOSS, 2012, p. 488.

<sup>23</sup> SOTO KLOSS, 2012, p. 47.

<sup>24</sup> SOTO KLOSS, 1996, p. 45.

<sup>25</sup> SOTO KLOSS, 2012, p. 816.

<sup>26</sup> SOTO KLOSS, 1970, pp. 332.

<sup>27</sup> SOTO KLOSS, 2012, p. 29.

<sup>28</sup> SOTO KLOSS, 1996, p. 22.

funcionamiento un conjunto de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades colectivas<sup>29</sup>. A este respecto, el pensamiento de Soto Kloss es rotundo:

“Sobre el *estatismo* –virus que azotara nuestro país tan fuertemente en el cincuentenio de los años 20 a 70 de este siglo– es utilísimo recordar que no es sino una consecuencia del naturalismo en política y de las doctrinas voluntaristas o de la fuerza, de la voluntad de poder o razón de Estado; él constituye un verdadero abuso del poder que el Estado posee para otros fines, poder que le ha sido conferido para el bien común; el estatismo significa en la práctica –como lo ha demostrado en forma tan dramática nuestra historia y la historia reciente europea– un verdadero peligro para la sociedad y las personas que la conforman, pues terminan ambas ‘engullidas’ por el Estado, a saber por el partido gobernante, la burocracia y la *nomenklatura* de turno. [...] El estatismo –jamás se olvide– implica un desprecio de los seres humanos que hacen los que gobiernan y aplican esta utopía, ya que quienes lo propician no solamente no confían en la capacidad natural de las personas para resolver sus problemas y necesidades, sino que, además, suelen estar más preocupados de las menudencias políticas de sus facciones que de las necesidades de las personas, reales y concretas; más ocupados de intrascendentes asuntos ideológicos que de los problemas acuciantes de los más desamparados”<sup>30</sup>.

De este modo, el estatismo o totalitarismo administrativo se presenta siempre que el diseño institucional de la Administración no se ajusta a la autosatisfacción de necesidades por parte de los administrados. Esta construcción fue impactada por el contexto político de los años setenta en Chile, como queda claro al revisar, por un lado, la ferviente –y técnica– oposición de Soto Kloss a las requisiciones de industrias practicadas por la Administración de Salvador Allende<sup>31</sup>; a los decretos de insistencia de ese Presidente por la reanudación de faenas paralizadas en el sector productivo<sup>32</sup>; a la Contraloría General de la República por considerar las requisiciones de industrias como una medida de regulación económica<sup>33</sup>, y, por otro, la defensa de la necesidad de que los tribunales ordinarios controlaran los actos del Gobierno de la época, en específico, tratándose de la legalidad de las resoluciones requisitorias de industrias<sup>34</sup>. La intensísima intervención en la propiedad y en la libertad económica efectuada por la Administración de la Unidad Popular sería una prueba de que el totalitarismo en potencia está ínsito en el derecho administrativo<sup>35</sup>. En efecto:

<sup>29</sup> DUGUIT, 1913, pp. 33 y ss.

<sup>30</sup> SOTO KLOSS, 1996, pp. 25-26, nota N° 7.

<sup>31</sup> Al respecto, véase: SOTO KLOSS, 1972, pp. 178-207.

<sup>32</sup> SOTO KLOSS, 1974a, pp. 58 y ss.

<sup>33</sup> SOTO KLOSS, 1973b, pp. 233-260.

<sup>34</sup> SOTO KLOSS, 1974b, p. 350 y nota N° 2.

<sup>35</sup> Acerca del Gobierno de la Unidad Popular, se afirmaba en SOTO KLOSS y ARÓSTICA, 1993, p. 88: “Si se tiene en cuenta que el gobierno del Presidente Allende ya había avasallado las facultades del Congreso [...]

“El *estatismo* ha sido una perversa utopía que los políticos y gobernantes de la época 1930-1973 (cuál más cuál menos) practicaron y metieron en la cabeza de tantos chilenos, según la cual lo público equivalía a la esencia del bien y de lo bueno y en donde lo privado se hacía aparecer como sinónimo de egoísmo y desprecio de lo común; utopía/país-ideal, cuya perversión se vio y vivió dramáticamente patente durante 1968-1973. [...] La historia –los porfiados hechos en la terminología colectivista de esos estatistas y totalitarios– ha demostrado hasta la saciedad que esa pura fantasía de las instituciones estatales y de sus jerarcas dedicados al interés general y no al vil dinero no solo no era cierta, sino que –y lo que es peor– significó de manera trágica postergar el desarrollo del país y condenar a la miseria a un número muy elevado de ciudadanos, siendo enorme a 1973 la cantidad de personas postergadas y en condiciones subhumanas”<sup>36</sup>.

Con el Gobierno de la Unidad Popular como paradigma empírico que confirmaría la idea de un estatismo totalitario que afecta la propiedad y la actividad empresarial, Soto Kloss optó por una versión del derecho administrativo que redujera su intervención frente a un estado de cosas que la Junta Militar de Gobierno debía revertir para devolver el cauce a lo que –en su opinión– por naturaleza debería ser: el predominio de la iniciativa privada en materia económica, para cuyo propósito se emplearía el principio de subsidiariedad como dispositivo que encauzaría el rol del Estado<sup>37</sup>.

Bajo la vigencia del texto constitucional de 1980, el principio de subsidiariedad fue el dispositivo fundamental para conjurar el peligro permanente que representaría la Administración interviniendo en la economía y en la propiedad, porque al poder público administrativizado idealmente le correspondería un lugar donde no debe haber superposición entre derechos privados e intereses públicos. Este es el caso de la libertad de empresa: si la gran mayoría de los aspectos de la vida humana pueden quedar entregados a la iniciativa particular en materia económica, entonces la Administración tiene en aquellos un margen de acción restringido, porque cualquier intervención fuera de la subsidiariedad puede interpretarse como si la organización administrativa estuviera compitiendo con los privados que ejercen su libertad de empresa en esos mercados. De este modo, la configuración de la Administración del Estado bajo el esquema de la

---

y, en especial, al pretender promulgar de modo incompleto el proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso Nacional, eliminando las disposiciones que no le convenían a sus propósitos totalitarios, y ya había sobrepasado las atribuciones de la Contraloría General de la República a través de decretos de insistencia, legislando así de hecho por la vía administrativa, resulta fácil entender que ya al 26 de julio de 1973, el régimen marxista había concluido su tarea de corromper la juridicidad, violentándola en todos sus extremos –incluido el atropello constante a las libertades ciudadanas– y había conseguido la destrucción de la institucionalidad y de la estructura esencial del Estado chileno republicano, fundado en el respeto de los derechos de las personas y en la armonía de los distintos poderes fundamentales que constituyen la organización del Estado”.

<sup>36</sup> SOTO KLOSS, 1996, pp. 25-26, nota Nº 7.

<sup>37</sup> SOTO KLOSS, 2012, p. 120.

Constitución de 1980 quedó reducida a proporcionar mínimos asistenciales, incluso en ámbitos que en otros ordenamientos jurídicos se consideran derechos sociales<sup>38</sup>.

Al igual que Dicey, para Soto Kloss la idea de Estado de derecho es el mecanismo para evitar que la Administración estatal disponga de un régimen de potestades y privilegios excepcionales, los que pueden acabar impactando las libertades económicas de los administrados, planteamiento elaborado a partir de la cláusula constitucional de igualdad ante la ley que –primero en la Constitución de 1925 y luego en el texto constitucional de 1980– es el fundamento de la inexistencia de clases, grupos o personas privilegiados, lo que incluye a las autoridades administrativas y al Estado mismo<sup>39</sup>. Este sometimiento de la Administración al régimen del derecho común es una idea que se expresa, por ejemplo, tratándose de la proscripción de la potestad de autotutela administrativa, que tiene especial impacto en la actividad económica privada en materia urbanística<sup>40</sup>.

Lo que aquí se ha dicho permite revelar la coincidencia entre el planteamiento de Soto Kloss en torno a la intervención administrativa en la propiedad y la actividad económica privada y el de Tocqueville-Dicey expuesto en la sección anterior, según esto, cuando la Administración del Estado interviene, lo hace necesariamente a costa de los derechos individuales, justificándose, por ello, una desconfianza hacia su actividad: “[c]uanto mayor es el estatismo que afecte a una sociedad, menor será su efectiva libertad”<sup>41</sup>. Esta cuestión se basa en una premisa subyacente que en el caso de Tocqueville-Dicey pudo tener sentido histórico, a saber: que la Administración es un producto del Antiguo Régimen, lo que, sin embargo, no es transferible sin alguna explicación al contexto chileno.

Ahora bien, para Soto Kloss, la reacción frente a la Administración del Estado que se considera potencialmente totalitaria tiene un sustento empírico: la Administración de Allende se sustrajo del régimen común cuando actuó en el ámbito industrial y afectó la propiedad y, por lo mismo, correspondería corregir esta anomalía y evitar el estatuto de potestades y privilegios exorbitantes que se asignan al Estado administrador. La misma idea del Estado de derecho de Dicey (*Rule of Law*) es apta para fundar en Soto Kloss esta última proposición, aunque sobre la base de dos herramientas autóctonas chilenas: por una parte, la igualdad ante la ley entre los administrados y el Estado y, por otra, el principio de subsidiariedad que limita la actividad estatal en el ámbito económico.

En síntesis, el totalitarismo administrativo se presenta cuando el Estado administrativo interviene en el ámbito económico fuera de los límites que impone la subsidiariedad, cuando la Administración afecta la propiedad de cualquier modo que no sea mediante la expropiación y cuando utiliza para lo anterior sus potestades y privilegios. Esta concepción descansa en una oposición necesaria entre las libertades individuales y la

---

<sup>38</sup> Recientemente, CRISTI, 2021, p. 40 se refiere al caso chileno como uno de “tiranía del mercado”, que se apoya en el neoliberalismo, una filosofía política que permitió construir un planteamiento constitucional sustantivo para el país. Al respecto, también, ATRIA *et al.*, 2013, pp. 23 y ss.

<sup>39</sup> SOTO KLOSS, 1976, p. 183; SOTO KLOSS, 1990, pp. 24-25.

<sup>40</sup> SOTO KLOSS, 2007, pp. 8-9.

<sup>41</sup> SOTO KLOSS, 2012, p. 134.

actuación del Estado. Teniendo en cuenta esta reconstrucción, es posible desarrollar en lo que sigue los aspectos críticos de esta doctrina.

#### IV. TRES ARGUMENTOS PARA CONTROVERTIR EL TEMOR AL DESPOTISMO Y TOTALITARISMO ADMINISTRATIVO

##### 1. *La Administración del Estado es un poder infraestructural y crecientemente descentralizado*

Un primer problema cuando se considera a la Administración como una organización despótico-totalitaria es la noción de poder estatal que esa posición profesa. En efecto, el poder es un concepto analíticamente más complejo de lo que presentan Tocqueville, Dicey y Soto, como lo enseña Mann. Según este autor, es posible distinguir dos sentidos para referirse al poder del Estado: mientras conforme a uno de ellos puede calificarse de *despótico*, de acuerdo con el otro puede hablarse de poder *infraestructural*<sup>42</sup>.

Según el primer sentido, el poder es una capacidad de acción de índole causal, es decir, corresponde a una habilidad para obtener efectos deseados en la conducta de los individuos<sup>43</sup>, invocándose, para ello, la amenaza de una sanción<sup>44</sup>. De ahí que el poder se haya asociado con la coerción y la dominación<sup>45</sup>, como se afirma en la concepción clásica de Weber<sup>46</sup>.

Ahora bien, en un sentido distinto, el poder del Estado puede ser entendido no ya despótica, sino *infraestructuralmente*. Este tipo de poder consiste en la capacidad que tiene la organización estatal para penetrar la sociedad civil e implementar decisiones de manera logística en todo un territorio, evaluando y gravando ingresos y riqueza, reuniendo y almacenando información acerca de los sujetos, regulando la actividad económica o promoviendo la subsistencia de sus ciudadanos<sup>47</sup>. Esta logística de la implementación administrativa importa una coordinación social y una acción material de carácter impersonal<sup>48</sup> mediante la cual se transfieren a la Administración funciones bien determinadas que, en definitiva, desconcentran el poder reunido despóticamente<sup>49</sup>.

<sup>42</sup> MANN, 1984, p. 185.

<sup>43</sup> LOUGHLIN, 2010, p. 165

<sup>44</sup> Algo que en la literatura jurídica se encuentra bien documentado, como lo explica HART, 1994, pp. 18-25, aludiendo a que para Austin el derecho es un conjunto de órdenes respaldadas con amenazas.

<sup>45</sup> LOUGHLIN, 2010, p. 165.

<sup>46</sup> WEBER, 1978, p. 53: “ ‘Poder’ (*Macht*) es la probabilidad de que un actor, dentro de una relación social, esté en la posición de hacer cumplir su voluntad a pesar de existir resistencia y sin importar cuál sea el fundamento en el que descansa esa probabilidad”.

<sup>47</sup> MANN, 1984, p. 189.

<sup>48</sup> MUKERJI, 2010, p. 406.

<sup>49</sup> MUKERJI, 2010, p. 408.

Entre el poder despótico y el poder infraestructural existe una relación, lo que permite efectuar diversas combinaciones y, como consecuencia de ello, describir distintos tipos ideales de Estados, como se explica en el siguiente esquema.

Esquema de las dos dimensiones del poder estatal según Michael Mann<sup>50</sup>

		Poder infraestructural	
		Bajo	Alto
Poder despótico	Bajo	Feudal	Democrático
	Alto	Imperial	Autoritario

Considerando las variables anteriores, puede afirmarse que en un tipo de Estado con alto poder despótico no se requiere ningún tipo de negociación con la sociedad civil, es decir, la organización estatal funciona a pesar de esta. Históricamente, además, este tipo de Estados ha funcionado con escasa institucionalización, salvo en situaciones verdaderamente totalitarias, como lo muestran las experiencias soviética y nacionalsocialista<sup>51</sup>. En cambio, en aquellos Estados en los que el poder despótico es bajo, existe la posibilidad de que los partidos políticos y grupos de presión compitan por acceder al poder estatal<sup>52</sup>, por lo que la sociedad civil cumple un papel protagónico frente al ejercicio de ese poder.

Con excepción de los experimentos totalitarios mencionados, las sociedades industriales han organizado sus Estados preferentemente mediante el poder infraestructural, lo que ha significado, como contrapartida, un decrecimiento del poder despótico<sup>53</sup>, porque se ha desconcentrado logísticamente. En efecto, en las democracias capitalistas contemporáneas, los Estados son despóticamente débiles, pero infraestructuralmente fuertes<sup>54</sup>; en un régimen republicano, la conducta arbitraria de los líderes políticos no suele implementarse con descaro, por ejemplo, mediante asesinatos o expropiaciones selectivas, ni por medio de la demolición administrativa del orden constitucional. Cuando esto sucede, el lenguaje que se emplea es taxativo: hay un golpe de Estado o una revolución, es decir, acontece la destrucción del derecho<sup>55</sup>, lo que constituye un

<sup>50</sup> Reproducción de la "Figura I" de MANN, 1984, p. 191, modificada terminológicamente, conforme con lo sostenido por MANN, 2008, p. 356.

<sup>51</sup> MANN, 1984, p. 191.

<sup>52</sup> MANN, 2008, p. 356.

<sup>53</sup> LOUGHLIN, 2010, p. 165.

<sup>54</sup> MANN, 1984, p. 190.

<sup>55</sup> MANN, 1984, p. 190.

contexto de excepción o de anomalía institucional, que se opone, precisamente, al poder infraestructural como momento de regularidad.

En conexión con la perspectiva infraestructural y logística se halla un fenómeno de segmentación en el ejercicio del poder en los Estados contemporáneos, consistente en que los privados comparten ámbitos importantes de poder con la organización estatal. Esto obedece a que el Estado ya no es más la entidad capaz de regular, de manera centralizada, unilateral y monopolística a los administrados: la regulación de la sociedad está, en los hechos, descentralizada<sup>56</sup>, cuestión que se puede ver en el campo de la autorregulación de actividades, que se configura mediante sistemas en los que la misma persona, entidad o asociación regulada impone órdenes y establece consecuencias por su incumplimiento<sup>57</sup>. Estos esquemas no son poco frecuentes en la actualidad<sup>58</sup>. Precisamente en virtud de esta descentralización, el poder administrativo no puede ser descrito como un poder único y despótico que da órdenes y controla a los ciudadanos<sup>59</sup>.

Con base en las distinciones recién explicadas es posible confrontar el aparato conceptual que respecto del poder administrativo emplea la doctrina que teme al despotismo o totalitarismo administrativo. Para ello, es necesario explicar que en la obra de Soto Kloss se entiende el poder administrativo como un caso específico de poder despótico, cuestión que queda clara en un trabajo de este profesor especialmente dedicado al tema: “Poder existe en todo fenómeno donde es posible encontrar a un sujeto en quien exista la ‘capacidad de exigir algo o alguien un comportamiento determinado’, comportamiento que, tal vez, no hubiere sido espontáneamente adoptado”<sup>60</sup>.

En este planteamiento se encuentra la inadecuación conceptual de la doctrina que teme al despotismo-totalitarismo administrativo, pues entiende el poder de la Administración meramente como una capacidad coactiva y concentrada, e ignora una comprensión del poder administrativo ajustado a la infraestructura y logística del Estado contemporáneo. Esta circunstancia ha producido una sobre-reacción contra la Administración como si fuera despótica al intervenir en la propiedad y en la actividad económica, o al emplear sus potestades y privilegios, cuando en la realidad ejerce un poder público infraestructural altamente regulado, reducido en arbitrariedad, y que no trae como consecuencia necesaria la disminución de la libertad.

## 2. *El Estado administrativo y el bienestar de los ciudadanos*

Como se ha explicado en la sección anterior, en el Estado contemporáneo la Administración ejerce un poder infraestructural mediante el derecho administrativo, el que constituye la herramienta con la que se desempeñan los Gobiernos contemporáneos, que han crecido en escala y complejidad:

<sup>56</sup> BLACK, 2001, p. 108.

<sup>57</sup> COGLIANESE y MENDELSON, 2010, p. 150.

<sup>58</sup> Puede verse, para el caso chileno, MEDEL, 2016, pp. 364 y ss.

<sup>59</sup> RUBIN, 2005, p. 52.

<sup>60</sup> SOTO KLOSS, 1974c, p. 63

“[L]a defensa, seguridad, salud, educación, seguridad social, energía, transporte y servicios de recaudación en los que confiamos con el objeto de sostener el orden social, son provistos a través de arreglos *administrativos*. El alcance del gobierno se extiende más allá aun: a los estándares de calidad del aire que respiramos, el agua que bebemos, la comida que comemos, los bienes que consumimos, los servicios profesionales que usamos están todos regulados por agencias administrativas”<sup>61</sup>.

Este poder infraestructural y logístico se ha entroncado con el surgimiento del denominado *Estado administrativo* como un modelo de organización originado entre el último cuarto del siglo XVIII y comienzos del XIX en Europa. Fue en esta época cuando en los Estados europeos se produjo (i) el remplazo de la superposición entre cargos públicos, propiedad y nobleza terrateniente por funcionarios asalariados cuyos oficios dejaron de ser hereditarios, y (ii) la creación de agencias estatales que funcionaban con cierta independencia del poder central, institucionalmente interconectadas, y definidas en cuanto a sus tareas<sup>62</sup>.

La variedad de ámbitos en que la Administración interviene ha producido una red de órganos administrativos funcionalmente determinados<sup>63</sup>, que operan como entidades con límites concretos y cuyas relaciones con otras entidades administrativas se hallan construidas por reglas que no necesariamente establecen jerarquías entre ellas<sup>64</sup>, generándose, en consecuencia, ámbitos confinados en los que se ejerce el poder infraestructural. Para el derecho administrativo, estas cuestiones quedan condensadas en el concepto de potestad como poder jurídico finalizado y dosificado<sup>65</sup>, que, como lo define el artículo 7° inciso 1° del texto constitucional de 1980, se debe ejercer dentro del ámbito de competencia del respectivo órgano y en la forma prescrita por la ley, cuestión que es reiterada por el legislador en el artículo 2° de la ley orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado<sup>66</sup>.

En cuanto al fundamento moral del Estado administrativo, este consiste en producir consecuencias beneficiosas para las personas, “no necesariamente materiales, sino identificándolas casi exclusivamente con el bienestar de los individuos, en específico, con su seguridad, libertad y prosperidad”<sup>67</sup>. Esta cuestión ya se señalaba en la primera obra chilena de derecho administrativo: “El objeto pues de la administración son las necesidades *materiales* i *morales* de los pueblos; su fin, satisfacerlas con la mayor amplitud, i a

<sup>61</sup> LOUGHLIN, 2010, p. 447.

<sup>62</sup> RUBIN, 2005, p. 29. Clásicamente, esta es la explicación presentada por WEBER, 1978, pp. 956 y ss.

<sup>63</sup> RUBIN, 2005, p. 54.

<sup>64</sup> RUBIN, 2005, p. 26.

<sup>65</sup> FERRADA, 2007, pp. 76-77.

<sup>66</sup> DECRETO CON FUERZA DE LEY 1/19.653, de 2001. Según la disposición referida:

“Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes.

Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”.

<sup>67</sup> RUBIN, 2005, p. 28.

costa de sacrificios leves cuanto fuere posible”<sup>68</sup>. Por ello, puede afirmarse que el Estado administrativo moderno es *eudaimónico*, lo que significa que puede caracterizársele por la búsqueda del bienestar de las personas<sup>69</sup>.

En el caso chileno, pueden rastrearse rasgos del Estado administrativo infraestructural al menos desde la puesta en vigencia de la Constitución de 1833<sup>70</sup>, que estableció un modelo centralizado de Administración, cuya implementación en todo el territorio del Estado, mediante la ley de régimen interior de 1844, vertebró la organización administrativa en tres capas: el Estado, las municipalidades y los establecimientos públicos<sup>71</sup>. Desde fines del siglo XIX se produce en el país un aumento del empleo en el Estado, “creciendo de 3.000 en 1880 a 13.000 en 1900 y alcanzando los 27.000 en 1919”<sup>72</sup> y ya en los años veinte del siglo pasado, el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Economía concentrarán bajo su dependencia diversos órganos encargados de supervisar la actividad económica y el fomento industrial<sup>73</sup>, comenzando así el desarrollo de un modelo de Estado administrativo “interventor”<sup>74</sup> dotado de varias innovaciones institucionales: la organización del Banco Central, la Dirección de Impuestos Internos, las Cajas de Crédito, Cajas de Previsión, la Superintendencia de Abastecimientos y Precios (sucesora del Comisariato General de Subsistencias y Precios<sup>75</sup>), la Contraloría General de la República y, más tarde, la Corporación de Fomento de la Producción<sup>76</sup>. Se trató de una reestructuración orgánica de gran magnitud. Lo anterior, sumado a que, desde 1938, comienza “la incorporación de las empresas estatales al cuadro administrativo”<sup>77</sup> nacional.

Un caso comparado paradigmático de Estado administrativo infraestructural se encuentra en Estados Unidos, donde, desde los años treinta del siglo XX, se produjo el denominado *New Deal*, consistente en una reforma constitucional por vía interpretativa y legislativa del esquema institucional estadounidense, mediante la cual se puso en cuestión el sistema del *common law*, porque a él subyacían los principios constitucionalizados del *laissez-faire*, que –para los *new dealers*– configuraban la sociedad de manera ineficiente e injusta, lo que se unió a la opinión de que solo desde el poder ejecutivo podía darse respuesta a las necesidades públicas<sup>78</sup>. Así se atribuyeron poderes discrecionales a la Administración y se crearon órganos administrativos con funciones regulatorias, de

<sup>68</sup> PRADO, 1859, p. 11.

<sup>69</sup> RUBIN, 2005, p. 28.

<sup>70</sup> Al respecto, URZÚA y GARCÍA, 1971, pp. 24 y ss.

<sup>71</sup> PANTOJA, 1998, pp. 14 y ss.

<sup>72</sup> FAÚNDEZ, 2011, p. 77.

<sup>73</sup> Una detallada descripción de los servicios dependientes de dichos ministerios en VARAS, 1948, pp. 451-459.

<sup>74</sup> MUÑOZ, 1993, p. 21.

<sup>75</sup> Sobre este órgano, véase FAÚNDEZ, 2011, pp. 131 y ss.

<sup>76</sup> PANTOJA, 1998, p. 44.

<sup>77</sup> PANTOJA, 1998, p. 61.

<sup>78</sup> SUNSTEIN, 1990, pp. 18 y ss.

adjudicación y ejecución capaces de diseñar técnicamente las políticas públicas<sup>79</sup>. Como lo explica Sunstein,

“el *New Deal* ayudó a reivindicar una idea sencilla: nadie se opone realmente a la intervención del Estado. Incluso las personas que denuncian enfáticamente la interferencia estatal dependen de ella todos los días. Sus propios derechos no provienen de minimizar el Estado, sino que son un producto del Estado. El problema más simple con el *laissez-faire* no es que sea injusto o perjudicial para las personas pobres, sino que es una descripción irremediablemente inadecuada de cualquier sistema de libertad, incluidos los mercados libres. Los mercados y la riqueza dependen del Estado”<sup>80</sup>.

En la vertiente europea, y bajo la rúbrica “Estado social de derecho”, una aproximación similar fue también registrada por el constitucionalismo alemán de la posguerra<sup>81</sup>, lo que se conecta desde el derecho administrativo con una concepción de la Administración del Estado como aseguradora de las condiciones vitales de las personas, según lo explicó Forsthoff<sup>82</sup> creando el concepto de procura existencial (*Daseinsvorsorge*)<sup>83</sup>, o bien como prestadora o garantizadora de derechos sociales<sup>84</sup>, lo que significa excluir del mercado ciertos ámbitos de actividad económica por una decisión democrática apegada al Estado de Derecho, esto es, por razones constitucionalmente solventes, sin que por ello deje de prevalecer en todos los otros sectores la libertad individual, que debe regir tanto como sea posible<sup>85</sup>. Un régimen tal no puede calificarse como despótico-totalitario.

Lo que se ha dicho permite entender que el Estado administrativo infraestructural contemporáneo es un instrumento con una estructura orgánica definida, en donde las potestades de cada agencia pública y de sus funcionarios se encuentran circunscritas por el derecho vigente, cuestión que hace posible el control de la vinculación a derecho de la Administración, que no opera como un poder desnudo e ilimitado. Si bien es cierto que las decisiones administrativas tienen la capacidad de impactar la vida cotidiana de las personas –incluso con resultados que podrían considerarse indignantes (pérdida de beneficios, aplicación de sanciones, etcétera)–, lo cierto es que el poder administrativo contemporáneo parece ser muy débil cuando se trata de modificar las reglas sociales

---

<sup>79</sup> SUNSTEIN, 1990, p. 23; STEWART, 1975, p. 1676. Sobre el derecho administrativo del *New Deal*, véase SCHILLER, 2007, pp. 429 y ss.

<sup>80</sup> SUNSTEIN, 2004, p. 19.

<sup>81</sup> Como explica Böckenförde, esto obedeció a un cambio interpretativo de los derechos fundamentales: ya no solo eran una garantía y defensa frente al Estado, sino que fueron entendidos como una institución objetiva o una “definición de valores cuya función no es ya tanto delimitar y controlar al Estado como legitimar y estimular la realización de objetivos y tareas materiales”. Véase: BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 32.

<sup>82</sup> FORSTHOFF, 1958, pp. 473 y ss.

<sup>83</sup> FORSTHOFF, 1975, pp. 120-131.

<sup>84</sup> SCHMIDT-ASSMANN, 2003, pp. 143 y ss.

<sup>85</sup> ZACHER, 1987, pp. 1080-1081.

fundamentales y de dismantelar la distribución del poder político<sup>86</sup>. En este sentido, la doctrina temerosa del Estado administrativo despótico-totalitario desconfía de un modelo de Administración que no se encuentra vigente y, por ello, es empíricamente cuestionable.

Junto con lo anterior, el hecho de que en los Estados contemporáneos existan esquemas administrativos dirigidos a mejorar las condiciones materiales y espirituales de los ciudadanos permite controvertir también a nivel empírico uno de los supuestos del temor al despotismo-totalitarismo administrativo, esto es, que el Estado administrador es una máquina cuya finalidad inevitable es oprimir las libertades individuales.

### 3. *El temor al despotismo-totalitarismo administrativo como una fobia y sus falacias*

El temor al despotismo-totalitarismo administrativo en su recepción nacional puede enmarcarse en lo que Foucault denominó “fobia al Estado”. Con esa rúbrica identificó a fines de los años setenta del siglo XX la crítica general en contra de lo estatal, que se presenta como el cuestionamiento a unos supuestos efectos de la organización del Estado, a saber: su crecimiento indefinido, su omnipresencia, el fascismo en potencia que contiene y su violencia inmanente<sup>87</sup>. Se trata de una exageración del rol negativo del Estado en el ámbito social<sup>88</sup> que comporta una actitud semejante a la “fobia al despotismo”, que había tenido lugar durante el siglo XVII, y que consistió en una “inmensa, difícil y embrollada crítica del despotismo, de la tiranía, de la arbitrariedad”<sup>89</sup>.

Las causas de la fobia estatal del siglo XX son variadas. Entre estas se cuentan las prácticas y consecuencias producidas por la acción de ciertos Estados, algunos de ellos, totalitarios. Por ello, afirma Foucault que el antiestatismo “se nutrió, seguramente, [...] de la experiencia soviética desde la década de 1920, de la experiencia alemana del nazismo, de la planificación inglesa de la posguerra, etc.”<sup>90</sup>, aun cuando la fuente de la crítica está en las dos formas típicas de neoliberalismo: el alemán (ordoliberalismo) y el norteamericano, que tuvieron como objeto de impugnación la doctrina keynesiana implementada en la posguerra, así como las políticas económicas nacionalsocialistas de la Unión Soviética y, de modo general, el socialismo<sup>91</sup>. Uno de los orígenes, pues, de la fobia al Estado se halla en una doctrina que propone la utilización de los mecanismos del mercado con el objeto de sustituir por completo al Estado en las tareas sociales de asignar recursos y distribuir ingresos<sup>92</sup>.

La fobia al Estado se basa en dos ideas, a saber: (i) que el Estado tiende intrínsecamente a expandirse al punto de asfixiar a la sociedad civil, la que sería su objeto de

<sup>86</sup> MANN, 1984, p. 190.

<sup>87</sup> FOUCAULT, 2007, p. 218.

<sup>88</sup> DEAN y VILLADSEN, 2016, p. 1.

<sup>89</sup> FOUCAULT, 2007, p. 95.

<sup>90</sup> FOUCAULT, 2007, p. 94.

<sup>91</sup> FOUCAULT, 2007, pp. 97-98 y 221.

<sup>92</sup> VERGARA, 1984, p. 31.

ataque, y dicho ataque su finalidad (el “dinamismo intrínseco” del Estado), y (ii) que existe una inevitable evolución –una “continuidad genética”– entre diferentes formas estatales, que comienzan con el Estado administrativo, continúan con el benefactor, el burocrático, el fascista y acaban en el Estado totalitario<sup>93</sup>. “Estas dos ideas vecinas entre sí y que se sostienen una a otra –[primero,] que el Estado tiene una fuerza de expansión indefinida con respecto al objeto/blanco sociedad civil, y segundo, que las formas estatales se engendran unas a otras a partir de un dinamismo específico del Estado– constituyen [...] una especie de lugar común crítico que encontramos con mucha frecuencia en la hora actual”<sup>94</sup>. A estos ejes antiestatistas subyace la idea de que es en la sociedad –y no en el Estado– donde pueden encontrarse todas las soluciones, innovaciones y normas éticas que permiten proveer servicios públicos bajo un enfoque de satisfacción al cliente<sup>95</sup>.

Las explicaciones anteriores expresan un marco analítico general para la postura que teme al despotismo-totalitarismo en su variante administrativa. En el caso chileno, se hace posible, en primer lugar, comprender el dispositivo que subyace a este miedo a la Administración del Estado, a saber: una creencia en la expansión permanente del Estado a costa de la sociedad o los individuos y la idea de que la tarea del derecho administrativo es impedir el inevitable despotismo o totalitarismo de la Administración pública. En segundo lugar, la fobia al Estado permite comprender cómo la doctrina neoliberal influyó interesadamente en construir la imagen de una Administración que está persistentemente a la espera de salirse de los márgenes que le impone el derecho, cuestión que puede leerse en la versión de temor al despotismo-totalitarismo administrativo que proporciona Soto Kloss a propósito de la intervención en la propiedad y en la economía, tanto como en el ejercicio administrativo de potestades y privilegios.

Ahora bien, también apoyándose en Foucault, es posible sostener que la fobia al Estado administrativo es una argumentación que contiene varios defectos:

- (i) Produce observaciones intercambiables inapropiadas que generan una irremediable pendiente resbaladiza. En efecto, como es el mismo Estado aquel que inevitablemente se expande y evoluciona desde un tipo de Estado a otro cada vez más intenso hasta llegar a lo total, “un análisis, por ejemplo, de la seguridad social y del aparato administrativo sobre el que esta se apoya nos va a remitir, a partir de algunos deslizamientos y gracias al juego con algunas palabras, al análisis de los campos de concentración”<sup>96</sup>.
- (ii) Descalifica el todo –el Estado– con base en la peor de sus manifestaciones, porque “sea cual fuere el funcionamiento real del objeto del análisis, siempre se lo puede remitir, en nombre de un dinamismo intrínseco del Estado y de las formas últimas que ese dinamismo puede asumir, a algo que va a ser lo peor”<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> FOUCAULT, 2007, p. 218.

<sup>94</sup> FOUCAULT, 2007, p. 219.

<sup>95</sup> DEAN y VILLADSEN, 2016, p. 6.

<sup>96</sup> FOUCAULT, 2007, pp. 219-220.

<sup>97</sup> FOUCAULT, 2007, p. 220.

(iii) Elude la realidad sin evaluar si se enfrenta a un modelo de Estado diferente al “gran fantasma del Estado paranoico y devorador”: “Basta con encontrar, a través de la sospecha y [...] de la ‘denuncia’, algo parecido al perfil fantasmático del Estado para que ya no sea necesario analizar la actualidad”<sup>98</sup>.

Esto significa que el temor al Estado administrativo despótico-totalitario se basa en contenidos falaces y desconoce la evidencia –algo que ya fue mostrado en la sección anterior–, cuestión que queda confirmada al revisarse el modelo de Estado totalitario, que sería el tipo extremo al que –siguiendo el razonamiento de la fobia– se llegaría de admitirse la intervención administrativa.

La falacia de la idea del Estado administrativo totalitario queda expuesta al develarse que el totalitarismo en realidad es la hipertrofia de un elemento que se encuentra fuera de la Administración: el partido. Los Estados totalitarios hacen que el Estado pierda su autonomía y especificidad, algo que Arendt ya había planteado al abordar los orígenes del totalitarismo: en un régimen de este tipo, se confunden la Administración y las decisiones del partido, al punto que el derecho es solo una manera de encubrir y dar una apariencia de legitimidad a la arbitrariedad que realmente acontece, a saber: que los líderes de la organización política capturan a la Administración. En estos términos, la Administración del Estado pierde poder y es solo una fachada del verdadero poder que está radicado en el partido<sup>99</sup>. Es, pues, el modo de ejercicio del poder por medio del partido aquel que, como mecanismo extraestatal, limita y subordina al Estado: “El partido, esa organización muy extraordinaria, muy curiosa, muy novedosa, la muy novedosa gubernamentalidad de partido aparecida en Europa a fines del siglo XIX, es probablemente [...] lo que está en el origen histórico de algo como los regímenes totalitarios, como el nazismo, como el fascismo, como el estalinismo”<sup>100</sup>.

Con todo lo anterior en consideración, nuevamente es posible afirmar la inadecuación del temor al despotismo-totalitarismo en el derecho administrativo cuando se interviene en la economía y en la propiedad o al emplearse las potestades y privilegios de la Administración, esta vez, no porque el modelo al que pretende hacer frente sea el del Antiguo Régimen, sino porque el modelo del Estado totalitario no se corresponde con el Estado administrativo contemporáneo de las democracias capitalistas. Hay un *non sequitur* en la consideración de que un Estado administrativo irremediablemente se convertirá en uno totalitario o que la existencia histórica de Estados de ese tipo exige un alto temor a la Administración estatal. La mantención de estas falacias implica desfigurar el objeto de estudio del derecho administrativo y desatender los instrumentos que tiene el poder logístico del Estado administrativo infraestructural.

<sup>98</sup> FOUCAULT, 2007, pp. 220-221.

<sup>99</sup> ARENDT, 1973, p. 395.

<sup>100</sup> FOUCAULT, 2007, p. 224. En tal sentido, como lo afirman VILLADSEN y DEAN, 2012, p. 404, la implementación del Gobierno nazi constituyó un caso de antiestatismo radical.

## V. CONCLUSIONES

Al comienzo de artículo se formularon dos hipótesis. Conforme con la primera, en la doctrina nacional que teme al despotismo-totalitarismo de la Administración del Estado cuando esta interviene en la propiedad y en la economía o bien ejerce sus poderes exorbitantes, se replican unos razonamientos surgidos a partir de la crítica al despotismo monárquico bajo el supuesto de que el derecho administrativo es una organización que hunde sus raíces en el Antiguo Régimen. Según se argumentó, existe una continuidad entre las explicaciones de Soto Kloss, lector directo de Dicey, y las explicaciones acerca del derecho administrativo que este último proporciona basándose en Tocqueville. Esto permitió identificar un núcleo de ideas compartido entre esos autores, basado en la desconfianza frente a la Administración estatal, la indefectible afectación de las libertades individuales que ella produce cuando interviene, el despotismo absoluto original del derecho administrativo y la confirmación empírica de que la Administración se exceptiona del derecho común. Con este marco, de Dicey obtiene Soto Kloss la idea de impedir la existencia de un régimen exorbitante para la Administración del Estado, aun cuando con medios distintos: mientras en el derecho inglés el dispositivo es el *Rule of Law*, para el caso chileno se emplea como justificación la idea de igualdad ante la ley de la Administración y de los administrados, así como mediante el principio de subsidiariedad.

La segunda hipótesis propuesta, a saber: el temor al desborde despótico-totalitario de la Administración estatal cuando actúa en la economía, interviene en la propiedad y emplea sus potestades y privilegios, presenta problemas de falta de idoneidad conceptual, empírica y lógica. En cuanto a lo primero, se sostuvo aquí que esa concepción opera sobre la base de una definición del poder administrativo incapaz de definir el modo en que se configura y ejerce el poder público en los Estados contemporáneos. En efecto, el planteamiento temeroso del despotismo-totalitarismo administrativo considera el poder estatal como una mera capacidad causal y, por lo mismo, se le ha identificado con la coerción y la dominación. Esto contrasta con el poder infraestructural y logístico del Estado, que alude a la capacidad de penetración e implementación territorial de las medidas administrativas, lo que exige coordinación social y una acción impersonal. Este poder infraestructural y logístico se encuentra desconcentrado también en actores sociales no estatales y, por lo mismo, ya no resulta posible entender como poder despótico absoluto a un poder administrativo que no funciona de modo exclusivamente concentrado y coactivamente.

Respecto de la dificultad empírica del temor al despotismo-totalitarismo administrativo, se explicó cómo esta doctrina elude la manera en que se han organizado los Estados administrativos infraestructurales contemporáneos, los cuales, basándose en el bienestar de sus ciudadanos como justificación moral, disponen de medios para lograr ese cometido: potestades públicas dosificadas en un marco de competencias definidas para los órganos administrativos y sus funcionarios. La institucionalidad del *New Deal* estadounidense y el Estado social europeo son muestras de desarrollos estatales administrativos que no pueden calificarse como despóticos porque no tienen por objeto limitar los derechos individuales, sino que también fomentarlos, y porque son incapaces de arrasar con las

reglas sociales fundamentales y la distribución del poder social. La dificultad empírica se produce, también, cuando se considera al Estado totalitario como un Estado en que el poder administrativo se ha incrementado, cuando en realidad allí sucede otra cosa: el poder del partido aumenta y el de la Administración decrece.

En lo que se refiere a los cuestionamientos lógicos que es posible hacer a la doctrina temerosa del despotismo-totalitarismo administrativo, el aparataje foucaultiano de la fobia al Estado permitió entender cómo aquella se basa en saltos argumentativos mediante los cuales se postula la inevitabilidad del paso de un tipo de Estado a otro más intenso hasta llegar al estatismo totalitario, así como la vinculación entre algunas manifestaciones estatales negativas y la conclusión de que el Estado siempre producirá los peores efectos. Ambas premisas son falaces.

Para terminar, puede afirmarse —con Foucault otra vez— que la doctrina criticada en este texto tiene una alta dosis de asincronía desde su origen, lo que acaba por acreditar su desacierto. Esto obedece a lo siguiente: cuando surgió en Chile el temor al despotismo-totalitarismo administrativo (los años setenta del siglo XX), el problema del derecho administrativo era en realidad la *disminución* del poder del Estado, ya sea por la intervención del partido en la organización administrativa, o bien porque el neoliberalismo buscaba arrinconar la acción estatal<sup>101</sup>, y no, en cambio, la expansión de la estatalidad administrativa.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ARENDDT, Hannah, 1973: *The Origins of Totalitarianism*, San Diego-New York-London: Harcourt Brace & Company.
- ATRIA, F., LARRAÍN, G., BENAVENTE, J., COUSO, J., JOIGNANT, A., 2013: *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Santiago: Random House Mondadori.
- BLACK, Julia, 2001: “Decentring regulation: Understanding the role of regulation and self-regulation in a ‘Post-regulatory’ world”, *Current Legal Problems*, vol. 54, N° 1.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, 2000: *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid: Trotta.
- COGLIANESE, Cary y MENDELSON, Evan, 2010: “Meta-Regulation and Self-Regulation”, en BALDWIN, Robert, CAVE, Martin y LODGE, Martin (editores), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press, pp. 146-168.
- CRISTI, Renato, 2021: *La tiranía del mercado. El auge del neoliberalismo en Chile*, Santiago: Lom.
- DEAN, Mitchell y VILLADSEN, Kaspar, 2016: *State Phobia and Civil Society. The Political Legacy of Michel Foucault*, Stanford: Stanford University Press.
- DICEY, Albert, 1915: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis: Liberty Fund.
- DUGUIT, Léon, 1913: *Les transformations du droit public*, París: Librairie Armand Colin.
- FAÚNDEZ, Julio, 2011: *Democratización, desarrollo y legalidad*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

<sup>101</sup> FOUCAULT, 2007, pp. 224-225.

- FERRADA, Juan Carlos, 2007: "Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XX, N° 2. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000200004>
- FORSTHOFF, Ernst, 1975: *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- FORSTHOFF, Ernst, 1958: *Tratado de derecho administrativo*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- FOUCAULT, Michel, 2007: *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979)*, México: Fondo de Cultura Económica.
- HARLOW, Carol y RAWLINGS, Richard, 2009: *Law and Administration*, Cambridge: Cambridge University Press.
- HART, Herbert, 1994: *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- LOUGHLIN, Martin, 2010: *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press.
- MANN, Michael, 1984: "The autonomous power of the State: Its origins, mechanisms and results", *European Journal of Sociology*, vol. 25, N° 2. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0003975600004239>
- MANN, Michael, 2008: "Infrastructural Power Revisited", *Studies in Comparative International Development*, vol. 43. <https://doi.org/10.1007/s12116-008-9027-7>
- MEDEL, Catalina, 2016: "Regulación descentralizada como respuesta a las barreras de entrada de ERNC: los otros creadores de reglas del juego", en COUSO, Javier (editor), *Anuario de Derecho Público 2016*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 354-373.
- MUKERJI, Chandra, 2010: "The Territorial State as a Figured World of Power: Strategic, Logistics, and Impersonal Rule", *Sociological Theory*, vol. 28, N° 4. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9558.2010.01381.x>
- MUÑOZ, Óscar, 1993: *Después de las privatizaciones. Hacia el Estado regulador*, Santiago: Cieplan.
- PANTOJA, Rolando, 1998: *La organización administrativa del Estado*, Santiago: Editorial jurídica de Chile.
- PRADO, Santiago, 1859: *Principios elementales de derecho administrativo chileno. Adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional, siguiendo el plan y las teorías de varios autores*, Santiago: Imprenta Nacional.
- RUBIN, Edward, 2005: *Beyond Camelot. Rethinking Politics and Law for the Modern State*, Princeton-Oxford: Princeton University Press.
- SCHILLER, Reuel, 2007: "The Era of Deference: Courts, Expertise, and the Emergence of New Deal Administrative Law", *Michigan Law Review*, vol. 106, N° 3.
- SCHMIDT-ASSMANN, 2003: *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Madrid-Barcelona: Instituto Nacional de Administración Pública/Marcial Pons.
- SOTO KLOSS, Eduardo y ARÓSTICA, Iván, 1993: "La destrucción del Estado de derecho 1970-1973", *Revista de Derecho Público*, N° 53/54.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1970: "El acto administrativo" (Comentario bibliográfico), *Revista de Derecho Público*, N° 11.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1972: "Vigencia de las normas requisatorias de industrias y análisis de su aplicación", *Estudios jurídicos*, vol. I, N° 2.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1973a: "¿Existe un derecho administrativo inglés?", *Revista de Administración Pública*, N° 70.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1973b: "La requisación de industrias en la jurisprudencia de Contraloría General de la República: ¿Una hipótesis jurídica?", *Estudios Jurídicos*, vol. 2, N° 1-2.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1974a: "El decreto de insistencia ¿Es conforme al ordenamiento constitucional?", *Revista de Derecho Público*, N° 15.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1974b: "La competencia contencioso-administrativa de los tribunales ordinarios de justicia", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 1, N° 3-4.

- SOTO KLOSS, Eduardo, 1974c: "Poder y derecho", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 1, Nº 1.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1976: "Amparo judicial y recurso de protección", *Revista de Derecho Público*, Nºs 19/20.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1990: "La nulidad de derecho público en el Derecho chileno", *Revista de Derecho Público*, Nºs 47-48.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1996: *Derecho administrativo. Bases fundamentales*, Tomo I, Santiago: Editorial jurídica de Chile.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 2007: "La pretendida autotutela invalidatoria de la Administración", *Gaceta Jurídica*, Nº 325.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 2012: *Derecho administrativo. Temas fundamentales*, Santiago: Abeledo Perrot/Legal Publishing.
- SOTO, Pablo y GUILLOFF, Matías, 2018: "La voz de los ochenta: el Tribunal Constitucional contra el derecho administrativo", en FIGUEROA, Rodolfo (editor), *Anuario de Derecho Público 2018*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 392-430.
- STEWART, Richard, 1975: "The Reformation of American Administrative Law", *Harvard Law Review*, vol. 88, Nº 8. <https://doi.org/10.2307/1340207>
- SUNSTEIN, Cass, 1990: *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge: Harvard University Press.
- SUNSTEIN, Cass, 2004: *The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*, Nueva York: Basic Books.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, 2010: *Democracy in America*, Indianápolis: Liberty Fund.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, 2011: *The Ancien Régime and the French Revolution*, Cambridge: Cambridge University Press.
- URZÚA, Germán y GARCÍA, Anamaría, 1971: *Diagnóstico de la burocracia chilena (1818-1969)*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VARAS, Guillermo, 1948: *Derecho administrativo*, Santiago: Nascimento.
- VERGARA, Pilar, 1984: *Auge y caída del neoliberalismo en Chile*, Santiago: Flacso.
- VILLADSEN, Kaspar y DEAN, Mitchell, 2012, "State-Phobia, Civil Society, and a Certain Vitalism", *Constellations*, vol. 19, Nº 3. <https://doi.org/10.1111/cons.12006>
- WEBER, Max, 1978: *Economy and Society: An outline of interpretive sociology*, Berkeley-Los Angeles-Londres: University of California Press. ZACHER, Hans Friedrich, 1987: "Das soziale Staatsziel", en ISENSEE, Josef y KIRCHHOF, Paul (editores), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Tomo I, Heidelberg: C.F. Müller Juristische Verlag, pp. 1045-1111.

### *Normas jurídicas citadas*

CONSTITUCIÓN política de la República de Chile.

DECRETO con fuerza de ley 1/19653, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado, publicado el 17 de noviembre de 2001.

### *Jurisprudencia citada*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 18 de enero de 2018, rol 4012-17.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 18 de octubre de 2018, rol 3770-17.