

LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y LOS BIENES: ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO*

por SANTIAGO MONTT OYARZÚN

Egresado de Derecho, Universidad de Chile

I. Introducción

El Derecho no sólo regula un ámbito de las relaciones entre las personas, sino también la relación entre las personas y las cosas¹. Es una premisa indiscutible que la satisfacción de las necesidades humanas requiere de la utilización de los diversos recursos y bienes que la naturaleza y la propia inventiva humanas han puesto a su alcance.

Así como las personas individualmente consideradas utilizan las cosas con el fin de satisfacer sus propias necesidades, la autoridad en tanto encarnación de los intereses comunes y superiores de la colectividad —con independencia de la configuración histórica particular— también requiere de diversos bienes para cumplir las metas y objetivos que se le han asignado. Precisamente, la distinta naturaleza de las necesidades personales y colectivas, de los fines privados y públicos, de los intereses particulares y generales, constituye el elemento esencial que determina la existencia normativa, a lo largo de la historia, de dos ámbitos jurídicos diversos: uno patrimonial de derecho privado y otro distinto, conocido hoy como dominio público, sujeto a una regulación de derecho público².

El presente artículo intenta ser una introducción al *dominio público*, sobre su existencia y operatividad dentro del Estado Social de Derecho en Chile. Mientras en el derecho civil el capítulo destinado al estudio “de los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce”³ ha sido arduamente estudiado, el equivalente en el Derecho Administrativo no ha tenido la misma suerte. El acápite que define la particular relación de la Administración Pública⁴ con los bienes

* El presente artículo forma parte de la Memoria en desarrollo, titulada “Teoría General del Dominio Público”, necesaria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

¹ Sobre la existencia de relación entre las personas y las cosas, Guzmán Brito, Alejandro, *Las Cosas Incorpóreas en la Doctrina y en Derecho positivo*, Editorial Jurídica, Santiago, 1995, pp. 93-94: “Preliminarmente hay que advertir que es perfectamente posible una relación no sólo entre personas y cosas, más bien entre cosas. Se tendrá presente que la idea de relación es filosófica y no jurídica. Ya Aristóteles, su máximo expositor y teorizador en la antigüedad, la había considerado como una de las diez categorías del ser”.

² Vergara Blanco, Alejandro, “La Teoría del Dominio Público: el estado actual de la cuestión”, en *Revista de Derecho Público* N° 114, Madrid, 1989, pp. 31-32: “Nuestra herencia histórica consiste en que el Estado, jurídicamente, siempre ha tenido un vínculo con ciertos bienes”. Él mismo, “Los Bienes de la Nación: una oportunidad para el Desarrollo y Calidad de Vida de la Ciudadanía”, en *Ponencias del Seminario realizado por el Ministerio de Bienes Nacionales y la Honorable Cámara de Diputados en Valparaíso, el 7 de enero de 1999*, Valparaíso, 1999, p. 91, señala que “la historia de los textos jurídicos demuestra que, desde su origen, y a través de todo el desarrollo de los textos jurídicos que han precedido a los que conforman nuestro derecho vigente, el titular de la organización social (o su formulación actual: el Estado) se encuentra, desde el punto de vista jurídico, íntimamente vinculado con ciertos bienes llamados públicos”. Este último trabajo también publicado en *Revista Ius Publicum* N° 3, Santiago, 1999, pp. 73-83.

³ Título del segundo libro del Código Civil chileno.

⁴ En Chile, según lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la causa Rol N° 39 de 1986, la expresión “Administración Pública” es sinónima de “Administración del Estado”, superándose así una antigua dificultad terminológica. Sobre este

que les han sido confiados y que resultan esenciales para el cumplimiento de sus cometidos, esto es, el dominio público, ha sido escasamente cultivado entre nuestros juristas y, paradójicamente, la mayor parte de lo escrito es obra de civilistas.

Pero la sustancial diferencia entre propiedad privada y dominio público obliga a estudiar esta institución de manera autónoma y ligada a su verdadera vertiente: el Derecho Administrativo. Hoy en día la diferencia y distinción de este régimen jurídico respecto del derecho común se justifica, en síntesis, en la naturaleza misma de la Administración. El estatuto constitucional que la regula y su posición institucional hacen de ella una organización destinada por esencia al servicio de los intereses generales, "que no puede usar y disponer de los bienes que le pertenecen como un propietario particular o como una organización privada. Los bienes de la Administración están destinados al cumplimiento de los fines de interés público"⁵.

Tal posición de la Administración Pública otorga al derecho de las cosas en el derecho público un contenido propio, esencialmente diverso a su homólogo en el derecho privado, permitiendo una existencia y un desarrollo dogmático independientes⁶. Estas diferencias saltan a la vista y resultan en verdad radicales: "mientras la propiedad privada tiene una función social que delimita su contenido, la propiedad pública es función social en sí misma"⁷; así como la propiedad privada es "el más amplio derecho de señorío que puede tenerse sobre una cosa"⁸, el dominio público, más que un poder, es el *deber jurídico* de la Administración que la obliga al mantenimiento de tales bienes en el estado y condiciones necesarios para cumplir con las prestaciones ordenadas por el ordenamiento jurídico⁹; si para los sujetos privados la propiedad privada es una situación espontánea y no condicionada al cumplimiento de ninguna finalidad, los bienes que integran el dominio público presentan un rasgo característico "consistente en el papel central que desempeñan los fines que cada uno de ellos está llamado a desempeñar"¹⁰.

De tal manera, el dominio público está en la actualidad determinado por la naturaleza y característica de la Administración en el Estado de Derecho, y en definitiva, por los principios y fines de lo público y su regulación¹¹.

punto, Pantoja Bauzá, Rolando, *El Derecho Administrativo. Concepto, Características, Sistematización, Prospección*, Editorial Jurídica, Santiago, 1996, pp. 56-64.

⁵ Sánchez Morón, Miguel (Director), *Los Bienes Públicos (Régimen Jurídico)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, p. 20.

⁶ Cfr. Forsthoft, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, IEP, Madrid, 1958, pp. 481 y ss. Dicho autor, afirma categóricamente: "El Derecho de las cosas públicas es una materia de Derecho público con sello propio".

⁷ Font y Llovet, Tomás, "La ordenación constitucional del dominio público", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría T.V.*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, p. 3.934.

⁸ Definición de Wolff citada por Alessandri Rodríguez, Arturo, y Somarriva Undurraga, Manuel, *Curso de Derecho Civil. De los Bienes*, Tomo II, Editorial Nascimento, Santiago, 1957, p. 137.

⁹ Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, "Dominio Público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general", en *Revista de Administración Pública* 100-102, Madrid, 1983, p. 2.409.

¹⁰ Santamaría P., Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 503.

¹¹ Para terminar este primer punto, de gran validez se presentan las palabras de Radbruch, para quien la distinción Derecho Público y Derecho Privado resulta insoslayable, puesto que "estos conceptos no pueden eliminarse sin inconveniente de un orden jurídico positivo determinado, sino que proceden lógicamente a toda experiencia jurídica y poseen validez previa a ésta", citado por Parada Vázquez, José Ramón, "Derecho Administrativo, Derecho Privado, Derecho Garantizador", en *Revista de Administración Pública* N° 52, Madrid, 1996, p. 60. Una síntesis de la historia del *ius publicum* y *ius privatum* en Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo* Tomo I, Editorial Jurídica, Santiago 1996, pp. 222-227.

II. El dominio público dentro de la doctrina moderna del concepto de Derecho Administrativo

La aproximación dogmática al dominio público como aquella parte del Derecho Administrativo que trata la teoría de los bienes esenciales requeridos por la Administración para el cumplimiento de los fines que le impone la Constitución, obliga a detenerse brevemente en el concepto mismo de Derecho Administrativo y de Administración.

Siguiendo en este punto la doctrina mayoritariamente vigente en la actualidad, se adscribe aquí a la concepción subjetivista o estatutaria de García de Enterría, aunque con las observaciones que al final se indican¹². Frustrados los intentos de definir la Administración y su Derecho desde una perspectiva material, vale decir, a través de una supuesta función administrativa típica —como la escuela del servicio público de Duiguit y Jéze—, como asimismo desde el poder y las prerrogativas —en el caso de Hauriou—; o desde una perspectiva negativa, esto es, como aquella actividad que resta una vez detraídas la legislación y la justicia —como en el caso de Mayer—, la perspectiva del maestro español sigue dominando el panorama actual en el derecho comparado¹³.

Para García de Enterría, “la Administración no es para el Derecho una determinada función objetiva o material (de ahí el fracaso de las teorías funcionalistas), ni existe de una técnica formal de administrar aislable como prototípica, pues esta técnica es tan contingente históricamente como la función administrativa (de ahí el fracaso de la doctrina del servicio público)”¹⁴. Para el autor aquí seguido, el Derecho Administrativo es el derecho de la Administración, entendida esta última no como un complejo orgánico informe o “más o menos ocasional”, sino como una persona jurídica. El Derecho Administrativo es “un Derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de administraciones públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del derecho común”¹⁵.

García de Enterría ve en el reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado, realizado en Alemania en el siglo XIX, sobre las bases del idealismo hegeliano (Albrecht, Gerber, Laband y Jellinek), el origen del fracaso de la teoría funcionalista o material del Derecho Administrativo, ello toda vez que:

El hecho que se considere que la personalidad jurídica corresponde al Estado en su integridad y no a cada uno de sus poderes, hace que éstos pierdan sustantividad propia y se conviertan en simples

¹² Esta decisión, por lo demás, es ajustada al Derecho positivo chileno, e incluso en parte a nuestra tradición administrativista. En efecto, Pantoja Bauzá, Rolando, *La Organización Administrativa del Estado*, Santiago, 1998, p. 108, afirma que “el *ius* administrativismo chileno se ha inclinado por definir a la Administración Pública desde un punto de vista subjetivo. Ello significa considerar a la Administración del Estado ‘como sujeto, como persona’, dirá el profesor Iribarren (en cita: Iribarren, Juan Antonio, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Nascimento, 1936, p. 27)”. En el mismo sentido, Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*, Editorial Jurídica, Santiago, 1996, 4ª ed., p. 27.

¹³ Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, *El Concepto de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, p. 278: “En las circunstancias actuales y en atención a las exigencias del nuevo Estado democrático, social y de Derecho no sólo no puede hablarse de crisis de la concepción subjetiva de la disciplina, sino que ésta debe ser reafirmada como la única que continúa siendo capaz de explicar el fenómeno administrativo”.

¹⁴ Parejo Alfonso, Luciano, *op. cit.* (n. 13), p. 141.

¹⁵ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, 8ª ed., p. 37.

*expresiones orgánicas de aquel. . . El problema queda planteado de este modo en unos términos muy diferentes: ya no se ve en el Estado un conjunto de poderes individualizados (entre ellos el Poder Ejecutivo o Administración Pública), sino una persona jurídica única que realiza múltiples funciones, una de las cuales sería, precisamente, la de administrar. La cuestión será entonces la de averiguar en qué consiste, concretamente, esta función de administrar dentro del cuadro de las funciones generales del Estado*¹⁶.

En la doctrina expuesta por el español, la Administración definitivamente no es para el Derecho Administrativo una determinada función objetiva o material, sino que es una persona jurídica, personificación que representa “el dato primario y *sine qua non* del Derecho Administrativo”¹⁷.

Teniendo como presupuesto la personificación de la Administración, pueden entonces analizarse dos de las consecuencias que deriva García de Enterría de su concepto de Derecho Administrativo. En primer lugar, el Derecho Administrativo es un Derecho Público interno, y precisamente constituye una de sus ramas más importantes. En segundo lugar, se trata del derecho común de las Administraciones Públicas¹⁸, nota que le concede el carácter de derecho estatutario. Esto es, se trata de un “conjunto de normas cuyo objeto es la regulación de la organización y relaciones jurídicas de una clase concreta de sujetos, las Administraciones Públicas, que gozan así de ‘estatuto’ o régimen completo distinto del de los restantes sujetos jurídicos”¹⁹.

Junto a la concepción subjetivista o estatutaria de la Administración, la doctrina moderna, valorando la construcción de Hauriou, no deja de señalar como segundo pilar fundamental del Derecho Administrativo su carácter de ordenamiento con una elevada presencia de normas que establecen privilegios que resultan excepcionales respecto del derecho común. Si la Administración es una organización integrante del Estado, entonces “en su condición de poder público debe poseer *potestades autoritarias*, inusuales en el mundo privado, así como estar *sometida a una serie de limitaciones* también desconocidas, por lo común, en las relaciones entre particulares”²⁰. Por ello, el Derecho Administrativo presenta “privilegios en más y en menos”, usándose frecuentemente la expresión “potestades exorbitantes” para dar cuenta de los primeros. Aunque debe advertirse que el Derecho Administrativo no es un derecho privilegiado, toda vez que “junto a los privilegios, en más y en menos, que componen el estatuto singular de las Administraciones Públicas, existe todo un cuadro de garantías para los ciudadanos, que tiende a perfilar una situación de equilibrio”²¹.

No obstante que se adhiere aquí a las tesis antes expuestas, no puede dejar de mencionarse algunas de las críticas que se le han formulado. Ante el amplio y profundo desarrollo expansivo

¹⁶ *Ibid.*, p. 24.

¹⁷ *Ibid.*, p. 26. Esta concepción de la personalidad jurídica de la Administración la contrasta con la del Estado efectuada por los alemanes del siglo XIX en los siguientes términos: “Para un análisis jurídico un poco atento, el Estado no se presenta como un ente místico y totalizador, antes bien, como un simple *compositum* estructural del que interesa retener, y no difuminar, sus elementos reales y sustantivos” (*Ibid.*, p. 29).

¹⁸ Se habla de Administraciones Públicas, pues “no hay una sola Administración, sino una pluralidad de Administración Pública, titulares todas ellas de relaciones jurídico-administrativas” (*Ibid.*, p. 33). Este concepto alude en nuestro ordenamiento a todo el cuadro orgánico que integra la Administración del Estado, centralizada y descentralizada tanto funcional como territorialmente; esto es, se refiere a todos los órganos pertenecientes a la Administración del Estado.

¹⁹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *op. cit.* (n. 10), p. 71.

²⁰ *Ibid.*, p. 72.

²¹ García de Enterría, Eduardo, *op. cit.* (n. 14), p. 56.

de la actividad administrativa material, parte de la doctrina de las últimas dos décadas ha intentado dar un paso adelante en la concepción del Derecho Administrativo, poniendo, una vez más, el acento en la función-finalidad que la Constitución asigna a la Administración Pública. El fundamento de las nuevas visiones radica en que, en la actualidad, la interpenetración de Estado y Sociedad —y así el fin de su característica oposición decimonómica—, y la progresiva incapacidad del primero para realizar en forma autoritaria y unilateral el bien común, impiden comprender el Derecho Administrativo únicamente como una excepción exorbitante frente al Derecho Común²²; lo público es ya tan parte de la vida social como lo privado, y de hecho interactúan de forma intensa y diversificada²³. Como exponente de esta doctrina, Sánchez Morón define la Administración, más que como persona jurídica, como “aquella institución pública que se singulariza (y se legitima) por su función de servicio (con objetividad) de los intereses generales. De esta definición constitucional debe partir hoy en día la construcción dogmática del derecho administrativo. En otras palabras, la Administración es una organización destinada al servicio de la sociedad, del bien común, de los intereses generales que han sido definidos por las normas jurídicas y, en el marco de las mismas, por los órganos gubernativos democráticamente elegidos (de manera directa o indirecta) por los ciudadanos”²⁴.

En definitiva, para esta nueva corriente, “la sustancia del Derecho Administrativo hace tiempo que se ha desplazado hacia la Administración prestacional lato sentido y al concepto clave de prestación, con sus elementos típicos: principio de eficacia y eficiencia, servicio al ciudadano e intercambio y correlación entre prestación y contraprestación”²⁵, de lo cual se sigue que la concepción estatutaria se presenta como excesivamente formal y, por ello, “incompleta como clave explicativa”²⁶.

III. El Derecho Administrativo en Chile, y su renovación conforme a la Constitución de 1980

Nuestra cultura jurídica nacional, tanto en el foro como en la academia, se encuentra aún bajo el influjo de ciertos traumas políticos, situación que determina un importante desconocimien-

²² Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, Jiménez-Blanco, Antonio y Ortega Álvarez, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Ariel, S.A., Madrid 1998, 5ª ed., p. 22.

²³ Cfr. Sánchez Morón, Miguel, *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, p. 97. Ahí mismo este autor señala: “Por eso, está claro (hoy más que ayer) que los intereses que el Estado asume, gestiona y tutela no son extraños a los intereses sociales, aquellos que los órganos políticos representativos de la sociedad han acordado democráticamente elevar a la categoría de intereses públicos o generales, prestándoles los medios públicos de gestión que el derecho establece”. En el mismo sentido, Parejo Alfonso, Luciano, *op. cit.* (n. 22), p. 20: “La ampliación y diversificación del papel y de las funciones estatales ha debido ir cumpliéndose sin referencia a un esquema teórico coherente, y además en un ambiente de relativización de la diferenciación y contraposición clásicas entre interés público y privado, preparada y alimentada por la consolidación del Estado social (la contraposición ahora es más bien entre el interés general y el particular)”.

²⁴ Sánchez Morón, *op. cit.* (n. 23), p. 99. En la página siguiente, cita al italiano G. Arena, quien “ha puesto de relieve cómo el derecho administrativo moderno se polariza cada vez más en torno al binomio función (de la Administración)-interés (del ciudadano usuario de los servicios públicos) en vez del binomio autoridad-libertad. Eso significa que la consideración jurídica de la Administración se ha desplazado desde el «poder» a la «función». En consecuencia, sin que ello suponga olvidar que hay áreas en que la dialéctica autoridad-libertad sigue teniendo vigencia, la consideración de la Administración como «ejecución» de la ley y la función de garantía de esta última dejan paulatinamente paso a otra concepción, propia de la Administración prestacional, en la que lo decisivo es el desarrollo eficiente e imparcial por la Administración de la función que la ley le asigna”.

²⁵ Parejo Alfonso, Luciano, *op. cit.* (n. 22), p. 30.

²⁶ Parejo Alfonso, *op. cit.* (n. 22), p. 28. Precisa, más radicalmente, con la siguiente afirmación: “Se explica, pues, la dificultad de esta concepción para la integración en la construcción que sustenta del rico fenómeno de la actividad prestacional y de los más

to del Derecho Administrativo, e incluso una especial desconfianza hacia el mismo. Por ello, antes de iniciar una exposición del Dominio Público —la que se pronunciará en favor de ampliar los límites del mismo respecto de la concepción ortodoxa que se tiene de él en nuestro país—, parece conveniente hacer una breve referencia a la verdadera y profunda vocación garantizadora del Derecho Administrativo contemporáneo.

Según lo señala Soto Kloss, en nuestro país, “hasta la década del 60, incluida, la enseñanza del Derecho Constitucional suele vagar en el empíreo de las generalidades, y el Derecho Administrativo vaga en las nebulosas de la teoría del servicio público, y tiene mucho más de ciencia de la administración que propiamente de Derecho Administrativo”²⁷. Esta falencia académica es tanto causa como efecto de una concepción del Estado de raigambre profundamente autoritaria, lo “que constituyó el elemento que vino a reafirmar, desde el punto de vista ideológico, el olvido o menosprecio de la defensa o tutela de los derechos fundamentales frente al poder estatal. Este tercer elemento no es otro que el agudo *estatismo* de las concepciones bajo las que se enseñan tanto el Derecho Constitucional como el Administrativo”²⁸. A ello se agregan otras tres razones que ayudan a acentuar este trauma: la inmunidad jurisdiccional de la Administración creada por la ausencia de tribunales administrativos, la consecuente inimpugnabilidad de los actos de la Administración y la irresponsabilidad jurídica en su actuar.

Como consecuencia de ello, el Derecho Administrativo fue siempre una materia “sin mayor hondura, sin que calaran en los alumnos, disciplinas periféricas, intrascendentes finalmente en los estudios, y cuya enseñanza fue muy pronto y fácilmente olvidada, ya que aparecía o puramente teórica o meramente libresca, *sin aplicación práctica en los tribunales*”²⁹.

Junto a nuestras particulares razones regionales, deben sumarse otras de carácter universal. Aunque no se pretende analizarlas en este trabajo, vale la pena dar una breve relación de ellas. Se trata del “proceso de constante degradación de la credibilidad de las estructuras estatales a ojos del ciudadano y, consecuentemente, de la confianza del mismo en la capacidad de dichas estructuras, en su conjunto, para afrontar, analizar y resolver con racionalidad y eficacia los cada vez más complejos e intrincados problemas sociales y comunitarios”³⁰.

Ahora bien, la visión autoritaria del Estado y, en especial, la falta de enjuiciabilidad de la actividad administrativa —situaciones que cuestionaban la existencia de un verdadero Estado de Derecho en Chile— han visto en definitiva su término en Chile con la promulgación de la Constitución de 1980. Al respecto, nuestra Carta Fundamental es inequívoca en establecer las siguientes premisas esenciales del sistema político y jurídico nacional: la servicialidad como razón de ser del Estado, el bien común como la finalidad del Estado, y la dignidad de la persona humana como el gran y primordial principio que debe inspirar la acción pública³¹.

Como consecuencia, la nueva Constitución y los nuevos valores que ha impuesto obligan a replantear y redefinir el rol y función del Derecho Administrativo, situándolo en su posición

recientes, que incorporan elementos arbitrales, negociales, consensuales, informativos, suasorios, etc., a la actividad administrativa” (p. 28).

²⁷ Soto Kloss, Eduardo, *op. cit.* (n. 11), p. 22.

²⁸ *Ibid.*, p. 23.

²⁹ *Ibid.*, p. 26.

³⁰ Parejo Alfonso, Luciano, *op. cit.* (n. 13), p. 178.

³¹ Pantoja Bauzá, Rolando, *op. cit.* (n. 12), p. 168-169. Sobre la “Servicialidad del Estado”; ver además las “XXVI Jornadas de Derecho Público” en la *Revista de Derecho Público* 57/58, Santiago, 1995.

garantizadora que lo distingue e identifica en todos los Estados Sociales de Derecho del mundo continental³². En efecto, la existencia de un sujeto especial —la Administración Pública— dotado de poderes exorbitantes exige la presencia de un Derecho que establezca cuidadosas reglas de atribución y control de los mismos. Por el contrario, el Derecho común, basado en la conmutatividad y en la supuesta igualdad de los partícipes, se presenta por completo insuficiente para asegurar la efectiva protección de las garantías constitucionales de los ciudadanos frente a la acción estatal³³.

El Derecho Administrativo tiene un contenido tridimensional, dentro del cual la vertiente garantizadora es sin duda la más trascendente: “Un sector de sus normas regula la organización administrativa; otro, las relaciones entre entes públicos, y el tercero, sin duda el más importante y que fue justamente el que determinó la aparición de esta rama del Derecho, se ocupa de las relaciones entre los entes públicos y los particulares, conjugando las prerrogativas de aquéllos con las garantías que el Estado de Derecho postula para todo sujeto del ordenamiento jurídico” (destacado nuestro)³⁴. Se trata de una disciplina cuyo objetivo principal y más permanente es lograr un complejo y delicado equilibrio entre lo público y lo privado, entre la prerrogativa y la garantía, tal como lo expone magistralmente Eduardo García de Enterría:

El Derecho Administrativo, como Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas, está hecho, pues, de un equilibrio (por supuesto, difícil, pero posible) entre privilegios [de la Administración] y garantías [de los ciudadanos]. En último término, todos los problemas jurídico-administrativos consisten —y esto conviene tenerlo bien presente— en buscar ese equilibrio, asegurarlo cuando se ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido. En definitiva de lo que se trata es de perseguir y obtener el eficaz servicio del interés general, sin mengua de las situaciones jurídicas, igualmente respetables, de los ciudadanos³⁵.

Es por ello que la presencia de una regulación de Derecho Administrativo constituye garantía y tranquilidad para el ciudadano, por la especial vinculación que su aplicación conlleva para el órgano con el ordenamiento jurídico constitucional y por su vocación de protección de los derechos fundamentales que asegura la Carta Política.

En atención a lo anterior, ya parece ser tiempo que el trauma hacia el Derecho Administrativo desaparezca, y se lo comience a apreciar en su real dimensión: una de las más importantes construcciones jurídicas garantísticas del ciudadano frente al Poder Político³⁶.

³² Cfr. Oelckers Camus, Osvaldo, “Los nuevos roles de la Administración Pública contemporánea y su regulación por el Derecho Administrativo”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, VIII, año 1984, p. 197. Para el autor: “El Derecho Administrativo del porvenir no debe tener sino como meta el ser definidor de derechos y obligaciones para el administrado frente al poder público. Es esa función la primera y más importante garantía que se puede ofrecer al ciudadano con el fin de que se le reconozcan sus derechos elementales y la eficaz defensa jurisdiccional de ellos. En ese sentido el Derecho Administrativo se debe constituir en un ordenamiento garantizador, que debe procurar un equilibrio entre autoridad y libertad, un derecho de elaboración participativa que constituya, sin lugar a dudas, la fuerza jurídica de su cumplimiento”.

³³ Cfr. Soto Kloss, Eduardo, *op. cit.* (n. 11), p. 37, es claro a este respecto: “Esas relaciones que unen al ciudadano con el Estado/ Administración no son regidas por el derecho privado, no son relaciones de conmutación, no persiguen los mismos intereses los sujetos coordinados por ella; es otro Derecho, que ha de tener en cuenta precisamente ese equilibrio entre la autoridad que busca el bien del todo y el ciudadano que busca su propio bien”.

³⁴ Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo* Vol. I/1, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, 11ª ed., p. 62.

³⁵ García de Enterría, Eduardo, *op. cit.* (n. 14), p. 45.

³⁶ La doctrina comparada parece haber dado aquí otro paso adelante. Según Sánchez Morón, *op. cit.* (n. 23), pp. 102-103: “Dada la posición constitucional que la Administración tiene asignada al servicio de la sociedad, para la que es insustituible por sus propias características, el *leitmotiv* del derecho administrativo no puede limitarse a la defensa a ultranza de los intereses individuales

El patrimonio estatal —o, si se prefiere, los bienes que son objetos de intervención de la Administración— está fracturado en dos partes, toda vez que “el régimen jurídico de los bienes de la Administración se halla hoy montado sobre la *summa divisio* que distingue los bienes de dominio público (o demaniales) de los bienes patrimoniales”³⁷. Mientras los primeros refieren a normas y principios de Derecho Público, los segundos conducen a los preceptos del derecho común.

Los bienes demaniales se distinguen frente a los patrimoniales por la especialidad de su protección y utilización. “El régimen jurídico del dominio público está compuesto, en principio, por un conjunto de medidas tendientes a proporcionar a los bienes demanializados una especial protección frente a los ataques que puedan padecer y que perjudiquen la función pública que se está prestando con ellos. Por otra parte, comporta un régimen de especial utilización de las mismas. En conjunto, ambas medidas, protección y utilización, consiguen que el dominio público no pueda intervenir en el tráfico del mismo modo que el resto de los bienes patrimoniales”³⁸. Precisamente, esta exorbitancia del estatuto del dominio público no puede ser extendida a todos los bienes que utiliza la Administración para el cumplimiento de los fines que le encomienda el ordenamiento, lo que determina en definitiva la decisión de remitir al derecho privado la definición de las potestades, derechos y obligaciones de la autoridad y el manejo de sus bienes³⁹.

“La construcción del dominio público queda enmarcada en la polémica división del Derecho en público y privado”⁴⁰, y precisamente producto de esta encrucijada normativa se producen las mayores dificultades conceptuales. Aunque no se pretende abordar en este artículo un problema de mayor generalidad, es fundamental hacer mención a una premisa básica respecto del dominio privado del Estado: *la utilización del derecho privado por la Administración es siempre instrumental*.

Definido el Derecho Administrativo como el Derecho estatutario de la Administración, y tomando especialmente en consideración la posición privilegiada de este sujeto y la fundamental seguridad de los ciudadanos, debe concluirse que está prohibido a la autoridad la utilización *pura y simple* del derecho privado. En efecto, la autonomía de la voluntad y la libre determinación que caracterizan al Derecho privado en tanto ordenamiento conmutativo no son conciliables con la razón de ser y finalidad del Estado.

Ahora bien, de lo anterior no se deduce una absoluta interdicción para la Administración de actuar conforme al derecho privado —la que obviamente no existe—, sino que toda utilización del mismo por parte de la autoridad debe respetar ciertas premisas y principios en orden a mantener vigente el sentido garantizador del Derecho Administrativo. En efecto, según García de Enterría, ninguna remisión al Derecho Privado puede hacer que la Administración quede fuera del alcance de los preceptos básicos del Derecho Público. Siempre existe un “núcleo

(de personas, grupos, sociedades o entidades privadas, más o menos poderosas o desvalidas) frente a la Administración (...) El derecho administrativo, rectamente entendido, no puede ser —aquí y ahora como en todas partes y en todo tiempo— sino el reflejo del equilibrio entre el interés general y los intereses privados, entre las potestades administrativas y los derechos particulares”.

³⁷ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *op. cit.* (n. 10), Tomo II, p. 504.

³⁸ González García, Julio, *La Titularidad de los Bienes del Dominio Público*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1998, p. 69.

³⁹ *Cf. Ibid.*, p. 14: “Si se obrara con rigor y todo bien público fuera de dominio público, una categoría presidida por la excepcionalidad se transformaría en ordinaria y, consiguientemente, perdería todo el sentido que pudiera tener”.

⁴⁰ Parejo Alfonso, Luciano, *op. cit.* (n. 9), p. 2.381.

primero e irreductible de Derecho Público que acompaña o precede inexcusablemente a toda actuación de Derecho Privado de la Administración". Ese núcleo público no es sino "la expresión del centro subjetivo último de la Administración como organización política, como «poder público» en el sentido de la Constitución, el que somete, domina e instrumentaliza todas las manifestaciones orgánicas y funciones de la Administración". "Por otra parte, el Derecho Administrativo es el Derecho necesario para la actuación del «poder público» que la Administración inexcusablemente es, y que como tal poder sólo puede justificarse en la Ley y no en el arbitrio de ninguna persona individual"⁴¹.

Sin embargo, y frente a la pretensión monopolizante de la actividad administrativa por parte del Derecho Administrativo, de un tiempo a la fecha, y como consecuencia de los deberes de eficiencia y eficacia que el Estado Social de Derecho exige a la Administración Pública⁴², se ha tornado frecuente e intensa la utilización por parte de ésta del Derecho Privado, en lo que se conoce como la "huida del Derecho Administrativo"⁴³. Se trata de un nuevo equilibrio jurídico que privilegia en muchos aspectos la flexibilidad y desenvolvimiento de las fórmulas y mecanismos del derecho civil y mercantil sobre su antagonista el Administrativo. Pero, por otra parte, la "huida del Derecho Administrativo" entraña graves peligros y amenazas a los particulares, que la doctrina no ha dejado de notar. Por ejemplo, en el campo de la autoorganización de la Administración, "la utilización instrumental de la empresa pública bajo innumerables ropajes jurídico-privados burla numerosas garantías y principios generales del Derecho al amparo de la libertad de elección de formas jurídicas"⁴⁴. Fenómeno similar se produce en el ámbito de la contratación entre la Administración y los particulares⁴⁵.

En definitiva, es innegable que se ha abierto una nueva fuente de legitimación democrática a la utilización del Derecho Privado por parte de la Administración. Ello obliga a estudiar con

⁴¹ García de Enterría, Eduardo, *op.cit.* (n. 14), p. 49.

⁴² Cfr. Cea Egaña, José Luis, "Utilización por la Administración Pública del Derecho privado", en *Revista de Derecho Público*, 40, año 1996, p. 82. Según Cea, "resulta imperativo incrementar la utilización del Derecho Privado por la Administración Pública para que ésta gane en eficiencia y, por ende, en legitimidad dentro del Estado de Derecho y la Democracia Constitucional". Por su parte, Mallaret García, Elisenda, "El Derecho de la Administración Pública: Derecho Público y Derecho Privado; la relevancia de los principios constitucionales", en *Derecho Público y Derecho Privado en la actuación de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid 1999, p. 12, señala que "el gran reto del Derecho Administrativo como Derecho propio de la Administración, ha sido siempre aunar garantías y eficacias". Además, Sala Arquel, José Manuel, "Huida al Derecho y Huida del Derecho", en *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 75, Editorial Civitas, Madrid, 1992; Borrajo Iniesta, Ignacio, "El Intento de huir del Derecho Administrativo", en *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 78, Editorial Civitas, Madrid, 1993.

⁴³ Cfr. Rivero Ortega, Ricardo, *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid 1998, p. 15: "El Derecho constitucional y su expresión concretizada, el Derecho Administrativo, ofrecen técnicas cada vez más acabadas para restringir la esfera de la libertad de los poderes públicos en beneficio de la esfera de libertad de los ciudadanos. El precio que la Administración tiene que pagar por sus prerrogativas es cada día más alto y se convierte en un lastre imposible de sobrellevar cuando pretende responder a las múltiples exigencias del Estado Social".

⁴⁴ Montoya Martín, Encarnación, *Las Empresas Públicas sometidas al Derecho Privado*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid 1996, p. 75. Para esta autora, "el problema más grave que en estos momentos surge como consecuencia de la utilización instrumental de formas societarias, básicamente mercantiles, es el debilitamiento solapado de las garantías que el Derecho Administrativo reconoce a los administrados... El estudio del régimen jurídico de las entidades instrumentales en forma de sociedad mercantil pondrá de relieve una gran paradoja: el empleo de las técnicas organizatorias propias del Derecho mercantil poco a poco va removiendo los cimientos de un Derecho Administrativo, históricamente fraguado como la parte del ordenamiento jurídico que plasma la conquista de las garantías del Estado en esta última etapa configurado como Social y Democrático de Derecho... Mas este punto de madurez jurídica coincide en la práctica con su cenit, pues basta que la Administración constituya una entidad instrumental bajo forma jurídico-privada para que de un "plumazo" todos aquellos principios dejen sustancialmente de ser de aplicación, o cuanto menos pasen a ser de aplicación harto discutida, siendo así que la Constitución no subordina dichos elementales principios a forma jurídica alguna" (pp. 200-201).

⁴⁵ Cfr. Cea Egaña, José Luis, *op.cit.* (n. 42), p. 83.

especial atención e “imparcialidad” todas aquellas instituciones que se enmarcan entre lo público y lo privado, como es el caso de los bienes de dominio público.

De tal manera, si mientras algunos de los bienes del Estado se encuentran sujetos a un estatuto exorbitante de Derecho Público, especialmente de protección y utilización, destinado a mantener la afectación al interés general, otros se encuentran sometidos a las facultades ordinarias que el derecho común reconoce al *dominus*. Precisamente, en este último caso, no debe jamás dejar de tenerse en cuenta que se trata de una utilización instrumental de Derecho Civil por parte de la Administración⁴⁶, en la que debe buscarse siempre un adecuado equilibrio entre protección al ciudadano y eficacia de la Administración, situación que presupone la “prevalencia de un núcleo irreductible de Derecho Administrativo y de salvaguarda de los derechos fundamentales”⁴⁷.

El dominio público se encuentra a horcajadas entre el Derecho Público y el Privado, y esta división en el patrimonio estatal es causa que dicha noción haya “resultado ser una de las más controvertidas del Derecho Administrativo”⁴⁸. De ahí que la conceptualización del dominio público y de su correlativo, el dominio privado, esté dada por un difícil equilibrio entre la utilización del Derecho Administrativo y del Privado. Contribuyen a ello la divergencia en la doctrina, la confusa regulación positiva y, principalmente, el hecho que el dominio público está integrado por un abigarrado conjunto de bienes, todos muy disímiles entre sí.

V. Dominio público como categoría comprensiva de los bienes afectos al uso público y de los bienes del Estado afectos al servicio público

La construcción jurídica del dominio público en Chile ha sido obra de civilistas, y precisamente de aquellos que han calado tan hondo en el espíritu nacional, que pocos se han atrevido a discutirlos en los muchos años ya transcurridos. Nos referimos aquí principalmente a Alessandri y Claro Solar, cuya potencia intelectual ha fijado el derecho chileno casi en la forma de una codificación. Tales autores, en sus libros escritos en la década del '30, afirmaron la asimilación total y absoluta entre dominio público-bienes afectos al uso público, y dominio privado-bienes del Estado, en base a la clasificación que establece el artículo 589 del Código Civil chileno.

Pero hoy en día tal concepción del dominio público no es sostenible. Reconociendo —como lo hicimos en el punto anterior— que el patrimonio estatal se monta en la gran división derecho

⁴⁶ Cfr. García de Enterría, *op. cit.* (n. 14), p. 51: “En el ámbito del Derecho patrimonial, la utilización por la Administración de formas y técnicas de Derecho Privado tiene normalmente el mismo carácter instrumental que antes hemos visto a propósito del Derecho de organización. La utilización del Derecho patrimonial privado por la Administración Pública es una utilización técnica, en cuanto este Derecho ofrece esquemas técnicos objetivos susceptibles de ser usados en vista de la consecución de los fines propios del sujeto. También en este caso existe un núcleo último irreductible de carácter público”.

⁴⁷ Montoya Martín, Encarnación, *op. cit.* (n. 44), p. 77.

⁴⁸ Font i Llovet, Tomás, *op. cit.* (n. 7), p. 3917. Vergara Blanco, Alejandro, *op. cit.* (n. 2), p. 28, se refiere a las siguientes palabras de Alejandro Nieto respecto del concepto de dominio público: “uno de los torneos dogmáticos más persistentes de la cultura jurídica europea”.

público-derecho privado, tensión que sigue estando pendiente⁴⁹, es necesario restablecer el equilibrio quebrado por los civilistas en favor del Derecho Civil, pero ahora en favor del Administrativo⁵⁰. Este nuevo estado de cosas obedece tanto a razones lógico-jurídicas, como políticas —la vocación garantística que caracteriza el Derecho Administrativo— como a la mayor concordancia de dicha tesis con los textos positivos que establecen un régimen de bienes exorbitantes respecto del Derecho privado⁵¹.

En efecto, habiéndose seguido aquí una concepción estatutaria o subjetivista de la Administración Pública y del Derecho que la regula —doctrina que domina el escenario del derecho comparado, y la que además resulta plenamente compatible con los pronunciamientos de la Contraloría General de la República⁵²— resulta lógico caracterizar el dominio público —al menos en una primera aproximación—, como aquel comprendido por bienes cuya titularidad corresponde a una Administración Pública (en sentido lato)⁵³, categoría comprensiva tanto de los bienes de uso público como de los bienes del Estado afectos al servicio público. Dicho planteamiento permite afirmar, contrariamente a lo sostenido por Claro Solar y por Alessandri, que los bienes del Estado, esto es, aquellos cuyo titular es una Administración Pública, son *prima facie* bienes de dominio público.

⁴⁹ Según Menéndez Rexach, "el tema de los bienes patrimoniales sigue estando pendiente, como casi todas las instituciones que se sitúan en la frontera de la *summa divisio*, entre el Derecho público y el Derecho privado". Citado por González García, Julio, *op. cit.* (n. 38), p. 70.

⁵⁰ A favor de esta tesis, Forsthoff, Ernst, *op. cit.* (n. 6), p. 484, quien afirma expresamente: "Otro número no pequeño de opiniones doctrinales prefieren, por su parte, limitar el concepto de cosas públicas a las cosas de uso común, lo que implica, como consecuencia, someter al Derecho civil incluso el patrimonio administrativo. Sin embargo, esto no se halla de acuerdo con la posición jurídica que ocupan las cosas de servicio público, sobre las que, además de las reglas del Derecho civil, imperan las del Derecho público, incluso con primacía sobre las otras. Por esta razón, los objetos del patrimonio administrativo forman parte de las cosas públicas" (destacado nuestro).

⁵¹ A este respecto, capitales son las palabras de Sánchez Morón, *op. cit.* (n. 23), pp. 94-95: "Es preciso tener en cuenta que cabe inferir de la evolución social e institucional, pues es evidente que el Derecho Público, sin perjuicio de su carácter normativo, no puede dar la espalda a la realidad. Quiero decir con ello que no puede asentarse sobre concepciones de la sociedad y del Estado y de sus relaciones recíprocas que no se corresponden (o no se corresponden ya) con la realidad histórica. Por eso la doctrina jurídica necesita actualizar periódicamente su bagaje de ideas y conceptos, so pena de quedar desconectada del devenir social y, en consecuencia, ver reducida la capacidad explicativa (de fenómenos nuevos que no encajan en los moldes preestablecidos), ordenadora y de resolución de conflictos que le es propia" (destacado nuestro).

⁵² En efecto, y según lo explica Pantoja Bauzá, Rolando, *El Derecho Administrativo. Clasicismo y Modernidad*, Editorial Jurídica, Santiago, 1994, pp. 218-220: "Aparecen tres grandes pilares, principios o ideas matrices, como elementos articuladores y condicionantes de toda la representación mental que la Contraloría se ha forjado y tiene de la Administración Pública. El primero de ellos consiste en partir del supuesto de que la Administración del Estado, por el solo hecho de ser tal por naturaleza, por esencia, per se, está sometida al Derecho Público administrativo y sólo a él". "Pues bien, la Administración del Estado, constituida por personas jurídicas de derecho público, representativas de una forma original de servicios públicos, es para la jurisprudencia el sector público, y este sector público se halla sometido in integrum al Derecho Público: 'En otras palabras, podría decirse que los servicios públicos determinan el sector público frente al sector privado', dijo el dictamen N° 23.379, de 1959, y se caracterizan por estar sometidos a 'un procedimiento de Derecho Público', a un régimen jurídico especial (dictamen N° 65.338, de 1963). Esto quiere decir que "mientras las personas privadas se rigen por el derecho privado, particularmente por el Derecho Civil, las personas públicas se rigen por leyes especiales, por leyes de Derecho Público (dictamen N° 13.592, de 1971). ¿Cuánta extensión adquiere este primer principio implícito en la jurisprudencia de la Contraloría General? Absoluto. Así lo manifestó perentoriamente el Organismo Contralor en un ilustrativo dictamen, el oficio N° 26.146, de 1993, al recoger anteriores pronunciamientos y expresar en consecuencia una doctrina jurisprudencial firme, incluso respecto de un organismos afecto solamente a su fiscalización financiera y no de toma de razón".

⁵³ Cfr. Sánchez Morón, *op. cit.* (n. 5), p. 19. Morell Ocaña, Luis, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Universidad Complutense, Madrid, 1989, p. 13: "La reconstrucción, en el siglo XIX, de la teoría del dominio público, toma como punto de partida estos dos rasgos: la extracomercialidad de estos fines y su afectación a necesidades de interés general. Pero añade otra, decisiva para la proyección ulterior de la teoría, que es la de la titularidad. Este referente subjetivo se ha ido formando lentamente, como síntesis de elementos a veces contradictorios entre sí" (destacado nuestro).

Como consecuencia de esta concepción moderna del Derecho Administrativo, en la actualidad resulta más difícil determinar el contenido, los límites y la extensión del dominio privado del Estado que los propios del dominio público, situación que en el fondo no es sino manifestación de un problema más general del ordenamiento⁵⁴. Las siguientes palabras de Santamaría Pastor son elocuentes al respecto:

Dado que, por definición, todos los bienes de que son titulares las Administraciones Públicas están destinados al cumplimiento de las funciones que las mismas tienen asignadas, todos los bienes públicos merecerían la calificación de demaniales, con la única excepción de aquellos que la ley califique de patrimoniales; ello no sólo conllevaría a una absurda inflación del dominio público, sino también del otorgamiento de un régimen jurídico excepcional de protección a bienes que seguramente no son merecedores de la misma (p. ej., el bolígrafo que utiliza un funcionario). Esta dificultad no ha sido resuelta por el Derecho positivo; tampoco la doctrina ha alcanzado a proponer fórmulas de reducción mínimamente operativas (así la sugerida por algún autor francés, como Marcel Waline, según el cual sólo serían demaniales los bienes indispensables o irremplazables para la prestación del servicio o actividad, tampoco es de gran utilidad), por lo que la cuestión, con toda su incertidumbre, permanece abierta⁵⁵.

Como puede verse, es la propia concepción del Derecho Administrativo la que pone en cuestión la teoría del dominio público elaborado por la civilística chilena, que había ampliado enormemente el ámbito del dominio privado. Ello no es sino el resultado de “los cambios en el tipo de Estado, la variación de la posición constitucional de la Administración, la modificación de las necesidades públicas, la evolución en el modo de personificación y actuación de los entes públicos”⁵⁶, modificaciones todas que vienen impuestas por la nueva Constitución Política de la República.

En consecuencia, cualquier nueva construcción e interpretación del Dominio Público, como rama perteneciente al Derecho Administrativo, debe partir de los principios y normas establecidas en la Carta Política⁵⁷, quedando inicialmente condenadas todas las teorías del demanio que hayan sido desarrolladas a partir del solo Código Civil u otras leyes, y por medio de la simple exégesis legal, sin considerar las normas y valores supremos del ordenamiento jurídico. No debe olvidarse que en la actualidad es unánime la exigencia impuesta al Derecho Administrativo en orden a desprenderse íntegramente de la Constitución. Se acepta así plenamente la célebre afirmación de Werner: “El Derecho Administrativo es Derecho Constitucional concretizado”⁵⁸. Todo ello no es sino consecuencia del hecho que el contenido de la Constitución “constituye el punto de arranque para el desarrollo legislativo del total del ordenamien-

⁵⁴ Cfr. García de Enterría, Eduardo, *op.cit.* (n. 14), pp. 47-48: “En efecto, si se parte de esta definición [estatutaria o subjetivista] y se tiene en cuenta que el Derecho Administrativo no es otra cosa que el Derecho común de la Administración Pública como tal sujeto singular, habrá que convenir que tal Derecho se aplica siempre y por principio, salvo cuando actúe en su condición genérica de sujeto sometido a los Derechos generales. El problema no es, pues, el de determinar los límites positivos de aplicación del Derecho Administrativo, sino el inverso, sus límites negativos: cuándo y por qué se aplican a la Administración los Derechos generales, cesando así la aplicación de su ordenamiento estatutario específico” (destacado nuestro).

⁵⁵ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *op. cit.* (n. 10), p. 514.

⁵⁶ González García, Julio, *op. cit.* (n. 38), p. 71.

⁵⁷ Cfr. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *op. cit.* (n. 10), p. 85. Sobre la especial relevancia de la Constitución en la Administración, el citado autor postula que “el Derecho Administrativo es, esencialmente, el régimen jurídico del poder público en su expresión más cruda y directa; y es natural que el impacto de la Constitución sea tanto más enérgico en las normas más directamente vinculadas a las cuestiones relativas al poder”.

⁵⁸ Citado por Parejo Alfonso, Luciano, *op. cit.* (n. 22) p. 33.

to jurídico del Estado que, además, ha de ser interpretado precisamente de acuerdo con el sentido de la Constitución”⁵⁹.

Está pendiente en nuestro medio jurídico el esfuerzo académico y dogmático por reconstruir el dominio público a partir de los principios, valores y normas formales establecidos en la Constitución. En dicha nueva construcción, el dominio público sin duda prevalecerá sobre el dominio privado del Estado, incorporando los bienes afectos al servicio público, situación que viene naturalmente impuesta por la servicialidad del Estado, la dignidad de la persona y el bien común como fin último del mismo.

⁵⁹ Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, 12ª ed., p. 188. Para García de Enterría, *op. cit.* (n. 14), p. 38, “la superioridad normativa de la Constitución no es un postulado abstracto, como habremos de ver en el capítulo siguiente, sino que penetra todas y cada una de las demás normas, específicamente de las administrativas, pauta de la actividad ordinaria y más extensa del Estado, que expresan por ello, un «Derecho Constitucional concretizado»”. En el mismo sentido, pero desde el punto de vista de la Administración, Silva Cimma, Enrique, en *op. cit.* (n. 12), p. 34, afirma: “La Administración Pública debe subordinarse en su acción no sólo a la ley, sino que fundamentalmente ha de tener en vista los intereses superiores que se plasman en la letra y espíritu de la Constitución. En esto consiste, fundamentalmente, el llamado proceso de constitucionalización de la Administración Pública”.