

Gladys Camacho Cepeda\*

# Las directrices constitucionales para la administración pública

Estudios  
Sociológicos  
Políticos

*1. Introducción; 2. El Poder Público Administrativo en las Cartas Políticas; 3. La Administración pública y los Restantes Poderes Públicos; 4. Las Directrices Constitucionales para la Administración pública.*

## 1. Introducción

La Administración, entendida como el conjunto de organismos a través de los cuales se realiza la función de administrar un bien, bienes o un territorio y las personas que habitan en él, no es exclusividad del Estado, sin embargo, la experiencia nos da indicios de la importancia que ejercen en nuestras vidas las organizaciones que están vinculadas al Estado, y a las que comúnmente denominamos como Administración pública.

En efecto, la Administración pública como complejo organizativo estable del Estado, conectado con éste a través del órgano de Gobierno, es un producto cultural de una complejidad extraordinaria y de una crucial importancia para la efectividad de los valores del ordenamiento constitucional. No obstante, su regulación directa por el constituyente es escasa en las diversas Cartas Políticas que se han aprobado a lo largo de la historia republicana, por lo que el Texto constitucional de 1980, constituye un avance en esta materia como seguidamente se verá, pues contiene una serie de directivas vinculantes a la Administración que la determinan en sus fines, organización y actuación.

\* Doctora en  
Derecho.  
Profesora de  
Derecho  
Administrativo  
Facultad de  
Derecho  
Universidad de  
Chile

<sup>1</sup> Vid. GIANNINI, M.S., Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo, Centro de Estudios Administrativos, INAP, 2da. Edición, Madrid, 1987.

## 2. El Poder Público Administrativo en las Cartas Políticas

La palabra “administración” posee, en el lenguaje coloquial, dos significados básicos y contrapuestos: de una parte designa una actividad, es decir, el hecho de administrar o gestionar determinados asunto y de otra, designa la persona u organización que desempeña dicha actividad<sup>1</sup>.

Como se puede apreciar, son dos sentidos muy distintos pero ambos poseen una base material u objetiva que se desprende de lo que ocurre en la realidad y que puede identificarse como la óptica funcional u orgánica respectivamente.

Los primeros tratamientos científicos del Derecho Administrativo, desde comienzo del siglo XIX partían invariablemente de la perspectiva subjetiva u orgánica: estudiaban la Administración Pública como organización, como parte de uno de los poderes del Estado, en toda la variedad de sus actividades.

Frente a este planteamiento, muy pronto surgieron críticas fundadas en la falta de homogeneidad del objeto de estudio, lo que trae como consecuencia el vuelco a intentar definir la “*función administrativa*” y establecerla como concepto integrador de la ciencia del Derecho Administrativo. A pesar de los intentos por definir la función administrativa en abstracto, no se logró dar una respuesta satisfactoria en la que se pudiera convenir una definición precisa de la función administrativa<sup>2</sup>.

Todo ello llevó a un amplio sector de la doctrina, especialmente a partir de la primera Guerra mundial, a retornar a los planteamientos orgánicos o subjetivos originales, aun reconociendo la heterogeneidad de las funciones que ésta desempeña. Se parte del criterio de que el objeto primario del análisis del Derecho administrativo es, ante todo, la Administración Pública como organización (o como persona jurídica).

La historia de las Cartas Políticas aprobadas desde el inicio de la vida republicana no expresan este debate doctrinal. Por el contrario, las referencias a la Administración por parte de los constituyentes anteriores a 1980 han sido siempre designándola como una actividad atribuida al Presidente de la República<sup>3</sup>. A partir de la Constitución Política de la República (en adelante CPR) de 1980 existe una cisura sustancial en esta materia y ya asoma en el texto constitucional vigente la conceptualización orgánica de la Administración. Si bien, al referirse a la administración como una función, la redacción del actual artículo 24 de la Constitución al señalar que “*el gobierno y la administración del Estado corresponde al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado*”,

<sup>2</sup> Sobre esta evolución se da cuenta ampliamente en PAREJO ALFONSO, L., *El Concepto de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984.

<sup>3</sup> Las alusiones a la función de administrar el Estado son reiterativas en diversas Cartas Políticas. Así, la Constitución de 1823 establece en su artículo 18 que son facultades exclusivas del Director Supremo: “*1. a La administración del Estado, ejecutando y cumpliendo las leyes y reglamentos sancionados*”; Por su parte, la Constitución de 1833 en el artículo 59 preceptúa: “*un ciudadano con el título de Presidente de la República de Chile administra el Estado*”; y la de 1925 en su artículo 70 utiliza una frase muy semejante a la contenida en la Carta Política de 1980: “*al Presidente de la República está confiada la administración y gobierno del Estado*”.

nos parece indicar que aún se mantiene en la misma línea que sus predecesoras, esto no es así o por lo menos, la concepción funcional de la administración ha tenido que abrir paso a la concepción de la Administración en sentido orgánico<sup>4</sup>.

En el Texto Constitucional vigente no se soslaya a la Administración en cuanto a organización y poder público con identidad propia en el marco de la organización constitucional. El Capítulo IV que trata del *Gobierno*, tiene un sub-capítulo denominado Bases generales de la Administración del Estado. En este apartado notamos ya los primeros cambios, entre ellos la organización administrativa es nominada con mayúsculas como Administración del Estado o Administración Pública, sin distingos entre ambas denominaciones<sup>5</sup>, denotando justamente su caracterización como organización subjetivada.

El artículo 38 de la Constitución Política determina que una ley orgánica constitucional será la que regule "*la organización básica de la Administración Pública*", obrando a modo de una declaración de reconocimiento de la Administración como pieza arquitectural del Estado que se vincula al Gobierno y muy especialmente, al Presidente de la República, quien es el que tiene las funciones de gobernar y administrar.

Algunos autores como SOTO KLOSS<sup>6</sup> prefieren definir la Administración Pública como un conjunto de personas jurídicas, acentuando el fenómeno de la personificación de los distintos organismos públicos que se ha favorecido desde hace algunos años. Ciertamente, la constelación de personas jurídicas públicas que han surgido

<sup>4</sup> Ahora bien, la persistencia de la Carta Constitucional de 1980, en línea con sus predecesoras, en referir a las funciones de gobierno y administración al momento de designar a las dos funciones presidenciales más importantes, actualiza la necesidad de encontrar un sentido y una diferenciación entre ambas funciones que, con todo, resulta difícil delimitar. Al respecto, el profesor PANTOJA señala un criterio para su diferenciación a partir de la reforma constitucional que crea los Gobiernos Regionales como autonomías constitucionales descentralizadas, así: "*la historia fidedigna del establecimiento del artículo 100 de la Constitución Política de 1980 permite afirmar que para el constituyente de 1991 el gobierno es una función del Estado, radicada en el Presidente de la República, que se caracteriza por tener un carácter iure imperii y que consiste en la conservación del orden público en el interior y en la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes; en tanto que la Administración "supone un conjunto de atribuciones que se orientan más bien a la consecución de los objetivos de poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos"*.

*Estas representaciones intelectuales del gobierno y de la Administración explican el contenido del inciso 2° de dicho artículo, precepto que al definir cuál es el objeto del gobierno regional dice que es "el desarrollo social, cultural y económico de la región", ya que en eso consiste precisamente administrar*". En PANTOJA BAUZÁ, R., El concepto de Derecho administrativo, Manual Jurídico N° 106, Ed. Jurídica de Chile, 1996, p. 127.

<sup>5</sup> El fallo Rol N° 39, de 1986 recaldo en el proyecto de LOCBGAE confirmó esta sinonimia: "*A juicio del Tribunal Constitucional, el artículo 38 de la Carta Fundamental emplea ambas expresiones como sinónimas y en su sentido más amplio y genérico, porque no resulta justificado pensar que el constituyente encargara a una ley orgánica constitucional la regulación de la organización básica de sólo una parte o rector de la Administración del Estado y excluyera a otra, ya que la razón para entregar esta materia a una ley de este rango es la misma en uno y otro caso, no resultando lógico, entonces, en términos generales, someterlas a normas legales de distinta naturaleza, habida consideración que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición*". Cita tomada de PANTOJA BAUZÁ, R., El concepto de Derecho administrativo, op. cit., pp. 62-63.

<sup>6</sup> SOTO KLOSS, E., La Organización de la administración del Estado, un complejo de personas jurídicas, en Gaceta Jurídica N° 73, 1986, pp. 16-23.

parecen dar fundamento a esta posición pero desde el punto de vista académico y normativo también es propio hablar en singular de la Administración aunque se reconozcan diversos niveles y organizaciones dentro de ella. No se debe olvidar que el artículo 1, inciso 2º de la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante L.O.C.B.G.A.E.) cuyo Texto Refundido, Coordinado y Sistemático fue aprobado por DFL-1-19653 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 13 de diciembre de 2000, se refiere a que la Administración del Estado está constituida por los diversos organismos ahí referidos, de lo cual, lo que colegimos es que este concepto engloba una variedad de entidades y organismos públicos, la gran mayoría personificados si tenemos en cuenta los servicios públicos descentralizados, pero también es necesario percatar que no todos ellos cumplen esta condición como es el caso de los Ministerios, las Intendencias, gobernaciones, los servicios públicos centralizados e incluso la Contraloría General de la República.

### **3. El Poder Público Administrativo y los Restantes Poderes Públicos**

Habiendo llegado a una caracterización de la Administración como una organización concreta incardinada al Gobierno, es preciso llevar a cabo una última delimitación respecto de otro tipo de organizaciones, que como ella, se mueven en la órbita de lo público.

De una parte, es necesario individualizarla dentro del aparato del Estado en cuyo seno coexiste con otras organizaciones de estructura y funcionamiento materialmente similares.

Por Administración Pública, entendemos por antonomasia el aparato orgánico al servicio del Gobierno o Poder Ejecutivo del Estado y de los restantes entes públicos territoriales (gobiernos regionales y municipios). Los demás poderes del Estado poseen también estructuras administrativas u organizaciones burocráticas, así el Congreso y el Poder Judicial; de otro lado, sucede lo mismo con los organismos constitucionales autónomos tales como el Tribunal Constitucional y el Ministerio Público, sin embargo, tales organizaciones no han recibido el nombre de Administración Pública ni su estudio es normalmente objeto del Derecho Administrativo.

Seguidamente, habiendo definido a la Administración del Estado como una organización concreta encuadrada en el Gobierno, se ha de resaltar su carácter de órgano público con potestades. La Administración, en un Estado democrático y de derecho, es el poder público direccionado para lograr la efectividad del orden constitucional, constituyendo una herramienta crucial para lograr los intereses generales, por lo que es válido atribuirle los mismos objetivos que al Estado. Así, los fines de la Administración serán: la consecución del bien común, promover las condiciones necesarias para el desarrollo integral de la personalidad (tanto en la dimensión espiritual como mate-

rial) y, en general, estar al servicio de la persona humana. Es así como la LOCBGAE aplica la definición de la finalidad del Estado contenida en el artículo 1 inciso 4º de la Constitución a la propia Administración, parafraseando al propio constituyente<sup>7</sup>.

Como se ha venido observando, en el esquema constitucional la Administración es confiada al Presidente de la República en tanto a éste le corresponde el gobierno y la administración del Estado (artículo 24 inciso 1º CPR) por ser el Jefe del Estado.

Desde esta configuración constitucional el Gobierno-Administración abarca entonces:

- Al Presidente de la República y a sus colaboradores directos en el ámbito interno o gobierno interior: Intendentes y Gobernadores, y en el plano externo, los Embajadores, Ministros Diplomáticos y Representantes ante los organismos Internacionales (artículo 32, numerales 9º y 10º CPR).
- Cubre también a los Ministros de Estado y dependiendo o relacionándose con ellos alcanza a todo ese gran complejo orgánico constituido por los servicios públicos centralizados y descentralizados, y las empresas públicas creadas por ley.

Esta estructura administrativa del Estado se encuentra sometida a los órganos que desempeñan los poderes clásicos de los sistemas democráticos:

1º Está sometida al Congreso Nacional, cuyas cámaras concurren a la formación de las leyes ya que su acción debe subordinarse a éstas en aras de la aplicación del principio de legalidad de la Administración, consagrado en los artículos 6 y 7 CPR y reiterado en el artículo 2º de la LOCBGAE.

2º También se subordina al Poder Judicial, el cual ejerce el control más intenso sobre el respeto de la legalidad por la Administración. Igualmente, en casos tasados, el control jurisdiccional queda radicado en el Tribunal Constitucional<sup>8</sup>.

Si bien la Constitución no determina, como se hace en otros países adscritos al régimen administrativo, una vía especial para recurrir los actos de la Administración, en el artículo 38 inciso. 2º de la Constitución, se establece el derecho de cualquier persona

<sup>7</sup> Esta definición es consignada por la LOCBGAE preceptuando:

*"Artículo 3º.- La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal."*

<sup>8</sup> Si bien el esquema de control que diseña la Constitución se complementa con uno de carácter autónomo de tipo administrativo, que es el que realiza la Contraloría General de la República, sería incorrecto afirmar que la Administración se encuentra infraordenada al Órgano Contralor por cuanto éste no deja de ser parte de la Administración. Ello es coherente con la institución que se consagra en la Carta Política denominada como la Insistencia Presidencial, que puede hacer doblegar la representación de la Contraloría, salvo que ésta haya sido fundada en la inconstitucionalidad del decreto o resolución representados. En este caso, no será ella la que dirima la diferencia de criterios sino el Tribunal Constitucional si el Presidente así lo estima conveniente.

a poder reclamar ante los tribunales por los actos de la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades. Los tribunales competentes, hoy, son los tribunales ordinarios de justicia, mientras en sede legislativa no se regule la vía contenciosa administrativa general. Por el momento, el legislador ha optado por regular vías especiales, como es de presumir ocurrirá en materia impositiva con los tribunales tributarios.

3° Finalmente, la Administración se encuentra sujeta al Gobierno, denominación con la que la Constitución Política renombró al Poder Ejecutivo, en expreso reconocimiento a lo inadecuado de este término ya que las funciones de este órgano sobrepasan ampliamente las de mera ejecución de ley.

Dentro del Capítulo IV, del Gobierno, el artículo 24 inciso 1° encomienda al Presidente de la República las funciones de gobierno y administración del Estado. Para este fin, pone bajo su mando al complejo organizativo denominado Administración Pública, al que escasamente regula en el artículo 38 del sub apartado de este Capítulo, denominado Bases Generales de la Administración del Estado. Lo que nos permite afirmar esta conjugación de artículos, es que se establece una indubitable sujeción de la Administración al Gobierno y que ella es de diversa naturaleza a las ya mencionadas en relación a los otros órganos del Estado.

En este caso, se trata de una sujeción *directa e inmediata* pues:

- Frente al Órgano Legislativo la Administración se limita a cumplir sus mandatos expresados en las leyes; y
- Frente al Poder Judicial está obligada a respetar sus resoluciones y a auxiliarla en la ejecución de las mismas.

En cambio, la relación con el Gobierno es directa al depender de éste o bien al constituir éste un escalón superior de la Administración. Por esta razón, se puede afirmar que Gobierno y Administración constituyen una suerte de complejo unitario que se personifica en el Presidente de la República.

Pero dentro del Gobierno, la figura del Presidente de la República tiene un peso especial dada su legitimidad democrática directa. De esta manera, desde el punto de vista constitucional el Presidente como Jefe del Estado es la figura central de la Institucionalidad y tal como está configurado en el Texto constitucional, encarna la unidad nacional. En síntesis, constituye, como dice el profesor Pantoja “*el jefarca*” del Gobierno y la Administración.

En lo que respecta a su relación con la Administración, el Presidente ocupa directamente la cúspide de la pirámide jerárquica que constituye la Administración del Estado y es titular de poderes jurídicos sobre el complejo universo de los servicios públicos centralizados y descentralizados.

#### 4. Las Directrices Constitucionales para la Administración pública

En este punto hay que partir reconociendo las relaciones estrechas y dialécticas existentes entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo.

Una primera premisa a tener en cuenta es que esta relación es consecuencia de la condición de la Administración pública, como pieza específica de la organización del Estado, tanto en cuanto instrumento de intermediación entre éste y los ciudadanos como por su condición de pieza integrante del Estado dedicada *in totum* a la realización efectiva del orden constitucional.

Una segunda premisa está relacionada con la definición de Derecho Administrativo como un subsistema normativo dentro del ordenamiento jurídico global, que tiene en la Constitución su base misma y su culminación en términos formales. La Constitución no agota la materia jurídica pero todo Derecho ha de interpretarse a partir de ella y adaptarse a ella.

Por otro lado, es valorable que la Constitución de 1980 dedique un apartado a la Administración del Estado aludiéndola por primera vez directa y expresamente, lo que conlleva un reconocimiento a la importancia de esta organización compleja que integra el Estado. Además, ello constituye un avance sustancial en el difícil camino que conduce a la conquista plena de la Administración por el Derecho. Proceso que, en especial, supone la plenitud de la vigencia de las directrices constitucionales establecidas para todos los órganos y poderes del Estado, entre los cuales está integrada formalmente la Administración.

Para descubrir el alcance de los condicionamientos constitucionales sobre la Administración ha de observarse, en primer lugar, la especial importancia de las Bases de la Institucionalidad, a cuyos preceptos la doctrina constitucional coincide en asignar un distinto valor y eficacia<sup>9</sup>, lo que se revela con más intensidad en materia hermenéutica y heurística. En ese sentido, tienen un interés especialmente relevante las determinaciones constitucionales generales contenidas en el Capítulo I de las Bases de la Institucionalidad, en la medida en que la eficacia de las mismas cubre la totalidad del orden constitucional, tanto la parte dogmática como la parte organizativa del mismo.

De todos esos preceptos, nos interesan particularmente aquellos que determinan globalmente al Estado como un todo, es decir, los artículos 1, 3, 4, 5, 6 y 7 del Capí-

<sup>9</sup> NOGUEIRA ALCALA, H., asemeja el Capítulo I de la Constitución a un tablero de ajedrez que contiene "las primeras jugadas del constituyente" y considera que "de los valores constitucionales podemos extraer los principios técnico-jurídicos que sirven de malla en torno a la cual se estructura el ordenamiento constitucional considerado como un todo.", en VERDUGO MARINKOVIC et al., Derecho Constitucional, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, p. 109; por su parte el profesor PFEFFER, sostiene que las Bases de la Institucionalidad contienen "aquellos principios, ideas y valores e inspiraciones fundamentales que orientan el proceso de creación y transformación del Derecho constitucional", en Manual de Derecho Constitucional, Tomo I, Ed. Conosur, 1987, p. 201.

tulo I del Texto Fundamental. Estos preceptos son indicadores que el nuevo Texto fundamental se articula sobre la base de valores y principios antes que sobre el modelo formalista propio del positivismo kelseniano.

Conviene puntualizar los principios sobre los cuales se articula el Estado contenidos en el Capítulo I de las Bases de la Institucionalidad, estos son:

- 1) El principio de libertad (artículo 1 inciso 1º CPR) que expresa la idea de **Estado de Derecho**.
- 2) El principio de igualdad de derechos (artículo 1 inciso 1º CPR) que expresa la idea de **Estado Democrático** cuya proclamación se encuentra expresamente en el artículo 4.
- 3) El principio de igualdad en dignidad que da sentido a la definición vicarial del Estado y a su finalidad de promover el bien común (artículo 1 inciso 4º CPR) todo lo cual expresa la idea de **Estado Servicial**.
- 4) El respeto de los cuerpos intermedios y de la autonomía de su actuación, que expresa el principio de **subsidiariedad del Estado** (artículo 1 inciso 3 CPR) y
- 5) El **principio de unidad** del Estado que debe conciliarse con la necesaria instauración de una administración funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada que expresan la idea de una organización territorial plural sobre la base de administraciones regionales, provinciales y municipalidades (artículo 3 CPR)<sup>10</sup>.

Otros principios que están establecidos, pero a los que no aludiremos por cuanto su análisis no es pertinente en este estudio son los relativos al reconocimiento de la familia como núcleo fundamental de la sociedad (artículo 1 inciso 2º CPR), el respeto de los emblemas nacionales (artículo 2 CPR), la soberanía nacional (artículo 5 CPR) y la condena al terrorismo (artículo 9 CPR).

#### ***4.1 Principio de Estado de Derecho***

El concepto de Estado de Derecho se integra por una diversidad de principios, algunos netamente de naturaleza constitucional y de teoría del Derecho (tales como el de la soberanía nacional, la división de poderes y las reglas estructurales del sistema normativo) y otros que afectan directamente a la organización del Estado y en especial, a la Administración pública: el principio de legalidad, el principio de control judicial, el principio de responsabilidad del Estado y la nulidad de derecho público.

<sup>10</sup> No se alude a las provincias por cuanto éstas son meras circunscripciones o demarcaciones administrativas sin sustrato comunitario real.

Son éstos últimos los que analizaremos en el presente numeral por cuanto determinan globalmente la forma y organización del Estado

En relación con el principio de Estado de Derecho, debemos partir de la opción del constituyente del ochenta quien decidió no incluir una definición expresa o proclamación constitucional de Chile en este sentido, sino que prefirió “*reconocer constitucionalmente los mecanismos jurídicos necesarios para que, respetados y cumplidos estos instrumentos, el resultado sea un Estado de Derecho*”<sup>11</sup>.

Con todo, la idea de Chile como Estado de Derecho, encuentra suficiente respaldo en el ordenamiento constitucional expresado en el reconocimiento de una de sus principales manifestaciones como es el principio de legalidad. En el Capítulo de las Bases de la Institucionalidad, se halla el mandato del artículo 6 inciso 1º CPR que prescribe la obligatoriedad de los órganos del Estado de “*someter su acción a las normas del ordenamiento jurídico presididas por la Constitución*”, cuya interpretación debe realizarse en combinación con el artículo 7 inciso 3º, que prescribe la nulidad de derecho público de los actos de los organismos del Estado cometidos con infracción a lo que dicho precepto establece.

Además, la noción de autoridad –magistratura en la terminología constitucional– que evidencian los artículos 6 y 7 de la Constitución es una de tipo responsable. Las contravenciones de las autoridades a los preceptos constitucionales citados no sólo generan responsabilidad personal sino institucional. La actuación de los titulares y miembros de los órganos del Estado, aun cuando ésta sea nula, es capaz de vincular al Estado en una relación de responsabilidad, en los términos que fije la ley. De este modo, la institución de la responsabilidad cumple la función de garantía integral del Ordenamiento. El Estado es susceptible de responder por actuaciones dañosas producidas por los órganos públicos, independientemente del tipo de función que ellos realicen (legislativa, ejecutiva o judicial). Cumpliéndose la demanda popular expresada por el maestro Hauriou en el ámbito administrativo “*que la Administración actúe pero que pague el perjuicio*”, que tiene un fundamento propio en nuestra Carta Política en el artículo 38 inciso 2º.

De otro lado, esta declaración del principio de legalidad como principio básico del ordenamiento constitucional vincula tanto a los privados como a los órganos del Estado. Entre estos últimos, liga principalmente a la Administración que es la que está en contacto permanente con los ciudadanos. El principio de legalidad se complementa con el reconocimiento constitucional de los otros mecanismos jurídicos que permiten que esa sumisión de la Administración sea efectiva. Así, tenemos al principio de control judicial que se reconoce en los preceptos constitucionales 73 inciso 1º en combinación con el 38 inciso 2º; el principio de integridad patrimonial que se reconoce en

<sup>11</sup> Palabras del Comisionado Ovalle en la sesión 54 de la Comisión de Estudios de la Constitución, citado por PFEFFER, E. en *Manual de Derecho Constitucional*, Ediar Cono Sur, Santiago, 1987, p. 220.

el artículo 19 n° 24; por cuanto garantiza la propiedad sobre bienes corporales e incorporeales y finalmente, la controvertida nulidad de derecho público (artículo 7 inciso 3°).

#### A. El principio de legalidad del Gobierno–Administración

El principio de legalidad surge como una de las manifestaciones primarias y esenciales del Estado de Derecho. Su génesis se produce por la confluencia de dos postulados básicos:

- 1) El primero es por oposición a la noción de Estado absoluto, significando el repudio de un régimen basado en las decisiones subjetivas y arbitrarias del Príncipe y sus agentes, propugnando en su reemplazo su sustitución por un régimen de dominación objetiva, igualitaria y previsible, basado en normas generales (“**government of laws, not of men**” en la frase atribuida a James Harrington); y
- 2) El principio democrático, que sitúa la sede de la soberanía en el pueblo y, por transmisión, en sus representantes parlamentarios. Así la soberanía se expresa en la Ley, que obliga a todos los integrantes de la nación y a sus organizaciones públicas, entre ellas, especialmente, a la Administración pública, organización estructurada para servir los designios de quienes detentan el poder.

Para determinar el alcance de este principio en el ordenamiento chileno se ha de partir de:

- i) Los preceptos constitucionales contenidos en el Capítulo I de las Bases de la institucionalidad, que ordenan la actuación de todos los organismos del Estado con arreglo a “*la Constitución y las normas dictadas conforme a ella*” (artículo 6 inciso 1°), requisito de la validez de la actuación pública (artículo 7 inciso 1). Como ya se ha señalado, estos preceptos por su ubicación dentro de la Carta Política tienen un intenso valor hermenéutico y heurístico que se irradia sobre las demás disposiciones constitucionales; y
- ii) El establecimiento de un Estado servicial (artículo 1 incisos 1° y 4°) lo que le obliga a actuar con eficacia para la remoción de los obstáculos que impiden el pleno desarrollo de la persona. El Estado actual no puede ser neutral ante la injusticia social, ante la desigualdad de los ciudadanos, lo cual hace cambiar la perspectiva de la Administración tradicional que se agotaba en el respeto de la legalidad, en otras palabras, el ordenamiento constitucional exige pasar de una concepción de una Administración pasiva a una concepción de una Administración que actúa para que los servicios mejoren, para que el mercado funcione y se corrijan sus fallas y, en general, para que las personas se desarrollen plenamente.

A la luz de estos preceptos, se puede determinar el alcance del principio de legalidad para la Administración, lo que se expresa en:

- a) **El sometimiento pleno de la Administración a todo el sistema normativo** precedido por la Constitución (artículo 6 inciso 1º CPR y artículo 2 inciso 1º de la LOCBGAE) e integrado por las normas dictadas conforme a ella, lo que comprende a: las normas legales de diversa clase, los Convenios internacionales ratificados y también, los reglamentos o normas dictadas por la propia Administración, las cuales pueden ser modificadas o derogadas válidamente por ella, pero no por actos administrativos de efecto particular (principio de inderogabilidad singular de los reglamentos<sup>12</sup>).
- b) **La plena juridicidad de la acción administrativa.** La vinculación de la Administración a la Ley significa la interdicción de cualquier actuación de la misma en contradicción con ésta. El Derecho se convierte en un parámetro de toda la actuación administrativa: *nada puede hacerse en la Administración al margen del Derecho*, éste se constituye en un criterio permanente de toda su actividad. Su actividad es siempre contrastable con las normas del Ordenamiento jurídico y aun en los casos en que no se intercale una ley entre la Constitución y la actuación administrativa, la totalidad de esta actuación se encuentra vinculada directamente a la Constitución y ella es susceptible de control por la autoridad judicial. No existen, entonces, espacios exentos de control de la actividad administrativa.
- c) **La necesidad de apoderamientos legales para actuaciones de eficacia limitativa o que conlleven supresión de derechos**, tales como la expropiación forzosa, exigencia de prestaciones forzosas (el servicio militar, la práctica forense para los futuros abogados), exigencias de obligaciones personales (prestaciones tributarias, contribuciones al fondo de pensiones e instituciones de salud previsional, etc.). La fiscalización y eventualmente la sanción del incumplimiento de estas obligaciones de los particulares o la verificación de actuaciones que involucren limitación o supresión de derechos autorizados por el legislador, por lo general, está a cargo de la Administración, pero ella sólo puede actuar si el legislador le ha habilitado para ello, de lo contrario, su conducta sería antijurídica y dará lugar a las acciones y recursos que el Ordenamiento establece. Esta forma de actuación limitada está garantizada por lo preceptuado por la LOCBGAE en su artículo 2º que expresamente impone a los órganos de la Administración el deber de “actuar dentro de su competencia” y le niega el ejercicio de “más

<sup>12</sup> Este principio expresa la limitación que tiene la autoridad administrativa para exceptuar la aplicación de un acto normativo para un caso en particular, por cuanto, ello equivaldría a una derogación singular de dicha norma. En esta situación, a la autoridad sólo le cabe aplicar el respectivo reglamento o derogarlo completamente para la generalidad de los casos, mas no inaplicarlo para un caso singular.

*atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico*” (sic). La Administración, no puede inventarse las atribuciones sino que éstas provienen del Ordenamiento jurídico. Es lo que se reconoce como la forma de vinculación positiva de la Administración.

- d) **La obligación de actuar proactivamente en el cumplimiento de sus funciones.** El necesario apoderamiento previo, comentado en el párrafo anterior, se complementa con el establecimiento de la obligación de la Administración de desarrollar una actuación proactiva en el cumplimiento de sus funciones, ella debe promocionar el bien común (artículo 1 inciso 4 CPR). La Administración se debe constituir en una organización diligente, dinámica y eficaz en el cumplimiento de su rol servicial. Así, el artículo 8 de la LOCBGAE señala que *“los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones”*. De este modo, la implicancia práctica de esta disposición de la ley orgánica constitucional supone aceptar que en ciertas actuaciones la Administración se rige por el principio de vinculación negativa. Esta definición supone tener en cuenta los cambios experimentados tanto por la sociedad, como por el Estado (y en el seno de éste, por la Administración). En la actualidad la Administración ya no se configura sólo ni principalmente como Administración interventora en la actividad de los ciudadanos, sino también y de modo preferente, como Administración prestacional que brinda a los ciudadanos servicios, asistencia y bienes. Teniendo este dato presente en el cumplimiento de sus funciones la Administración tiene que actuar con iniciativa y proactivamente sin requerir para cada caso un apoderamiento legal expreso.

## B. El principio de control con especial referencia al control judicial

La vigencia efectiva del principio de legalidad impone la existencia de un conjunto de mecanismos de control, a través de los cuales se asegure el sometimiento de la Administración al Derecho. En nuestro sistema se han diseñado diversos instrumentos en orden a asegurar la conformidad jurídica de la actividad de la Administración<sup>13</sup>. Pero, de todos ello el más intenso es el que ejercen los órganos jurisdiccionales.

<sup>13</sup> En virtud del artículo 87 de la Constitución Política se crea un organismo administrativo autónomo denominado Contraloría General de la República, encargado de:

- El control de la legalidad de los actos de la Administración;
- Fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes;
- Examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades;
- Llevar la contabilidad general de la Nación; y
- Desempeñar las demás funciones que le encomiende su ley orgánica constitucional. (*Continúa*).

El sometimiento de la acción administrativa al control de legalidad ejercido por los órganos jurisdiccionales (Poder Judicial y Tribunal Constitucional) es, pues, uno de los principios básicos del Estado de Derecho. Esta posición de sometimiento de la Administración frente a los órganos jurisdiccionales es particularmente intensa y de mayor envergadura que a la que están sometidos los privados frente a los jueces. En virtud del principio de legalidad todos los actos de las Administraciones son contrastables con cualquier clase de norma integrante del sistema normativo, incluso desde el punto de vista de los fines perseguidos.

Una primera caracterización de esta relación de fiscalización judicial viene dada por el reconocimiento de que cualquier persona o entidad (pública o privada) *“que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los Tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”* (artículo 38 inc. 2 C.P.).

Las características generales de esta sumisión de la Administración a las decisiones judiciales están determinadas por: a) el ámbito de la potestad jurisdiccional; b) los derechos y facultades de las personas que reclaman esta protección; y c) la posición privilegiada que la Administración tiene ante los Tribunales.

a) **El ámbito de la potestad jurisdiccional.** Sintéticamente puede decirse que el control judicial sobre la Administración reviste las siguientes características:

1) **Sólo es ejercitable por los Tribunales.** En virtud del principio constitucional de exclusividad de la función jurisdiccional (artículo 73 inciso 1 CPR) se prohíbe al Presidente y al Congreso, inmiscuirse de cualquier modo o ejercer funciones judiciales. Esto no excluye otros controles internos (como el control jerárquico) o externos (como aquel que realiza el Órgano Contralor), los que podrán actuar con carácter previo pero nunca excluyente del control judicial. Igualmente, es compatible con el control político que realiza la Cámara de Diputados.

2) **Sólo puede ejercerse previo un proceso legalmente tramitado.** El fundamento de la sentencia reposa en el proceso, es esto lo que el artículo 19

Este organismo tiene dos características importantes: es un órgano autónomo y administrativo. Por lo primero, no tiene ninguna relación de subordinación con otra autoridad y por lo segundo, está adscrito a los cuadros orgánicos de la Administración. El control de legalidad, a través del trámite de toma de razón, que ejerce la Contraloría General sobre los decretos y resoluciones administrativos puede impedir que algunos de éstos nazcan a la vida jurídica. No obstante, este control no es el más intenso ni tiene carácter definitivo por la facultad de insistencia atribuida al Presidente de la República y porque en los casos más álgidos (representación por inconstitucionalidad) dirime el Tribunal Constitucional y además, porque una vez que ha tomado razón de un acto administrativo se produce el desasimiento, esto es, el Organismo Contralor pierde la competencia para modificar su pronunciamiento.

inciso 5º CPR<sup>14</sup>. indica con la afirmación de que toda sentencia “*debe fundarse en un proceso previo y legalmente tramitado*”. Ahora bien, este proceso debe contar con las debidas garantías como lo exige el citado precepto. Ello es consecuencia de la garantía constitucional de igualdad ante la ley que, entre otros, también comprende el necesario establecimiento de “*un procedimiento y una investigación racionales y justos*”, a cuyo respecto, el legislador deberá establecer las preceptivas garantías.

3) Una vez reclamado no puede ser evitado por los Tribunales. Planteado el proceso, a través de las acciones o recursos que arbitra el Ordenamiento jurídico el control debe ejercerse ineludiblemente y sin posibilidad de excusarse. Esto es, mediante la emisión de un fallo estimatorio o desestimatorio de las pretensiones del actor. Así lo ordena para los tribunales integrantes del Poder Judicial, el artículo 73 inciso 2º de la Constitución, ordenando que una vez “*reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión*”<sup>15</sup>. La garantía judicial que contempla el citado precepto opera en combinación con aquella establecida por el artículo 8 nº 1<sup>16</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada y vigente en Chile, garantía que en virtud del artículo 5 de la Constitución integra los derechos esenciales de la persona humana. La infracción a estas normas equivale a cometer denegación de justicia constituyéndose en una actuación susceptible de generar responsabilidad institucional del Estado. La contraparte de esta inevitabilidad del control judicial una vez que se le ha reclamado es que, salvo situaciones excepcionales, el control judicial no puede ser nunca practicado de oficio sino siempre a petición de una persona legitimada (principio de rogación).

4) El control jurisdiccional sobre la Administración es total: cubre tanto la actividad formal (actos y contratos administrativos) como la actividad material de la Administración (de policía, servicio público, fomento y de gestión). Tanto si se trata de un acto positivo o negativo (omisión), en este último caso, cuando existe un deber de actuación infringido por la Admi-

<sup>14</sup> El artículo 19 nº 3 en su inciso 5º establece: “*Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*”.

<sup>15</sup> En el mismo sentido se expresa el artículo 10 inciso 2 del Código Orgánico de Tribunales: “*Reclamada su intervención en forma legal y en sus negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión*”.

<sup>16</sup> El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, establece como la primera garantía judicial que: “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”.

nistración con su inactividad. Ahora bien, este control se ejerce de manera compartida por: a) el Tribunal Constitucional; b) los Tribunales Ordinarios de Justicia que integran el Poder Judicial; y c) el Tribunal Calificador de Elecciones.

En el caso del Tribunal Constitucional, éste dirime la controversia entre el Presidente de la República y la Contraloría General de la República cuando ésta ha representado un Decreto con Fuerza de Ley o un decreto o resolución presidencial por causal de inconstitucionalidad (artículo 82 numerales 3 y 6 CPR) y también resuelve sobre la constitucionalidad de los decretos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria (artículo 82 n°12 CPR) cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley. En general, este sistema de control está diseñado de una forma sumamente favorable a la Administración, por su rigidez en la atribución de la titularidad de la acción ante el Tribunal Constitucional.

Por otro lado, los Tribunales de justicia ejercen un control difuso sobre la potestad reglamentaria y un control directo sobre el conjunto de la actuación administrativa no normativa, cuando una persona legitimada lo solicite (artículo 38 inciso 2° CPR). No existiendo espacios exentos del control jurisdiccional.

Finalmente, el Tribunal Calificador de Elecciones ejerce la justicia electoral en los términos que el Capítulo VIII de la Constitución señala.

**b) Los derechos y facultades de las personas que invocan la tutela judicial.** Las características de la tutela judicial que se ejerce sobre la Administración tienen desde el punto de vista subjetivo las siguientes notas:

1) El indudable reconocimiento del derecho del particular a la acción o al proceso, cuando se haya visto lesionado en sus derechos (art. 38 inciso 2° CPR), lo que comporta dos vertientes: a) la justiciabilidad, sin excepción, de todos los actos de la Administración, no pudiendo haber espacios exentos de control sin que ello no califique como una violación de la Constitución; y b) el derecho a la emisión por parte del Tribunal de un fallo que resuelva positiva o desestimativamente la pretensión del incoante.

2) El derecho a un proceso racional y justo, derivado de la garantía de la igual protección de la ley consagrado en el artículo 19 n° 3 CPR, que exige al legislador establecer las debidas garantías del proceso judicial que podrá tener lugar entre particulares y en su caso, frente a la Administración. La materialización de este derecho tiene como exigencia el establecimiento de un efectivo procedimiento contradictorio donde se debata con plenas posibilidades de defensa entre las partes.

c) **La posición privilegiada de la Administración**

La plena sumisión de las Administraciones públicas al control judicial no deja de lado considerar la naturaleza de poder público que ésta tiene. Por el contrario, el tratamiento que el legislador otorga a la Administración al diseñar los procedimientos judiciales compensa con importantes contrapartidas esta posición subordinada frente a los tribunales, que se traduce en extraordinarias potestades coactivas y ordenadoras sobre el conjunto de la sociedad y en un conjunto de exenciones frente a los tribunales de justicia. Ello procede de su inserción en uno de los Órganos centrales del Estado, el Gobierno, y de su configuración, consiguientemente, como poder público.

De estos privilegios, el más importante y discutido es la Autotutela administrativa, que permite a la Administración emitir declaraciones o decisiones unilaterales capaces de modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas, sin el concurso de los órganos judiciales y con independencia del consentimiento o colaboración del sujeto destinatario de aquellas o también ejecutar por sí misma sus actos administrativos, operando éstos como títulos ejecutivos. Los actos administrativos desde que entran en vigencia gozan de imperio, exigibilidad y ejecutoriedad y autorizan a la autoridad administrativa a su ejecución de oficio de acuerdo a lo que la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo (LBPA) N° 19.880 ha reconocido en los artículos 3 inciso 8° y 51. Más aún, la ejecución del acto administrativo sólo se suspende por disposición de la propia autoridad administrativa en un procedimiento de revisión o por una orden de suspensión judicial, pero la sola interposición de recursos administrativos (artículo 57 LBPA) o judiciales no suspende su ejecución, es necesario una orden expresa de la correspondiente autoridad en tal sentido (artículo 3 inciso 8 in fine LBPA).

Junto al poder de autotutela existen otras facultades reconocidas a las Administraciones en su relación con el Poder Judicial. Estos son privilegios adicionales que sintéticamente enunciaremos:

- a) De acuerdo a lo que establece el artículo 748 del Código de Procedimiento Civil (CPC), los juicios en que tenga interés el Fisco se tramitarán de acuerdo al trámite del juicio ordinario; y
- b) El Código Procesal Civil establece un régimen privilegiado para ejecución de las sentencias judiciales que involucren cualquier prestación al Fisco. En estos casos, se deja en manos del Órgano administrativo competente la ejecución de la sentencia (artículo 752 CPC).

Lo anteriormente mencionado se complementa con una serie de situaciones de privilegio procesal, que constituyen mecanismos para limitar el control judicial y favorecer

las posibilidades de éxito de la Administración en los procesos incoados contra ella. Entre estos instrumentos se pueden consignar los siguientes:

- a) El carácter revisor del proceso judicial, pues, no cabe una acción preventiva contra la Administración. El propio artículo 38 inciso 2º CPR deja en claro que la acción contra la Administración es posible sólo cuando se haya producido lesión;
- b) La posición de demandada de la Administración, lo que significa que se le releve del peso de la prueba, en cumplimiento del principio procesal que exige que quien afirme una situación ha de probarla. En este caso, el demandante es el que deberá construir la demostración de la ilegalidad de la actuación administrativa que recurre;
- c) La limitación que ha impuesto el legislador (artículo 54 LBPA) referida a que en caso de que un recurrente interponga una reclamación administrativa no podrá reclamar la misma pretensión en sede judicial mientras la primera no se haya resuelto; y
- d) La vigencia en determinadas situaciones (especialmente, en el ámbito tributario y de supervisión bursátil) de la regla "*solve et repete*", que obliga al recurrente a abonar lo exigido por la Administración (en todo o en parte) para poder recurrir el acto administrativo (vgr. liquidación de un impuesto, una multa, etc.).

### C. El principio de responsabilidad de la Administración

Este principio está orientado a garantizar el derecho de los particulares a mantener la integridad del valor económico de su patrimonio frente a las afectaciones singulares de que éste pueda ser objeto por parte de los poderes públicos.

Esta es una de las reglas básicas que surge a la par de la consagración del Estado Liberal de Derecho, en el que el reconocimiento de la propiedad como derecho básico del hombre junto con su libertad exige el establecimiento de una garantía de que el Estado no afectará este derecho sino excepcionalmente, por una necesidad pública y previo pago de una indemnización al ciudadano lesionado en su propiedad. Pero como esta garantía surgió ligada a la institución de la expropiación, parecía que los casos en que el Estado estaba obligado a indemnizar se agotaban con las actuaciones expropiatorias, dejando sin cobertura todas aquellas actuaciones públicas que podían causar daño pero que no eran formalmente expropiaciones. En este contexto, la aceptación de la institución de la responsabilidad del Estado por afectaciones que no tienen carácter expropiatorio ha sido muy resistida y se ha hecho camino, paulatinamente, de la mano de la jurisprudencia y de la doctrina (caso francés y alemán) y del propio legislador (caso anglosajón) a medida que la democratización del Estado se ha ido afirmando.

La situación en nuestro Derecho, previa a la Constitución de 1980, era de lamentar. Por un lado, había ausencia de normas constitucionales y legales que reconocieran de manera general la responsabilidad del Estado y establecieran los principios rectores de tan vital institución al margen del instituto expropiatorio. La consecuencia fue que frente a los daños causados por la actuación de los órganos administrativos el Estado resultaba irresponsable y sólo cabía exigir la responsabilidad personal del funcionario<sup>17</sup>. Ante esta situación, la doctrina y los abogados se esforzaron por crear un sistema reparatorio con poca acogida por Tribunales. En los casos minoritarios existía una regulación especial (vgr. las municipalidades en 1976) lo que propició que la jurisprudencia se hiciera cargo de la problemática aplicando principios heterogéneos e incluso contradictorios.

Así la doctrina y la jurisprudencia, hasta 1938<sup>18</sup>, apelaron conjuntamente a fundamentos de derecho privado (artículos 2320 y 2322 del Código Civil) y de derecho público (garantía constitucional del derecho de propiedad, igualdad ante las cargas públicas) pero con poco resultado. Los tribunales sólo aceptaban la responsabilidad directa y exclusiva del funcionario. El perfeccionamiento de la técnica de la personificación del Estado en su faceta patrimonial, representado por el Fisco, y la diferenciación de los actos gubernativos en actos de gestión y actos de autoridad permitió en el primer caso (los actos de gestión) vincular la responsabilidad personal del funcionario a la responsabilidad estatal por culpa "*in eligendo*" o por culpa "*in vigilando*", en aplicación de los artículos 2320, 2322 y 2329 del Código Civil, por responsabilidad indirecta (en los casos de las personas a su cargo, o por actos de sus dependientes) o por responsabilidad directa (negligencia de la organización). Posteriormente, la introducción de la teoría del órgano permitió atribuir los delitos o cuasi delitos de los funcionarios directamente al Estado y hacer directamente aplicable el artículo 2314 del Código Civil. Como se observa, durante la etapa previa a la Constitución de 1980 predominaron los fundamentos de derecho privado para hacer procedente la responsabilidad del Estado.

Esta situación cambió con la Constitución de 1980 que estructura al Estado sobre el principio de responsabilidad (artículos 6 y 7 CPR) y para el caso de la Administración, contiene un precepto particular, el artículo 38 inciso 2º, cuyo texto es fuente de insalvables controversias interpretativas<sup>19</sup>. Hoy, nadie discute que la actividad admi-

<sup>17</sup> En el último tercio del siglo XIX hasta antes de la Constitución de 1925 hubo algunas sentencias que se fundamentaron en criterios de derecho público para conceder la reparación. Este fue el caso de Avalos con Fisco en 1889, en donde el tribunal afirmó: "*si la destrucción de los sandiales cuyo pago reclaman los demandantes, fue una medida necesaria en beneficio de los habitantes de la República, el Fisco, como representante de toda la comunidad, es el directamente obligado a indemnizar el daño que hizo a ciertos particulares en beneficio de todos*".

<sup>18</sup> En este año en el caso Mario Granja con Fisco el tribunal determinó que: "El Estado es persona jurídica de Derecho público que no tiene más responsabilidades directas que las que expresamente le impongan las leyes, y el Título XXXV del Libro Cuarto del Código Civil no le impone de manera expresa responsabilidad alguna por los delitos o cuasidelitos cometidos por sus funcionarios o agentes. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXVI (1939), segunda parte, sección 1ª, págs. 277 – 283.

<sup>19</sup> A partir de 1980, las sentencias sobre responsabilidad del Estado mayoritariamente se fundamentan en criterios de derecho público aunque la jurisprudencia no deja del todo de lado las bases legales del Código Civil.

nistrativa no es lejana al ciudadano por las numerosas responsabilidades que le hemos atribuido a esta organización servicial, lo que lleva consigo un aumento en la creación de riesgos a los patrimonios privados. De este modo, con la consagración constitucional de la institución de la responsabilidad de la Administración, lo que se busca es evitar que dichos riesgos, en los casos que el legislador determine, reviertan sobre un patrimonio particular generando injusticias.

Por otra parte, para las afectaciones directas al patrimonio particular la Constitución exige, para que éstas procedan, una ley previa general o especial fundada en la existencia de una causa de “*utilidad pública o interés nacional*” y el previo pago de una indemnización adecuada (artículo 19 n° 24 CPR), procedimiento que está regulado por el D.L. N° 2.186, Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones.

Ahora bien, el artículo 38 inciso 2° CPR no establece expresamente una responsabilidad pecuniaria sino un derecho a reclamar por las lesiones causadas por la Administración, pero ¿qué sentido tendría este reclamo sino, principalmente, el de pretender que se resarza de algún modo los daños inferidos?

Los presupuestos y formas en que esta responsabilidad puede producirse no se abordarán en este trabajo pero lo que sí nos interesa señalar es que esta responsabilidad guarda las siguientes características:

- a) Es una institución que debe ser regulada por el legislador. El artículo 38 inciso 2° CPR debe ser interpretado en conjunto con los artículos 6 y 7 CPR, los cuales señalan que es la ley la que determinará las responsabilidades y sanciones que se originen por actuaciones antijurídicas de los órganos estatales. Es así que la correcta aplicación del instituto de responsabilidad depende de que el legislador cumpla con esta obligación constitucional, pues, es la ley la que debe fijar los presupuestos que deben concurrir y configurar los elementos que se deben reunir para admitir el surgimiento de la responsabilidad de la Administración del Estado. La responsabilidad es una institución que, en definitiva, permite al derecho conseguir sus fines, por ello, su aplicación conlleva la distribución o redistribución de los riesgos. De ahí que es necesario que se justifique por qué se hace recaer sobre el responsable jurídico, en este caso la Administración, las consecuencias de la reparación del daño causado. Por esta razón, la definición del factor de atribución (o causa jurídica de la responsabilidad) y por otro lado, qué constituyen daños no indemnizables porque son cargas que debemos soportar todos sin compensación y qué constituyen daños reparables con cargo a los fondos públicos que aporta la comunidad y sirven para solventar las necesidades públicas, es obligación del legislador, en tanto éste es el representante de la comunidad que se autodetermina con normas generales.

- b) Es una responsabilidad regulada por el Derecho Administrativo. Como la responsabilidad surge por la acción u omisión de un órgano de la Administración del Estado ésta se rige por el Derecho Administrativo, que es el que regula la actividad de la Administración. Ahora bien, la escasa regulación legal de este instituto<sup>20</sup> ha propiciado un gran activismo judicial en esta materia, conllevando que sea el juez el que cree la norma en ausencia de disposiciones concretas o que recurra a normas del Derecho Civil para rellenar los vacíos normativos. Todo lo cual ha fomentado una jurisprudencia poco uniforme que impide trazar líneas jurisprudenciales en materia de responsabilidad del Estado. La situación actual dista mucho de concordar con lo que exige el funcionamiento adecuado de esta institución y la omisión legislativa ha tenido como consecuencia un traspaso del ejercicio normativo, caso a caso, a los tribunales. Al no existir tribunales especializados, la ampliación del ámbito de discrecionalidad judicial que se ha producido ha conllevado una jurisprudencia heterogénea que no logra sentar criterios básicos sobre los cuales pueda erigirse sólidamente esta institución.
- c) Se trata de una responsabilidad de una persona jurídica. Uno de los elementos subjetivos de la responsabilidad es la existencia de una persona jurídico-administrativa cuyo patrimonio es el que garantiza el cumplimiento de la obligación de la responsabilidad. Ésta puede ser el Fisco, persona jurídica que representa a los organismos administrativos centralizados y en el caso de los diversos servicios públicos descentralizados, éstos responden como sujetos de derecho autónomos. Esta responsabilidad atribuida a un ente jurídico ficticio, creado por el Derecho, torna inaplicables las construcciones jurídicas que en materia de responsabilidad se han realizado en el ámbito civil, penal y disciplinario, sobre la base del dolo o culpa del funcionario o agente público considerado como dependiente o persona a cargo del Estado.
- d) Se trata de una responsabilidad directa, por el hecho de la persona jurídica y no por la actividad de un tercero (del dependiente-funcionario). La teoría del órgano permite imputar, sin restricciones, la actuación de los funcionarios o agentes públicos a la entidad administrativa. Esto tiene su basamento en el artículo 38 inciso 2º CPR, que distingue entre la responsabilidad del Estado por la actuación u omisión de sus órganos de la respon-

<sup>20</sup> La regulación general de este instituto al margen de las normas constitucionales citadas se encuentra en el artículo 4 de la LOCBGAE. Inclusive el artículo 42, cuya interpretación es ampliamente controvertida, no califica como regulación general ya que se encuentra ubicado en el Título Segundo de la LOCBGAE denominado de Normas Especiales, que no es aplicable a todos los órganos de la Administración del Estado, sino a los que expresamente señala el artículo 21 de la misma ley.

sabilidad del funcionario que hubiere causado el daño. También se fundamenta a nivel legislativo en el artículo 4 in fine de la LOCBGAE.

- e) La responsabilidad de la Administración es integral. Puesto que de lo que se trata es de resarcir o restituir las lesiones o daños antijurídicos causados al ciudadano, al admitirse la responsabilidad del Estado, se debe reparar todo el daño causado tanto patrimonialmente como el daño moral. Lo que no obsta a que el legislador establezca causales de exención o de disminución de la indemnización cuando, por ejemplo, concorra falta grave de un tercero o de la propia víctima.

#### D) La Nulidad de Derecho Público

Esta institución se introdujo en Chile en el artículo 160 de la Constitución de 1833 por voto particular de don Mariano Egaña. Inicialmente, el artículo que la instituía fue propuesto para ser incorporado en el Título “*De la forma de gobierno*” pero, finalmente fue trasladado al Título de “*Disposiciones generales de la Constitución*”, con lo cual, su efecto sufrió una sustancial ampliación. Esto nos indica que su autor tenía en mente que dicha sanción estaba dirigida a los actos gubernativos (mayormente administrativos), no obstante, se lo sanciona como una norma general válida para todo poder público. Desde entonces, las Cartas Políticas han reiterado dicha norma y ha sido reproducida en la Constitución de 1925 (artículo 4) y en el Texto actual.

En la Constitución de 1980, esta institución está establecida en el artículo 7 inciso 3 e igualmente, no sólo es aplicable a los actos de la Administración sino a todos los órganos del Estado.

Respecto a la forma de operar este instituto, la doctrina se encuentra enfrentada. Por un lado, un sector de la doctrina nacional (Soto Kloss<sup>21</sup>, Fiamma Olivares<sup>22</sup>) postula que la nulidad de derecho público sancionada en el artículo 7 inciso 3 CPR opera *ipso jure*, es insanable, imprescriptible y por tanto es imposible que pueda generar efectos jurídicos, haciéndola en la práctica equivalente a la inexistencia. Por otro lado, un sector doctrinal más amplio (Reyes Riveros<sup>23</sup>, Cea Egaña<sup>24</sup>, Pierry Arrau<sup>25</sup>, Siva Cimma<sup>26</sup>) discrepan,

<sup>21</sup> Vid. “*La nulidad de Derecho público en el derecho chileno*”, en Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, vol. 1990, N°s 47–48.

<sup>22</sup> Vid. “*La acción constitucional de nulidad y legitimación objetiva*”, en Gaceta Jurídica, N°123, septiembre de 1990, p. 7 y ss.

<sup>23</sup> Vid. “*Reflexiones y bases acerca de la nulidad de derecho público*”, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XVIII, 1997, p. 383 y ss.

<sup>24</sup> Vid Derecho Constitucional Chileno, T. I, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002, p. 255 y ss.

<sup>25</sup> Vid “*Nulidad en el Derecho Administrativo*”, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XV, 193–1994, p. 79 y ss.

<sup>26</sup> Vid. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago, 1995, p. 150 y ss.

aunque con distintos argumentos, que la nulidad de derecho público opere de pleno derecho y que no requiera de pronunciamiento de la autoridad.

Durante años, se han mantenido estas posiciones confrontadas hasta que la LBPA ha dirimido, por vía legislativa, la discusión doctrinal a favor de quienes sostienen que la nulidad de derecho público no opera *ipso jure* y que por tanto es posible que un acto afectado de nulidad surta efectos, mientras no se le haya invalidado mediante declaración expresa en este sentido. De acuerdo al artículo 3 inciso 8 de la LBPA, el acto administrativo desde su vigencia “goza de presunción de legalidad frente a sus destinatarios y autoriza a su ejecución de oficio por la autoridad administrativa”. Por otra parte, la LBPA dedica el Capítulo IV a la “Revisión de los Actos Administrativos” y dentro de éste el artículo 53 regula la institución de la “Invalidación”. Por el precepto citado, se faculta a la autoridad administrativa para invalidar el acto administrativo por causa de ilegalidad, determinándose un plazo de dos años para que pueda ejercer esta potestad y la exigencia de otorgar audiencia previa al interesado.

Baste en este punto complementar con algunas consideraciones básicas para construir una Teoría de la Nulidad de Derecho Público<sup>27</sup>. Para tal efecto, es necesario tener en cuenta que:

- 1º La búsqueda de un resultado conforme al interés público impone la regla opuesta al Derecho Privado: esto es, la presunción de validez de las actuaciones administrativas; así lo ha reconocido el legislador expresamente en la LBPA, instituyendo dicha presunción.
- 2º La eficacia de la actuación administrativa, en la atención de los intereses generales, impone que se le reconozcan algunos poderes intensos como la potestad de autotutela que conlleva implícito el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos. Característica que el legislador básico de la LBPA ha igualmente reconocido.

#### ***4.2 Estado Democrático***

El dato objetivo del reconocimiento del principio democrático por la Constitución, tiene indudable eficacia sobre la Administración. Este principio da sustento a un conjunto de reglas y directivas que son derivación evidente de la cláusula de Estado democrático, cuya virtualidad y contenido es preciso conocer. Las directrices que se desprenden del principio de Estado Democrático en materia orgánica, que identificamos son:

<sup>27</sup> Un estudio completo y actualizado sobre esta materia se encuentra en la obra de JARA SCHNETTLER, J., *La Nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia*, Editorial Libromar, Santiago, 2004.

a). El principio de subordinación de la Administración

La primera consecuencia del principio democrático sobre la Administración, es su estructuración como un complejo orgánico subordinado a las instancias políticas que representan formalmente a la Nación, titular de la soberanía. De esta exigencia, se desprende que la Administración al carecer por sí misma de una legitimidad propia, debe ganarse esta legitimidad a partir de la eficacia y eficiencia con las que cumple las tareas públicas que le son encomendadas. De este modo, la Administración, organización vicarial, queda definida como un instrumento operativo al servicio de las directrices y decisiones que adopten las estructuras políticas representativas (Congreso y Gobierno).

Lo señalado es la expresión de la doble sujeción que tiene la Administración, por una parte, con respecto al Congreso (derivado del principio de legalidad) y de otra con respecto al Presidente de la República-Gobierno (artículo 24 inciso 1º CPR), a quien se le encomienda el gobierno y la administración del Estado.

b). La opción constitucional por un sistema burocrático profesionalizado

El artículo 38 inciso 1º de la Constitución establece que la ley orgánica constitucional que regule la organización básica de la Administración deberá garantizar la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que ésta debe fundarse.

Esta opción constitucional supone el establecimiento de una efectiva carrera funcionaria que asegure la igualdad de oportunidades para ocupar los cargos públicos (artículos 19 n° 17 y 38 inciso 1º CPR). Las diferencias sólo pueden fundarse en razones de capacidad y/o mayor idoneidad para la función (artículo 19 n° 16 inciso 3º CPR), sin perjuicio de que la ley puede exigir la nacionalidad chilena o límites de edad. Para asegurar la idoneidad profesional de esta organización, la Constitución exige la capacitación y el perfeccionamiento de los integrantes de la Administración (artículo 38 inciso 1º in fine CPR).

Ahora bien, la contrapartida a este sistema de carrera administrativa profesionalizada es que va aparejado de un conjunto de limitaciones e incompatibilidades fundadas en la preeminencia del interés público sobre el interés particular. La Constitución contiene algunos preceptos que permiten que el legislador sea el que defina los casos en que se admiten y la forma en que pueden ejercerse determinados derechos, como el de formar sindicatos (artículo 19 n° 19 CPR), negociar colectivamente (artículo 19 n° 16 inciso 5 CPR) y, en materia de huelga, el propio Texto constitucional se encarga de proscribir este derecho en el ámbito de la función pública

estatal y municipal (artículo 19 n° 16 inciso 7 CPR). Concordante con esta definición de la Administración como organización profesional, otras limitaciones a la función pública han sido desarrolladas por el legislador. Este es el caso de las inhabilidades e incompatibilidades que se derivan de la vigencia del principio de probidad administrativa.

#### ***4.3 Principio de Estado Servicial***

El fundamento de este principio se encuentra en la centralidad que tiene la dignidad humana como valor constitucional esencial. Reconocida en las Bases de la Institucionalidad, en el artículo 1, la dignidad humana apela no sólo a la igualdad formal, esto es, a la igualdad que se refiere exclusivamente a una equiparación de posiciones jurídicas individuales con prescindencia de las condiciones sociales y económicas en que deban ejercerse, sino que apela al establecimiento de garantías para que todo ser humano tenga un nivel de vida digno que le permita realizarse plenamente.

Es al Estado a quien se le responsabiliza de crear las condiciones para lograr la mayor realización espiritual y material posible. Y es su Administración, la que constituye el principal instrumento con que cuenta para cumplir con este deber, lo que involucra que ésta deberá actuar en pos de lograr la efectiva igualdad de oportunidades y la eliminación de todo rasgo de discriminación arbitraria.

En este sentido la Constitución no deja de caracterizar como obligaciones especiales del Estado las que tiene: a) en el ámbito de la salud, “*el Estado debe proteger el libre e igualitario acceso*” a las acciones orientadas a preservar este derecho (artículo 19 n° 9 CPR); b) en el ámbito educativo: el Estado deberá “otorgar especial protección” al derecho de educación, debiendo financiar un sistema gratuito de educación básica (artículo 19 n° 10 CPR); y c) en el ámbito del derecho de seguridad social, la acción del Estado debe estar orientada a “garantizar el acceso” a este derecho a todos los habitantes a prestaciones básicas uniformes, sea en el sistema público o privado (artículo 19 n° 18 CPR). Estos preceptos constituyen verdaderos deberes jurídicos de los poderes públicos de actuar positivamente a fin de lograr garantizar los derechos constitucionales enunciados. De este modo, la cláusula de servicialidad expresa una vocación de corrección de las condiciones socio-económicas según el valor de la “justicia social”, tarea a cuyo servicio se pone la organización administrativa.

#### ***4.4 Estado subsidiario***

El fundamento de este principio se encuentra en el reconocimiento constitucional de la autonomía de los grupos intermedios (artículo 1 inciso 3 CPR) a los que se debe permitir realizar en plenitud todas las actividades que sean capaces de realizar con eficacia, siempre y cuando no atenten contra el interés general. En algunos casos ex-

cepcionales se admite que el Estado supla la tarea de los grupos intermedios pero sólo con el objeto de remover los obstáculos que existen para que ellos se desempeñen eficazmente. En tal sentido, la actividad estatal es supletoria y temporal, buscando sólo mejorar el entorno en que estas sociedades se desenvuelven. Según la Comisión de Estudio de la Constitución de 1980 el principio de subsidiariedad se estatuye como “una condición esencial para que exista una sociedad realmente libre, ya que, cuanto mayor sea el estatismo que la afecte, menor será la libertad que ofrezca a la capacidad creadora del hombre, por amplio que sea el reconocimiento que se haga de sus derechos políticos”<sup>28</sup>.

El principio de subsidiariedad posee una dimensión negativa<sup>29</sup> para el Estado, que significa la imposibilidad de intervenir en las actividades de las sociedades intermedias cuando éstas se ajustan a los fines declarados y se desarrollen dentro del bien común. Esta limitación tiene una traducción especial en el ámbito económico que busca evitar que el Estado desarrolle actividades de agente económico a la par que los particulares. Esto fundamenta la imposición constitucional de requerir una previa habilitación legal, a través de una ley de quórum calificado, para que el Estado desarrolle actividades económicas bajo la forma empresarial (artículo 19 n° 21 CPR).

Por otro lado, la dimensión positiva<sup>30</sup> del principio de subsidiariedad se traduce en que el Estado tiene el deber de: a) proteger a los grupos intermedios menores frente a los mayores, lo que sirve de fundamento a las actividades de fomento, por ejemplo de las micro y pequeñas empresas; b) intervenir cuando las sociedades intermedias no sean capaces de cumplir sus fines de forma eficaz, lo que sirve de fundamento para que la Administración se haga cargo temporalmente de dicha actividad hasta que se superen los obstáculos; c) intervenir cuando los grupos intermedios desarrollen actividades ajenas a sus fines específicos (artículo 23 CPR) o atenten contra el bien común, en estos casos deberá imponer las sanciones que determine la ley.

#### ***4.5 Estado unitario con Administración desconcentrada y descentralizada***

La organización compleja del Estado que diseña la Carta de 1980, a partir de la reforma constitucional de 1991, es consecuencia de la traducción de tres principios básicos sobre los que se edifica el Estado chileno: el democrático, el participativo y la integración armónica de todos los sectores de la Nación.

Por los principios democrático y participativo el Estado chileno se construye como un Estado que debe asegurar a todas las personas la posibilidad de participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Es así que, en el ámbito regional y municipal, la Constitución define como parte de la estructura orgánica de estas administraciones

<sup>28</sup> Citado por PFEFFER URQUIAGA, E., en Manual de Derecho Constitucional, op. cit., p. 205.

<sup>29</sup> Vid NOGUEIRA ALCALÁ, H. Bases de la Institucionalidad en VERDUGO MARINKOVIC, M., PFEFFER URQUIAGA, E. et al., Derecho Constitucional, T.II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 111-112.

<sup>30</sup> Ibid.

territoriales a órganos encargados de hacer efectiva la participación de las respectivas ciudadanas regionales y locales. Estos órganos reciben el nombre de Consejo Regional (artículo 102 inciso 1 CPR) y Concejo municipal (artículo 108 inciso 2 CPR) respectivamente.

Por otra parte, la búsqueda de la integración armónica de todos los sectores de la Nación ha replanteado la necesidad de promover la descentralización administrativa como una forma de realizar el principio participativo y la democratización del Estado.

La desafortunada experiencia federalista, de la tercera década del siglo XIX, propició un fuerte rechazo a todo lo que pudiera remotamente amenazar la integridad del Estado, siendo causante de la conformación de una gran resistencia a todo esfuerzo descentralizador.

En la Constitución de 1980, aún ha pesado esta aprensión y la descentralización con autonomía sólo se ha permitido en el ámbito administrativo mas no en el político. Así, el Estado chileno es uno solo y el poder político no se descentraliza, pues se ejerce por los órganos nacionales (Gobierno y Congreso). A lo sumo, el poder político gubernamental sólo se desconcentra, a través de una cadena de autoridades (intendentes y gobernadores), dependientes directamente del Presidente de la República, a quien representan en el ámbito regional o provincial, respectivamente; y en su nombre, ejercen la función de gobierno dentro de su circunscripción.

En los ámbitos territoriales en los que se divide el Estado: regiones, provincias y comunas, se establecen Administraciones públicas con diferentes formas de vinculación con el poder central. Por un lado, los Gobiernos Regionales, aunque su denominación es equívoca, ejercen la administración superior de la Región y si bien su órgano colegiado (Consejo Regional) tiene origen democrático indirecto no se puede decir que están las bases para que este organismo funcione con verdadera autonomía respecto del poder central. Ello es así, por cuanto su Órgano Ejecutivo y presidente del Consejo es el Intendente de la Región (artículos 100 inciso 3 y 101 inciso 1 CPR).

En el ámbito provincial, la administración la ejerce el Gobernador, autoridad política de exclusiva confianza del Presidente de la República, a quien le asiste un Consejo Económico y Social de carácter consultivo (artículo 105 inciso 3 CPR).

En el ámbito comunal, las municipalidades se constituyen como administraciones autónomas en virtud de declaración expresa de la Constitución (artículo 107 inciso 4 CPR) y se les garantiza autonomía financiera (artículo 111 CPR).

En otro orden, del texto del artículo 3 de la Constitución se desprende que el constituyente equiparó en importancia el principio de descentralización con el principio de desconcentración. Ello tiene sentido porque excluyó de plano la descentralización política, lo que nos permite afirmar que la idea de fondo de estatuir estas directrices estaban, principalmente, inspiradas en una preocupación por el aseguramiento de la eficacia y eficiencia del actuar administrativo.

La descentralización funcional (constitución de servicios públicos personificados, pero que no gozan de una real autonomía no es más que una técnica de gestión importada del sector privado que permite agilizar la toma de decisiones y la materialización de las mismas, por lo que no conlleva distribución de poder alguno.

Por último, la desconcentración administrativa, muchas veces mirada a menos en este contexto, no se le debe minusvalorar por cuanto supone realmente impulsar la profesionalización de los cuadros funcionariales sobre los cuales se redistribuyen, por disposición del legislador, el ejercicio de facultades y competencias administrativas que antes estaban radicadas en los cargos políticos. Esta técnica en sí, posee una virtualidad política que a veces no se advierte porque el desplazamiento en sentido descendente de potestades públicas, supone la traslación, desde la clase política a la burocracia profesional, de potestades públicas cuyo ejercicio autónomo la LOCBGAE protege, eximiendo a los jefes de servicios públicos descentralizados, a los que la ley confiera competencia exclusiva en determinadas materias, del control jerárquico en cuanto al ejercicio de dichas competencias (artículo 34 inciso 1 LOCBGAE).