

Rolando Pantoja Bauzá\*

# Función Administrativa y Derecho Administrativo en el Derecho Chileno

## 1. La Administración como Actividad de Ejecución de la Ley

En Chile, desde comienzos del siglo XIX, los textos constitucionales aceptaron la teoría montesquieuana de la separación de los poderes del Estado, o si se quiere de la división de funciones, haciendo suya esta teoría constitutiva de la clave de bóveda de la arquitectura del Estado moderno y representativa del modelo institucional garantizador de la libertad política.

Por eso, la doctrina administrativa del siglo XIX habría de sostener que “En el Presidente de la República se resume, según nuestra Constitución, la plenitud de la autoridad encargada de ejecutar las leyes”. “Por consiguiente, los decretos, reglamentos e instrucciones que dicte para la ejecución de las leyes, no pueden versar sino sobre los detalles de estas, ni pueden tener otro objeto que el de desarrollarlas en la aplicación de sus preceptos”<sup>1</sup>, en una tesis que habría de persistir hasta el día de hoy.

“En Chile, como en la casi totalidad de los Estados, el principio mencionado ha recibido una aplicación constante”, confirmará en 1924 don *Alcibiades Roldán*, en su conocida obra de Derecho Constitucional.

Entre los actuales *ius* administrativistas, esta tesis clásica ha sido reivindicada por los profesores *Hugo Caldera Delgado* y *Eduardo Soto Kloss*, al afirmar, el primero, que “la función ejecutiva se traduce en la ejecución de las leyes para la realización del bien común”, y al sostener, el segundo, que “el órgano administrativo, al ejercer sus funciones legales de interpretación, debe atenerse al mero esclarecimiento de las disposicio-

1 Prado, Santiago, *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno*, 1859, págs. 41 y 42.

\* Titular de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la U. de Chile, Presidente del Instituto Chileno de Derecho Administrativo, Vicepresidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo

nes de la ley a fin de buscar su sentido, y al ir más allá de ello cae en la creación normativa, función que no es atribución suya, de ejecución de ley, sino del legislador”.

“Al Presidente de la República –agrega el profesor *Soto*– toca de manera primordial y deber fundamental ‘la conservación del orden público en el interior, y debe hacerlo, no según su beneplácito sino de acuerdo con la Constitución y las leyes’... Y ¡cuidado! con entender que porque el texto constitucional diga ‘crea convenientes’ para dicha ejecución, el Presidente queda liberado de su obligación constitucional y puede actuar cuando se le ocurre según su capricho, *bon vouloir*, o beneplácito, porque la propia Constitución, que es republicana y democrática y no monárquica como algunos parecen creer, se encarga de hacer jurídicamente responsable al mismo Presidente”.

No obstante, esta teoría no representa hoy día realidad social ni jurídica alguna.

Todos los antecedentes constitucionales demuestran que la Administración–función del Estado se halla suficientemente esclarecida por la propia Constitución Política de la República como para intentar revivir esa antigua tesis; que la historia fidedigna de su establecimiento demuestra, asimismo, su inadecuación al mundo de hoy, y que la doctrina constitucional también afirma su obsolescencia, por lo menos ya desde fines de la primera gran guerra.

La Constitución Política de la República, en efecto, en el numeral 8º de su artículo 32, junto con consagrar la tradicional potestad ejecutiva de la ley como atribución especial del Presidente de la República, asignó al Jefe de Estado una amplia potestad normativa autónoma, confiándole atribuciones para “ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal”, esto es, en todas aquellas que no se encuentren expresamente mencionadas en el artículo 60 del Código Político como específicamente regulables por el legislador, reconociendo, entonces, al Jefe de Estado, su carácter de titular de una función estatal que indudablemente supera la ejecución de la ley.

Por lo demás, aun el antiguo concepto de potestad reglamentaria como ejecutora de la ley ha cobrado una nueva dimensión en la Constitución de 1980, al haberse incorporado en el numeral 20 de su artículo 60 el concepto de ley marco, definida como toda norma general y obligatoria que establezca las bases esenciales de un ordenamiento jurídico, ya que significa reconocer que la facultad de complementar esas normas generales de bases esenciales de un ordenamiento jurídico configuradoras del concepto constitucional de ley, excede el concepto de mera ejecución que propugnaba el siglo XIX, reduciéndolo a la explicitación procedimental de los mandatos legales.

*Artículo 60.* Sólo son materias de ley:

20) Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico.

La historia fidedigna del establecimiento de la Constitución de 1980, enseguida, tampoco ampara la tesis de la administración-ejecución de la ley. Al discutirse el alcance de la denominación Poder Ejecutivo en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sus miembros coincidieron con la opinión del profesor *Raúl Bertelsen*, en orden a que la expresión poder ejecutivo “es una de las más incorrectas del Derecho Constitucional contemporáneo, porque los llamados poderes ejecutivos indican, si se atiende únicamente al nombre, que desempeñan una actividad secundaria, o sea, la de ejecutar, llevar a la práctica lo que otros han decidido, cuando lo que ocurre es lo contrario”. Justamente, basada en esta observación, la Comisión aprobó llamar al capítulo IV, relativo al Presidente de la República: Gobierno, no poder ejecutivo, criterio que compartió en los trámites posteriores que cumplió el anteproyecto, el Consejo de Estado, que lo revisó, la Junta de Gobierno, que lo plebiscitó, y la ciudadanía, que lo confirmó en el plebiscito aprobatorio de la Ley Fundamental.<sup>2</sup>

En doctrina, por último, la administración como ejecución de ley es una tesis abandonada. *Carré De Malberg*, para invocar sólo una de las autorizadas opiniones que convergen en el mismo sentido, constataba en 1919 que a esa fecha, “esta teoría –de la administración ejecución de ley– es rechazada universalmente. Se funda en la idea errónea de que las leyes pueden proveer a todas las necesidades del Estado”, creencia imposible de sostener, agregaba, puesto que “un Estado que se impusiera vivir exclusivamente de sus leyes, en el sentido que su actividad estuviera indefinidamente encadenada a decisiones tomadas previamente por vía legislativa, se colocaría prácticamente en la imposibilidad de subsistir y, de hecho, en ninguna parte existe un Estado de este género. En la mayor parte de los casos, las leyes se limitan a formular reglas generales y abstractas, o sea, a fijar de manera preventiva un cierto orden jurídico para el porvenir. Es evidente que la ley no podría preverlo todo, ya que no puede prescribir por anticipado las disposiciones que deban adoptarse frente a las eventualidades y acontecimientos variables de la realidad”.<sup>3</sup>

## 2. La Administración como Actividad Prestadora de Servicios Públicos

En Chile, la escuela del servicio público presenta una brillante tradición administrativista, hecha suya en la aplicación gubernativa y legislativa que se hizo de ella regularmente hasta la década 1970–1980.

A mediados del siglo pasado, aun la Presidencia de la República acudía al servicio público como única fórmula solucionadora de los problemas socioeconómicos del país, independientemente de la filosofía política que animara a quienes desempeñaran

2 Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 332ª, celebrada en martes 13 de diciembre de 1977, pág. 1866.

3 Carré de Malberg, R., *Teoría General del Estado*, Cultura Económica, México, pág. 430.

ese cargo. Cuando el Presidente Alessandri Rodríguez, empresario de tendencia liberal, buscó solucionar el tema del agro chileno, propuso y obtuvo del legislador la creación de tres servicios públicos: la Corporación de la Reforma Agraria, el Instituto de Desarrollo Agropecuario y el Servicio Agrícola y Ganadero. Cuando el Presidente Frei Montalva, a continuación, abogado de orientación demócrata cristiana, enfrentó el de la vivienda, siguió igual camino, a través de cuatro servicios públicos: la Corporación de la Vivienda, la Corporación de Obras Urbanas, la Corporación de Mejoramiento Urbano y la Corporación de Servicios Habitacionales.

La doctrina chilena aceptó esta tesis en dos de las variantes que modelan la tesis del servicio público en Francia: la duguitiana y la jezeana; como teoría general del Estado, la primera; como teoría de la Administración del Estado, la segunda.

La tesis del decano *León Duguit* fue hecha suya por el profesor *Manuel Jara Cristi*, que precisamente por esa adhesión, en su “Derecho Administrativo” de 1943 configuró al Estado como un conjunto de servicios públicos. El Derecho administrativo, afirmó, es la disciplina que estudia “las normas o reglas jurídicas aplicables a la actividad que el organismo social desarrolla para la realización de los fines de interés general que está llamado a satisfacer”. Si se quiere, es “el conjunto de disposiciones que instituyen los servicios públicos, que fijan sus atribuciones y que limitan el campo de sus tareas”, existiendo “tres categorías de servicios públicos, correspondientes a cada una de las tres funciones del Estado. Son los servicios legislativos, administrativos y jurisdiccionales”, actuando conforme al principio de la separación de funciones, fundamental en el Estado moderno.

“Los servicios públicos constituyen la estructura misma del Estado”.<sup>4</sup>

La tesis del profesor *Gastón Jéze* fue asimilada, a su vez, por don *Guillermo Varas Contreras*, quien guiado por su confesado propósito de hacer un Derecho Administrativo propiamente chileno, partió de la visión científica que presentaba el administrativismo a mediados del siglo XX para afirmar que la Administración del Estado es un conjunto de servicios públicos, concebidos éstos como organizaciones permanentes del Estado que actúan en forma regular y continua en la satisfacción de las necesidades públicas, conforme a las normas especiales del derecho público administrativo.

“La Administración Pública tiende fundamentalmente a satisfacer las necesidades públicas; para ello se somete a los procedimientos de derecho privado o a los del derecho público. En este segundo caso, que es el que más directamente interesa a nuestro estudio, las entidades públicas, llámense Estado o Municipalidad, organizan los servicios públicos dentro de un procedimiento especial, cuyas características jurídicas deben ser consideradas, por las consecuencias prácticas que de ellas se derivan”.

“Se ha definido el servicio público diciendo que es toda organización de carácter permanente destinada a satisfacer una necesidad pública de una manera regular y continua”.

4 Jara Cristi, Manuel, *Derecho Administrativo*, 1943, op. cit., pág. 14.

“En esta definición se advierten, desde luego, tres características dominantes, a saber: permanencia, regularidad y continuidad. Los servicios públicos, tales como el agua potable, alcantarillado, alumbrado, etc., son permanentes, por su naturaleza, porque satisfacen necesidades de ese carácter. Además, son de una índole tal que deben ser atendidos en forma que no pueda perturbarse su funcionamiento regular y continuo, pues, de lo contrario, se irrogarían daños incalculables a la salud, vida, seguridad y aun economía de la población”.

“Estas características tan especiales dan origen a un régimen legal, también especial, que permite satisfacer las necesidades públicas en forma amplia, sin las trabas ni restricciones que impone, a veces, el derecho privado en las relaciones civiles entre particulares. El régimen del servicio público debe tener, pues, como fundamento y fin, la satisfacción superior de necesidades públicas, y, como medio, el poder legal suficiente para atenderlas, en todo instante, sin consideración a interés particular alguno; atención que debe hacerse de una manera regular y continua, dentro de la marcha ordenada y normal de la colectividad social”.

“En otros términos, la noción de servicio público excluye toda idea contractual y, si en algunos casos la considera, lo es bajo la condición de reconocerse, sea en la ley o en los actos constitutivos de las concesiones, la primacía del Estado para modificar unilateralmente los contratos cuando, a su juicio, las necesidades públicas así lo exijan, sin perjuicio, naturalmente, de las adecuadas compensaciones que puedan otorgarse”.<sup>5</sup>

Esta forma de explicar y aplicar la función administrativa fue abandonada a fines del siglo XX, tanto por razones prácticas como teóricas.

Prácticas, porque los Gobiernos reemplazaron su hacer basado en la concreción de sus aspiraciones políticas por el diseño de políticas públicas, y éstas, como tales, no descansaban ni se proyectaban necesariamente en y a través de la idea de servicio público, ya que sus planteamientos eran globales, involucraban tanto al sector público como al privado.

Razones teóricas, porque la escuela del servicio público como delimitadora del ámbito del Derecho Administrativo en Chile, presentaba la debilidad estructural de dejar fuera de su ámbito doctrinal al Presidente de la República, autoridad que sin embargo, por mandato de la Constitución Política, era precisamente la reconocida depositaria de las funciones de gobierno y de administración en el país. No considerarla, implicaba quitarle piso positivo de sustentación.

5 Varas Contreras, Guillermo, *Derecho Administrativo*, Editorial Nascimento, 1948, págs. 7, 311 y 312.

### 3. La Administración Chilena como Actividad Orientada a Satisfacer Necesidades Públicas y a Fomentar el Desarrollo Sustentable del País, de las Regiones y de las Comunas

El organigrama de la Administración del Estado se ha diseñado desde antiguo en el país atendiendo a la figura institucional del Presidente de la República, lo que llevaba a la doctrina a distinguir los servicios públicos centralizados de los descentralizados, según si dependieran jerárquicamente o se relacionaran con el Jefe de Estado por un vínculo de supervigilancia o tutela.

Este diseño experimentó un profundo cambio con motivo de la reforma constitucional de 1991, en tanto y en cuanto ella consagró la existencia de los gobiernos regionales, concebidos como servicios públicos personificados de origen constitucional y carácter autónomo; personas administrativas de derecho público encargadas horizontalmente de la administración de las regiones del país, y definió la administración como una actividad estatal de promoción del desarrollo social, cultural y económico de esos espacios territoriales.

De aquí que se haya sostenido que “la función administrativa no puede modelarse –al día de hoy– desde los solos preceptos constitucionales que se refieren al Presidente de la República; ella se yergue funcionalmente en el cuadro institucional desde el Presidente de la República hasta las municipalidades, pasando por los servicios públicos nacionales y los gobiernos y servicios regionales, como una función estatal de grandes proyecciones ante el país, pues surge tanto como una actividad garantizadora de la seguridad ciudadana cuanto como una palanca de desarrollo físico, social, cultural y económico de la República, responsable de planificar y ejecutar una política nacional de desarrollo al servicio de la persona humana y en un contexto de equilibrio ambiental que resguarde la salud pública y el adecuado equilibrio ambiental”.<sup>6</sup>

En efecto, al confiar la reforma de ese año la administración regional a un servicio constitucionalmente autónomo, precisando que su competencia estaría determinada por la promoción del desarrollo social, cultural y económico de la región, reforzó el carácter independiente que ya había atribuido a las municipalidades en el orden comunal o local y resituó la posición y contenido de la función presidencial como actividad de la autoridad suprema de la organización administrativa.

*Artículo 100, incisos 2º y tercero, primera parte.* La administración superior de cada región radicará en un gobierno regional que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región.

Para el ejercicio de sus funciones, el gobierno regional gozará de personalidad jurídica de derecho público y tendrá patrimonio propio.

6 Pantoja Bauzá, Rolando, *El Derecho Administrativo, clasicismo y modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pág. 187.

*Artículo 107, inciso 4º.* Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.

Resituó el contenido de la función presidencial en el ámbito administrativo, en primer lugar, pues pasó a reconocerla como una actividad de bastante más proyección que la de simple viabilización de la ley, al confiarle, ahora, el fomento del desarrollo, criterio que no estaba explicitado en las normas del Capítulo IV del Código Político reguladoras del Gobierno, que remontaba sus orígenes a la Carta de 1833, y ésta a la Constitución de Cádiz de 1814.

El informe de las Comisiones Unidas del Senado de la República, hecho suyo por las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados, hizo evidente el cambio conceptual que afectaba a la función administrativa, al sostener que ella era una actividad del Estado que “supone un conjunto de atribuciones que se orientan más bien a la aplicación de las normas legales y decretales para la consecución de los objetivos de poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos”, idea que el Congreso Nacional consignó formalmente en el artículo 102 de la Constitución, extendiéndolas en términos implícitos al Presidente de la República, al aceptar la existencia de una “política nacional de desarrollo”.

*Artículo 102, inciso 2º, primera parte.* Corresponderá desde luego al consejo regional aprobar los planes de desarrollo de la región y el proyecto de presupuesto del gobierno regional, ajustados a la política nacional de desarrollo y al presupuesto de la Nación.

Resituó orgánicamente la posición presidencial, en segundo término, pues estructuró un nuevo diseño administrativo en la Carta Política, estableciendo una función administrativa articulada en tres grandes planos horizontales: el nacional, el regional y el comunal o local, independientes el uno de los otros, aunque con mandatos expresos de coordinación, contenidos en la Constitución, desde luego, pero reiterados por las Leyes Orgánicas Constitucionales de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), de Gobierno y Administración Regional (LOCGAR) y de Municipalidades (LOCM).

*LOCBGAE, artículo 22, inciso 2º.* Para tales efectos –para colaborar con el Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración que les corresponde ejercer– los Ministerios deberán proponer y evaluar, las políticas y planes correspondientes...

*Artículo 28, inciso 1º.* Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar...

*LOGGAR, artículo 16.* Serán funciones generales del gobierno regional:

- a) Elaborar y aprobar las políticas, planes programas de desarrollo de la región, así como el proyecto de presupuesto, los que deberá ajustar a la política nacional de desarrollo y al presupuesto de la Nación.
- i) Mantener relación permanente con el gobierno nacional y sus distintos organismos, a fin de armonizar el ejercicio de sus respectivas funciones.

*LOCM, artículo 7º, inciso 1º, 1ª parte.* El plan comunal de desarrollo, instrumento rector del desarrollo en la comuna, contemplará las acciones orientadas a satisfacer las necesidades de la comunidad local y a promover su avance social, económico y cultural.

*Artículo 9º, inciso 1º.* Las municipalidades deberán actuar, en todo caso, dentro del marco de los planes nacionales y regionales que regulen la respectiva actividad.

A estas circunstancias ha de agregarse el hecho de que el Código Político impone al Estado en general y por consiguiente a la Administración en particular, velar por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y tutelar la preservación de la naturaleza, lo que hace que esa finalidad de desarrollo que ha pasado a caracterizar a la Administración chilena de fines del siglo XX y comienzos del XXI, surja como una finalidad de desarrollo, es cierto, pero además ligada a la sustentabilidad del progreso económico y social del país, de las regiones y de las comunas, y no solo como un desarrollo postulado como un simple crecimiento material.

*Artículo 19.* La Constitución asegura a todas las personas:

8º. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

Por eso, la función administrativa en Chile ha podido definirse diciendo que según la Constitución Política de la República "el Estado de Chile tiene una razón de ser: estar al servicio de la persona humana; una finalidad: promover el bien común, entendido, en el aunamiento de sus varias facetas, como la búsqueda de un desarrollo sustentable para la nación; y un instrumento: la aprobación de una política nacional de desarrollo, expresada en los planes y programas que la materialicen, dentro de la Constitución y las leyes".<sup>7</sup>

Hoy día, la LOCBAE, luego de las grandes modificaciones que le introdujera en 1999 la Ley N° 19.653, acoge expresamente la tesis de la Administración social de segunda generación al disponer en su artículo 3º inciso 1º que el deber de servicio que la Constitución impone a la Administración Pública ha de concretarse en finalidades de servicio público y de fomento del "desarrollo del país".

7 Pantoja Bauzá, Rolando, *Organización administrativa del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, pág. 188.



*Artículo 3º, inciso 1º.* 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.

#### **4. El Concepto Constitucional de Función Administrativa y los Nuevos Criterios Estructurales del Derecho Chileno**

4.1. Si bien se examina, el legislador de la Ley N° 19.653, de 1999, al sustituir el artículo 3º de la LOCBGAE y ampliar el campo que le asignaba a la Administración el texto original del año 1986, no hizo otra cosa que compatibilizar los principios constitucionales contenidos en el "Capítulo I: Bases de la institucionalidad", con el nuevo concepto de función administrativa admitido por el constituyente en la reforma de 1991, que entendió, como se sabe, que la Administración configuraba ahora en el texto constitucional "un conjunto de atribuciones que se orientan... a la aplicación de las normas legales y decretales para la consecución de los objetivos de poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos", esto es, era una administración esencialmente teleológica: apuntaba al desarrollo y a prestar servicios, antes que a la mantención del orden o a la sola prestación de servicios públicos, como se infería del cuerpo de esa ley proveniente del texto del año 1986.

Antes de 1991, la Constitución chilena se había caracterizado por aceptar criterios jurídicos causales o formales que, como tales, centraban su atención en las estructuras administrativas, en sus competencias y procedimientos, y en que la licitud o ilicitud del actuar público derivaba de su conformidad o disconformidad formal con las normas constitucionales o legales, medida conforme a un juicio lógico de comparación entre lo actuado y lo normado, por aplicación de la antigua fórmula de la subsunción jurídica.

Ahora, en cambio, en los tiempos contemporáneos, la Constitución ha pasado a complementar esos criterios normocráticos con importantes mandatos teleológicos y sustanciales.

En este contexto, dominado por la aceptación constitucional de una perspectiva teleológica de la acción del Estado, la actitud del legislador de la Ley N° 19.653 aparece como una armonización, en lo administrativo, de las ideas tradicionales con las contenidas en la Carta Política, en orden a determinar para el Estado una concreta finalidad humanista, dando sustantividad a los derechos de las personas, con el efecto de producir una profunda innovación en las bases causales o formales que hasta entonces dominaban el ordenamiento chileno.

4.2. Dispuso el artículo 1° de la Constitución de 1980, en sus incisos 4° y 5°:

*Artículo 1°, incisos 4° y 5°.* El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

La sesión 402ª de las celebradas por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, de 14 de julio de 1978, fue particularmente ilustrativa al referirse a estos preceptos. Los comisionados que intervinieron en ella destacaron que ellos buscaban expresar los “principios de lo que constituye la nación chilena”; “los motivos que unen a la sociedad chilena”; “lo relativo a la identificación de la nación chilena”, a “un sustrato espiritual que existe dentro de un conjunto humano que habita determinado territorio y que debe expandirse a lo largo de todo el cuerpo social y del Estado, como expresión jurídica de dicho cuerpo”; que ese artículo 1° habría de “establecer los valores con los cuales la sociedad chilena se siente identificada”, “disposiciones que constituirían su núcleo o esencia”.

El hecho de incluir al bien común como “finalidad del Estado significa –se sostuvo en esa sesión 402ª– que el texto constitucional no es un cuerpo neutro que se limite a ser la expresión de una trama de órganos que se entrelazan para adoptar decisiones, sino, antes que eso, la expresión de un ente jurídico que tiene una finalidad objetiva a la cual todos sus actos deben tender”.

Por eso, el Tribunal Constitucional, en su fallo Rol N° 19, de 1983, reiterado posteriormente en otras sentencias, destacó la importancia de este artículo 1° atribuyéndole “un profundo y rico contenido doctrinario que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional”. “En consecuencia, no cabe duda que, conforme a este precepto, los titulares e integrantes de los órganos del Estado deben realizar esas funciones básicas a fin de alcanzar la finalidad suprema, el “bien común”; y que en cumplimiento de su misión deben actuar con la debida prudencia, equidad y mesura que las circunstancias aconsejen”.

La incorporación de este finalismo jurídico al texto constitucional ha traído consigo dos grandes consecuencias para la Administración: por una parte, ha positivado el principio de buena fe en el actuar de las autoridades; por la otra, ha desterrado de la Administración Pública el viejo principio fiscalista que beneficiaba el interés concreto del Estado fisco, para desplazar el centro de gravedad de la acción pública hacia la persona humana.

a. El “problema que es vital a toda organización de nuestra comunidad –se sostuvo en la sesión 50ª de las celebradas por la Comisión Constituyente, el 2 de julio de 1974–, es el ejercicio de buena fe de las potestades”; “principio que es la clave del Estado de Derecho, ... del derecho mismo”; que “diga claramente –se agregó en la sesión siguiente, 51ª, de 4 de julio de 1974– que las autoridades, los órganos del Estado, deben actuar de buena fe, aplicar las normas sin violentar el espíritu, la finalidad o el objetivo previsto por el legislador”. En definitiva, la Comisión Constituyente, por consideraciones de diversa índole que no afectan el curso de estas reflexiones, desestimó incluir en su anteproyecto la exigencia de esta buena fe, pero aclarando que su actitud no implicaba la exclusión de esa exigencia del texto constitucional. Así se dejó constancia en la sesión 402ª, de 14 de julio de 1974, de la Comisión, al manifestarse que “La explicitación de que el Estado debe promover el bien común nació de la preocupación por definir cuál era la finalidad del Estado, de modo que el texto constitucional no fuera un cuerpo neutro que se limitara a ser una trama de órganos que se entrelazan para adoptar decisiones, sino, antes que eso, la expresión de un ente jurídico que tiene una finalidad objetiva a la cual todos deben tender”, de manera que si bien no se incluyó a la buena fe como elemento de validez del actuar de las autoridades públicas, específicamente de las autoridades administrativas, la presencia actual del artículo 1º, que en su inciso 4º establece la razón de ser del Estado: estar al servicio de la persona humana, y la finalidad del Estado: promover el bien, importa la aceptación de esa exigencia.

Así lo reconoció en 1986 la LOCBGAE en su artículo 2º, al disponer que todo abuso o exceso de poder en el ejercicio de las potestades administrativas sería impugnabile por las vías administrativa y jurisdiccional, con la “expresa constancia” estampada en este sentido por el informe de la Comisión de Estudio de las Leyes Orgánicas Constitucionales de 30 de noviembre de 1983, recaído justamente en el proyecto de esa ley, al decir que al manifestarse que la frase “Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades”, “comprende también el concepto de desviación en el ejercicio de las correspondientes potestades”, aludiendo a la desviación de fin o desviación de poder como irregularidad en el uso de las prerrogativas públicas.

*Artículo 2º.* Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.

b. Desde el administrativismo, se ha manifestado enseguida que las normas de estos incisos 4º y 5º del artículo 1º, han desterrado “del ámbito administrativo el viejo principio fiscalista de interés público asimilado al interés del Estado – persona jurídica, al estilo regalista, que confundía los intereses del rey con los del reino, para establecer un nuevo principio jurídico: el del interés general, inspirado en la promoción del bien común, en que el Estado está ante todo y por sobre todo al servicio de la persona humana”.

“Desde este ángulo de observación, la Constitución de 1980 liberó las formas administrativas del esquema geométrico de organizaciones que le imponía la jurisprudencia administrativa de los años 1970; al dar primacía a la idea central de un Estado al servicio de la persona humana, el Código Político invirtió el concepto transpersonal que en el pasado aunó a algunos círculos ciudadanos bajo la idea corporativa de una cohesión social o de la fuerza de la misma nacionalidad, generando esa profunda transformación consistente en estimar que toda organización, sea cual fuere su tipo, es sólo un elemento medial, un simple instrumento para alcanzar fines humanos, lo que significó y trajo consigo una minusvalía en la apreciación de las categorías y tipos de organizaciones, haciéndolos perder el valor de forma-fin jurídico que les atribuía el pensamiento anterior a 1980, en beneficio de este humanismo posmoderno hecho suyo por el texto constitucional, que no gira en torno a formas, sino a contenidos.”

“En el pasado cercano, el Estado se hacía a través de su organización; en la Constitución vigente se hace Estado sirviendo a la población.”<sup>8</sup>

4.3. El criterio material, que consagra la sustantividad de los derechos de las personas, encuentra su consagración en los artículos 1° inciso 4°, parte final, 5° inciso 2° y 19 numeral 26 de la Carta Fundamental.

*Artículo 1° inciso 4°.* El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, ... con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

*Artículo 5°, inciso 2°.* El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

*Artículo 19.* La Constitución asegura a todas las personas:

26. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

El artículo 6° del Código Político obliga a “Los órganos del Estado” y “a los titulares o integrantes de dichos órganos, como a toda persona, institución o grupo”, a respetar las normas de la Constitución y las dictadas conforme a ella. En el mismo sentido, el artículo 7° prescribe, por su parte, que “Ninguna magistratura, persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

8 Pantoja Bauzá, Rolando, *Organización*, cit., pág. 171.

Pues bien, cada uno de estos artículos, en sus respectivos incisos 3os, preceptúa que “La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley” y “Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”, respectivamente. Dicho en otros términos, la contravención a las disposiciones constitucionales y a las normas dictadas conforme a ella implican sanciones objetivas y subjetivas, conforme a lo que la ley señale al respecto.

Encontrándose consagrado en la Constitución este criterio sustancial, la Carta Fundamental admite entender que la frase que consigna en sus artículos 20 y 21: “imperio del derecho”, puede hacerse expresiva e integradora de los criterios causales y teleológico-sustanciales que inspiran al Código Político.

Estos artículos 20 y 21 establecen los recursos constitucionales de protección y amparo, tendientes a evitar cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que amenace, perturbe o prive a una persona del legítimo ejercicio de un derecho blindado jurídicamente por el artículo 20, o cualquiera “privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual”, producida con infracción a la Constitución o la ley, protegido por el artículo 21, llevando a una actuación interdependiente los conceptos de Derecho objetivo y derecho subjetivo y obligando a los órganos del Estado y a los particulares a respetarlos, en cuanto normas y en tanto esferas de acción habilitada y delimitada dentro del ordenamiento para todos y cada uno de los sujetos que dinamizan el escenario jurídico del país.

Esta visión de lo jurídico explica, asimismo, que el artículo 20 de la Carta Política no sólo confie a las Cortes de Apelaciones la imposición de sanciones por causal de ilegalidad, como era usual en el Derecho chileno, sino que haya colocado en un mismo plano de ilicitud que la ilegalidad, a la arbitrariedad, expresando con esta actitud que para ella lo lícito es lo legal, claro está, pero elevando también lo razonable al nivel de lo lícito, considerando como ilicitud, asimismo, a la arbitrariedad, esto es, admitiendo que la razonabilidad es un elemento de igual importancia que la licitud en el análisis de las actuaciones jurídicas, de modo que su contravención se halla penada por los artículos 6° y 7°, y en los mismos términos, por el inciso 3° de cada uno de esos preceptos, con responsabilidad, sanciones y, en su caso, con la nulidad del acto que contiene la contravención.

“El reconocimiento constitucional de una facultad —señaló la Corte de Apelaciones de Santiago en su sentencia de 30 de abril de 1993: “Olivares Esquer, Marta con Contralor General de la República— no importa —siempre— su correcto o sano ejercicio, y esto último puede y debe ser examinado por los tribunales cuando como en este caso, se requiere. Un acto es ilegal cuando no se atiene a la normativa por la que debe regirse. Un acto es arbitrario cuando carece de sustentación lógica y se presenta como mero fruto del capricho o la sinrazón.”

## **5. El Concepto Constitucional de Función Administrativa, Coincidente con la Concepción Teleológica–Sustancial de la Constitución Política, Obliga a Reconstituir la Visión Teórica del Derecho Administrativo Chileno**

Atendidas las circunstancias de que el medio *ius* administrativo chileno aún admite, como ha podido apreciarse, la vigencia de una tesis administrativa abandonada por la intelectualidad y la política europeas a comienzos del 1900 para explicarse qué es la administración –como es la de considerar a la función administrativa como una actividad estatal de ejecución de la ley–, por una parte, y a que todavía hay voces que postulan intransigentemente la validez científica de la doctrina clásica del servicio público –rechazando por heterodoxia teñida de mercado cualquier construcción jurídica que busque interpretar la realidad contemporánea–, por la otra, en ambos casos exaltando la soberanía nacional y el ejercicio de las prerrogativas públicas por sobre el derecho de la persona humana; el futuro del Derecho Administrativo chileno se encuentra en una difícil encrucijada teórica.

Ello, porque en tanto los cimientos que sustentaron a esta disciplina en el pasado y hasta un presente cercano se hallan sobrepasados por la realidad, en particular por las actuales concreciones que muestra el mundo occidental en los planos nacional e internacional –si es que la existencia de sujetos internacionales en los campos militar y no militar o de órganos supranacionales permiten seguir empleando la voz internacional–, concreciones que internamente desbordan los postulados doctrinales de la Reforma Administrativa e incluso los de la Modernización del Estado acuñados en los años 1960 y 1980, sus cultores siguen analizando y enseñando las fuentes, la organización, la actividad, la responsabilidad y el control de la Administración del Estado, conforme a los parámetros tradicionales.

Lo anterior, sin reparar, además, en el mandato constitucional de promover ante todo el bien común, cuidando de la integridad de los derechos de la persona humana, que el Código Político dirige imperativamente a los poderes públicos, mandato que ha sido bien asimilado por la doctrina publicística nacional en su aplicación individualista, pero no en la proyección teleológica–sustancial que representa en la sociedad chilena ni en la construcción del Derecho nacional, con el consiguiente desplazamiento que implica, a un segundo plano, del criterio formal o causal, que aún domina el mundo jurídico en el país.

Es éste un desafío pendiente, pero no indefinido en el tiempo, por el apremio que imponen las circunstancias, no sólo las de la evolución propia de Chile o las que derivan del desarrollo del mundo occidental, sino por la misma intercomunicabilidad que han de traer consigo los Tratados de Libre Comercio de última generación que se han suscrito con Estados Unidos, la Unión Europea, Corea y próximamente con China, documentos internacionales que se quiera o no, en un momento determinado le exigirán o impondrán al pensamiento jurídico del país manifestar una visión amplia de

lo jurídico, en la que por naturaleza no tendrán cabida las concepciones valoradas y aceptadas por su origen autóctono, respaldado por una determinada invocación histórica que descalifica las llamadas "doctrinas extranjerizantes", o las afirmaciones alcanzadas racionalmente en calidad de verdades científicas en un campo que se adelanta como expresión de una constructividad abstracta: las actuales condiciones del intercambio cultural, social y económico involucradas en esa manera del ser contemporáneo resisten cualquiera solución que importe tanto la subordinación de otras culturas, instando por una coordinación que reconozca esa interacción, cuanto las soluciones que se presenten en términos de verdad-falsedad, ajenas al sano y asimilado realismo de los tiempos actuales.

Si bien se examina, esta reconstrucción de lo jurídico es la deuda pendiente que la intelectualidad chilena, constitucional y administrativa, tiene para con el país real.