

Rolando Pantoja Bauzá\*

# El Concepto de Derecho Administrativo en el Derecho Chileno.

**SUMARIO:** 1. El concepto de Derecho Administrativo en el Derecho Chileno. 2. La aceptación del concepto de Derecho Administrativo definido por su término adjetivo. 3. La Organización Administrativa y la relación jurídica como Elementos Constitutivos del concepto de Derecho Administrativo. 4. El Substrato de los supuestos formales de la Definición de Derecho Administrativo. 5. El cambio de perspectiva. 6. La recepción Constitucional de las nuevas ideas: la razón de ser y el fin del Estado de Chile. Incidencia de los Artículos 1º, incisos 4º y 5º, 5º y 19 numeral 22, en el Derecho Administrativo: los principios humanista y solidario.

## 1. El Concepto de Derecho Administrativo en el Derecho Chileno.

Las disciplinas jurídicas se definen normalmente como un conjunto de normas y principios, y se especifican por el objeto regulado por esas normas y principios. Se habla así de Derecho constitucional, Derecho tributario, Derecho penal, Derecho civil, Derecho comercial, etc.

Conforme a esta metodología, el Derecho administrativo puede conceptuarse como el conjunto de normas y principios que estudian –como ciencia normativa– o regulan –desde el punto de vista positivo– a la Administración del Estado o Administración Pública, Administración que puede ser conceptuada, a su vez, en su aspecto orgánico, como el conjunto de autoridades y servicios públicos, o como actividad, función del Estado orientada a prestar servicios públicos y a promover el desarrollo sustentable de la nación, de la región o de la comuna, según se desprende del contexto de la Constitución Política del Estado y del artículo 3º de la LOCBGAE, en su texto actualizado del año 2001, el DFL N°1-19.653, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

\* *Profesor Titular de Derecho Administrativo, y Vicedecano, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.*

## 2. La aceptación del concepto de Derecho Administrativo definido por su término adjetivo.

La definición de Derecho administrativo articulada en torno a la Administración, su objeto temático, es una perspectiva ampliamente aceptada por el *ius* administrativismo americano.

La hacen suya, por ejemplo, los profesores Bielsa, Diez y Marienhoff, en sus respectivos tratados sobre la disciplina. El gran maestro Rafael Bielsa señalaba que “puede definirse el derecho administrativo como el conjunto de normas positivas y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos, y al consiguiente contralor jurisdiccional de la Administración pública”.<sup>1</sup> “Entendemos por derecho administrativo –precisa Manuel María Diez– el complejo de principios y normas de derecho público interno que regulan la organización, la actividad de la administración pública y su control”.<sup>2</sup> Es “el conjunto de normas y principios de derecho público interno, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de la administración pública –dice Miguel Marienhoff–, así como la regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las de las entidades administrativas con los administrados”.<sup>3</sup>

Análogo punto de vista sostiene Hely Lopes Meirelles en Brasil: “Conjunto armónico de principios jurídicos que rigen los órganos, los agentes y las actividades públicas tendientes a realizar concreta, directa e inmediatamente los fines del Estado”<sup>4</sup>; Pablo Dermizaky Peredo en Bolivia: “En la forma más simple, el Derecho Administrativo es “el derecho relativo a la Administración”, aunque, para tener un “concepto cabal sobre la materia” es necesario considerar las normas jurídicas que rigen “la actividad administrativa” y sus consiguientes relaciones de derecho”<sup>5</sup>; Jaime Vidal Perdomo en Colombia: “El estudio de la estructura y de la actividad de la administración constituye la temática del derecho administrativo”<sup>6</sup>; Herman Jaramillo Ordóñez en Ecuador: “Un conjunto de normas, reglas y principios jurídicos que regula la organización, dirección, coordinación, control y evaluación de los servicios públicos, entre administradores y administrados de un Estado”<sup>7</sup>; Miguel Acosta Romero en México: “Es el conjunto de normas de derecho que regulan la organización, estructura y actividad de la parte del Estado que se identifica con la administración pública o Poder Ejecutivo, sus relaciones con otros órganos del Estado, con otros entes públicos y con los particulares”<sup>8</sup>; Salvador Villagra Maffioldo en Paraguay: “Para evitar todo equívoco, bien podría denominárselo “Dere-

1 Bielsa Rafael, tomo I, 1964, pág. 37.

2 Diez, Manuel María, tomo I, 1974, pág. 235.

3 Marienhoff, Miguel S., tomo I, 1982, pág. 151.

4 Lopes Meirelles, Hely, 1999, pág. 34.

5 Dermizaky Peredo, Pablo, 1999, pág. 29.

6 Vidal Perdomo, Jaime, 1980, pág. 28.

7 Jaramillo Ordóñez, Herman, 1992, pág. 23.

8 Acosta Romero, Miguel, 1991, pág. 13.

cho ejecutivo”, Derecho al que deben ajustar sus actos los órganos que por su propio cometido se llaman justamente “ejecutivos”<sup>9</sup>; Enrique Sayagués Laso en Uruguay: “La parte del derecho público que regula la estructura y funcionamiento de la administración y el ejercicio de la función administrativa”<sup>10</sup>, y Eloy Lares Martínez en Venezuela: “A nuestro parecer –dice–, el derecho administrativo puede ser definido como rama del derecho público interno, que comprende las normas del ordenamiento jurídico positivo y los principios de la jurisprudencia y la doctrina aplicables a la estructura y funcionamiento de la administración”<sup>11</sup>.

### 3. La Organización Administrativa y la relación Jurídica como Elementos Constitutivos del Concepto de Derecho Administrativo.

Naturalmente, la Administración, sea en su forma orgánica o en su aspecto funcional, asume gran importancia en el campo del Derecho administrativo. Ella no sólo da su nombre a la disciplina, sino que aparece, en principio, como el elemento diferenciador que la caracteriza y singulariza como tal frente a las demás ramas del derecho. Por eso, Entrena Cuesta comienza su obra diciendo que un “problema de capital importante en el estudio de toda rama del saber es el de la determinación de su concepto”, y que “a tal efecto –en el derecho administrativo– conviene partir del hecho de que el criterio seguido por la ciencia jurídica para proceder a la clasificación de las distintas ramas del derecho no es formal, sino sustancial: se basa en el objeto de cada una de ellas. Y comoquiera que el derecho administrativo está integrado por un conjunto de normas relativas a la Administración pública, el primer paso consistirá, y también la más grave dificultad, en la determinación del concepto de aquella. El concepto de Administración pública se erige así en “clave de bóveda”, según las palabras de Gasparri, del Derecho Administrativo”<sup>12</sup>.

3.1. Con todo, ya a fines del siglo XIX, la dogmática jurídica alemana se alejó de la explicación orgánica o funcional de la Administración del Estado, como elemento cualificador del Derecho administrativo, para acudir a la intersubjetividad jurídica, o sea a las vinculaciones que se producen entre los sujetos de derecho en el campo del Derecho, y centrar el objeto del Derecho administrativo, entonces, en la relación jurídica, en el vínculo medial que se traba entre los sujetos de derecho que intervienen en el ámbito administrativo, haciendo de ella la idea central de lo jurídico, y la piedra angular de la construcción *ius* administrativa.

9 Villagra Maffiolo, Salvador, 1983, pág. 13.

10 Sayagués Laso, Enrique, tomo I, 1974, pág. 21.

11 Lares Martínez, Eloy, 1990, pág. 37.

12 Entrena Cuesta, Rafael, 1999, págs. 27 y 28.

“El derecho –aclarará desde el comienzo de su obra el maestro Otto Mayer, el maestro que abre el Derecho administrativo a la pandectística alemana– presupone relaciones a regular, personas que se hallan en presencia –unas de otras– y entre las cuales es menester trazar la línea de su poder recíproco. Las relaciones de que se trata aquí –en su “Derecho Administrativo Alemán”, de fines del 1800–, están indicadas por la noción de administración. Así, de las dos personas entre las cuales el derecho administrativo debe trazar sus líneas, una está dada por anticipado: es el Estado. No puede existir cuestión de derecho administrativo en tanto no se trate de relaciones entre el Estado y los súbditos, sean súbditos aislados o reunidos en grupos determinados”.<sup>13</sup>

Seguirá así, Otto Mayer, como el mismo lo reconociera, el pensamiento de Laband, para quién lo jurídicamente regulado por la ley formal no es sinónimo de norma jurídica, no corresponde, en ese sentido específico, a la “manifestación de la voluntad estatal, -pues cabe denominar como tal- solamente a aquella cuyo contenido sea un precepto jurídico –esto es–, una norma para regular o resolver relaciones jurídicas”, sentido en el cual ha de considerarse también la juridicidad del Derecho administrativo.

Si la ley no contiene un precepto jurídico en el sentido que se ha acotado, manifiesta “únicamente la constatación o el requisito de un acuerdo de voluntades entre el Monarca y las dos Cámaras del Parlamento”, es sólo una ley formal, pero no una ley “en el sentido material de este término”.<sup>14</sup>

Este sentido material de lo jurídico está dado, precisará Kant en su “Introducción a la teoría del Derecho”, por su objeto: el Derecho “tiene por objeto, en primer lugar, sólo a la relación externa y práctica de una persona con otra y en tanto que sus acciones pueden tener influjo entre sí. El Derecho es, pues, el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad”.

Dentro de este orden de ideas, habrá Derecho administrativo cuando existan normas jurídicas, reglas de derecho, preceptos jurídicos aplicables a relaciones externas y prácticas de la Administración que la vinculen con otra persona o personas, de esa manera característica y propia del Derecho, que consiste en la configuración de derechos y obligaciones recíprocos entre los sujetos protagonistas de esos vínculos mediales en que consisten las relaciones jurídicas.<sup>15</sup>

13 Mayer, Otto, tomo I, 1949, pág. 17.

14 Laband, Paul, 1979, págs. 8 a 12.

15 “La importante consecuencia práctica que se desprende de esta teoría –señala Carré de Malberg– es que la autoridad administrativa tendrá competencia para tomar por sí misma, es decir, por su propia potestad y sin tener necesidad de apoyarse sobre un texto legislativo, todas las medidas, particulares o generales, que entran dentro de la esfera administrativa”. Véase pág. 436.

3.2. Las críticas de que fue objeto la escuela dogmática por el extremismo formalista de sus construcciones jurídicas, determinará la revisión del modelo jurídico articulado sobre la sola base de la relación jurídica.

Erich Kaufmann, ya en 1924, señalará “con todo acierto, que las formas jurídicas abstractas que permanecen inmutables no nos dan una visión exacta de si el Estado admite la libertad de industria o si regula a través de permisos o concesiones, o de qué forma y con qué fuerza influye en la formación de los precios de mercado, o en el tráfico de la propiedad inmobiliaria, o si se reconoce como pública la función de seguridad social, o si permite escuelas privadas junto a las públicas, o de qué forma interviene el Estado en los sectores de la construcción, sanidad, tráfico, etc., y precisamente ninguna experiencia podemos sacar de Otto Mayer respecto de todos estos problemas básicos que constituyen el núcleo interno del Derecho administrativo”.

La primera pregunta que ha de hacerse el Derecho administrativo como ciencia jurídica, afirmará Erich Kaufmann al tratar las voces “Administración” y “Derecho Administrativo” en el “Diccionario de Derecho Público y Derecho Administrativo Alemán”, ha de ser la tendiente a determinar qué es la competencia en cuanto círculo de atribuciones propio de una autoridad u organismo administrativo, “auténtica pregunta jurídica” que no puede seguir siendo preterida por la doctrina.<sup>16</sup>

3.3. De esta manera, el Derecho administrativo alemán cerró el círculo de lo jurídico-administrativo, fijando sus elementos constitutivos en esos dos aspectos desarrollados por su doctrina: la relación y la organización jurídico-administrativa.

Esta diferente apreciación de lo *ius* administrativo explica, por lo demás, las variables que presentan las definiciones de Derecho administrativo que consulta la bibliografía especializada, pues algunas de ellas rescatan formalmente estos elementos, incorporando ambos al concepto de Derecho administrativo<sup>17</sup>, y otras se inclinan por excluir de su ámbito a alguno de ellos, normalmente a la organización, para privilegiar la relación Estado Administración-privado o particular, súbdito, en las palabras de Otto Mayer.<sup>18</sup>

16 Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, 1962, págs. 61 y 62.

17 Silva Cimma, Enrique, 1996, pág. 46: “Entendemos por Derecho Administrativo aquel que tiene por objeto la creación, organización, funcionamiento y supresión de los Servicios Públicos, la regulación de la actividad jurídica de la Administración del Estado y la determinación de las atribuciones y deberes de éste para con sus habitantes”.

18 Caldera Delgado, Hugo, 1979, pág. 8: “su inclusión y lato conocimiento –de los aspectos organizacionales, que el autor excluye de su Manual– no beneficiaba en modo alguno nuestro propósito rector, cual es el de mostrar a los particulares la forma en que pueden amparar sus derechos –frente a la autoridad, en tanto actúa– en el ejercicio de sus poderes jurídicos exorbitantes del derecho privado común”.

#### 4. El Substrato de los supuestos formales de la Definición de Derecho Administrativo.

Sin perjuicio de valorar el significado de un Derecho administrativo definido por su objeto temático: la Administración del Estado –sea como organización o como función–, o las relaciones jurídicas que ella traba con los particulares en el cumplimiento de sus finalidades; necesario es hacer presente en el estado actual de la ciencia jurídica, que su conceptualización exige superar el tratamiento meramente lógico formal de esos, sus elementos constructivos, en tanto asimilan de una manera rectilínea figuras normativas abstractas, para rescatar por medio de ellos el valor de la persona y sus derechos a nivel nacional e internacional, como expresión de un Estado que ha hecho suya la responsabilidad contemporánea de estar al servicio del ser humano concreto, si se quiere, de los derechos humanos, de los derechos esenciales de la persona humana.

Esta evolución ha sido fruto de una evidente evolución política que, desde la visión liberal individualista en adelante, ha transformado los elementos administrativos de contenido y aplicación normocráticos en ideas-institucionales, esto es, los ha desplazado del cuadro lógico jurídico de la dogmática para insertarlos en una caracterización afín con los elementos valorativos y socioeconómicos que concurren en el Estado de hoy, respondiendo al cambio que se ha operado desde el determinismo racional al existencialismo realista, y a las representaciones político-institucionales que fundamentan y enmarcan a la Administración contemporánea dentro del actual tipo de Estado, pertenencia sustancial que configura su cualidad específica, que es en definitiva la que da presencia original y autónoma al Derecho administrativo en el ámbito del Derecho, y justifica su inserción en el cuadro de las ciencias jurídicas.

4.1. Estas representaciones político-institucionales que explican a la Administración como objeto del Derecho administrativo, nacen, en efecto, de las ideas matrices de lo estatal, tal y como fueron concebidas y aplicadas desde el surgimiento mismo del Estado constitucional.

En palabras de Otto Mayer, lo que distinguió precisamente a la Administración Pública de su antecesora del Polizeistaat es el hecho que en el Estado constitucional la potestad del Estado “se reviste –ahora– a sí misma de formas y rasgos característicos del derecho. El derecho público no significa ya, como en el eufemismo de los antiguos doctores, una esfera en la cual, por oposición a la del derecho civil, no existe derecho cuando se trata de relaciones entre Estado y súbdito. Tenemos ante nosotros el hecho de la existencia de un derecho público que se aplica a la administración al lado de aquel que queda atribuido a las relaciones civiles, y que debe considerarse respecto del Estado como el derecho común que en la duda le es aplicable”.<sup>19</sup>

19 Mayer, Otto, tomo I, pág. 68.

Dos grandes maestros del Derecho público moderno, incluso de posiciones doctrinales distintas, confirman el cambio de óptica experimentado por el constitucionalismo en la construcción del Estado moderno. “La nación –reconoce Duguit, según la tesis clásica– posee una personalidad distinta de los individuos que la componen. Como tal, tiene una voluntad que naturalmente es superior a la de las voluntades individuales, pues la colectividad es superior al individuo. Esta superioridad es la soberanía o poder público. La nación se organiza. Constituye un gobierno que la representa, que quiere por ella y que ejerce en su nombre la soberanía, de la que queda siempre titular inmutable. La nación soberana y organizada en gobierno, situada en determinado territorio, es el Estado. No siendo éste sino la nación organizada, es titular de la soberanía, del poder público, que constituye para él un derecho subjetivo. En virtud de este derecho, tiene la potestad de mando sobre los particulares. Las órdenes que formula no son más que el ejercicio de este mismo derecho”.<sup>20</sup>

El Estado, expresará Carré de Malberg, es “una comunidad de hombres fijada sobre un territorio propio, y que posee una organización de la que resulta para el grupo, considerado en sus relaciones con sus miembros, una potestad superior de acción, de mando y coerción”. “Lo que constituye un Estado –por sobre todo– es el establecimiento, en el seno de la nación, de una potestad pública que se ejerce autoritariamente sobre todos los individuos que forman parte del grupo nacional. El examen de los Estados, desde ese punto de vista, revela que esta potestad pública debe su existencia, precisamente, a una determinada organización del cuerpo nacional, organización por la cual, en primer término, se encuentra realizada de modo definitivo la unidad nacional, y cuyo fin esencial es también crear en la nación una voluntad capaz de tomar por cuenta de aquella todas las decisiones que precisa la gestión de sus intereses generales; organización, en fin, de la que deriva un poder coercitivo que permite a la voluntad así constituida imponerse a los individuos con fuerza irresistible. De esta suerte, dicha voluntad de dirección y dominación se ejerce con doble fin: por una parte se relaciona con la comunidad, y de otra parte realiza actos de autoridad que consisten ya en emitir preceptos imperativos y obligatorios, ya en obligar a ejecutar tales preceptos”.<sup>21</sup>

De manera, entonces, que el Estado constitucional aparece como “la nación organizada”, a él asiste la titularidad “de la soberanía, del poder público”, circunstancia que le otorga “potestad de mando sobre los particulares” (Duguit).

A su vez, con el Estado constitucional nace “un derecho público que se aplica a la administración al lado de aquel que queda atribuido a las relaciones civiles, y que debe considerarse respecto del Estado como el derecho común que en la duda le es aplicable” (Otto Mayer), derecho que en estos términos se caracteriza por regular la organi-

<sup>20</sup> Duguit, León, 1915, pág. 44.

<sup>21</sup> Carré de Malberg, R., págs. 25 y 26. Para este autor, la soberanía designa propiamente la cualidad suprema del poder de los Estados; la potestad del Estado, por su parte, es este mismo poder, pero considerado en sus elementos activos, de acción (ver pág. 95).

zación, el ser, y la actuación, el actuar, de la autoridad administrativa en tanto depositaria de esa potestad, de esa prerrogativa, de ese poder público en que se manifiesta el ejercicio de la soberanía nacional residente en el Estado.

La soberanía o poder público, noción heredada por el Estado constitucional de su antecesor, el Estado monárquico, fue precisada en cuanto tal por Bodin en sus “Seis libros de la República”, ya en 1572. “Así como el navío no es ya más que madera sin forma de barco cuando la quilla que sostiene los costillajes, la proa, la popa y el combés son quitados –dice este autor–, así también la República sin potestad soberana que una a todos los miembros y partes de aquella y todas las familias y colegios en un cuerpo, no es ya República”.

“Bodin traduce potestad soberana por *summa potestas*. La potestad soberana se le aparece, pues, como la más alta potestad posible, y la soberanía como el grado más elevado de la potestad”.

La soberanía, dirá Bodin, es propia del rey o príncipe y se caracteriza por ser la “potestad absoluta y perpetua de una República”: absoluta, en tanto y en cuanto la voluntad del rey sólo depende de su *bon plaisir*, puesto que “si el príncipe soberano está obligado a no hacer ley sin el consentimiento de alguien más grande que él, es verdadero súbdito; si de alguien igual a él, tendrá compañero”; perpetua, porque su existencia no está ligada a un tiempo determinado de vigencia, es una y para siempre.<sup>22</sup>

Por consiguiente, la ciencia del Derecho público rescata institucionalmente a la Administración del Estado como una organización-función pública de la nación soberana organizada en Estado, con “potestad de mando sobre los particulares”, imponiendo sobre los particulares “una potestad pública que ejerce autoritariamente sobre todos los individuos que forman parte del grupo social”, por ser, como es, “una voluntad capaz de tomar por cuenta de aquella todas las decisiones que precisa la gestión de sus intereses generales”, de los intereses generales de la nación, no los suyos propios. La administración es Administración del Estado, en fin, en la medida que ejerce una “voluntad de dirección y dominación” para relacionarse con la comunidad y “para realizar actos de autoridad, que consisten ya en emitir preceptos imperativos y obligatorios, ya en obligar a ejecutar tales preceptos”.

4.2. Sobre esta base, como es sabido, Henrion De Pansey, en 1827, caracterizará a los actos administrativos, a los decretos, como actos de autoridad, distinguiéndolos de los actos de gestión, en una fórmula hecha famosa en occidente por contrastar los actos *iure imperii* con los actos *iure gestionis*, e interpretar y traducir fielmente la concepción del mundo jurídico del siglo XIX, modelado en un hemisferio público y en otro privado, el primero dominado por la legalidad-potestad, el segundo por la libertad-contractualidad.

22 Chevallier, J.J., 1957, págs. 33 y sgts. Carré de Malberg, R., pág. 85.

“Esta distinción –entre uno y otro tipo de actos, hacen ver Paul Duez y Guy Debeyre– deriva de la distinción entre Estado poder público y Estado persona jurídica civil, preocupada de la gestión de su patrimonio. Los actos de autoridad, que entonces se denominan actos de poder público, son aquellos en los cuales la administración actúa por vía de mando, en tanto depositaria de una fracción de poder público. Carecen de toda analogía con cualquier figura del derecho privado; no se concibe que un particular pueda ejecutar un acto parecido a ese acto de autoridad. Los actos de gestión, por el contrario, son los que realizan los agentes administrativos dentro del dominio privado de la administración y para el funcionamiento de los servicios públicos. Toman la forma de actos semejantes a los que todo el mundo podría efectuar en la administración de sus propios bienes o de una empresa particular”.<sup>23</sup>

La Administración del Estado o Administración Pública es, así, y ante todo, ejercicio del poder del Estado, de la *summa potestas* que se reconoce como inherente a él, moviéndose, por consiguiente, en ese lado del mundo jurídico regido por la legalidad-potestatividad; su Derecho, el Derecho administrativo, sea como fuere que se precise su objeto –por la Administración-organización, la Administración-función o la relación jurídica que le da expresión externa–, es, por lo mismo y consecuentemente, un derecho especial-original restringido a la regulación normativa, y a la aplicación de esas potestades públicas que la hacen ser tal en el Estado constitucional, excluyendo la aplicación del Derecho privado, que se mueve en la otra gran esfera jurídica, la del plano de igualdad, donde se ejercen derechos subjetivos y no prerrogativas públicas.

“Cada vez que el Estado atiende los asuntos administrativos en calidad de Poder superior, de soberano –acota Fritz Fleiner–, se hace inaplicable el Derecho privado”, para dar paso al Derecho administrativo. “Sus características principales son la disposición unilateral y el poder coercitivo implícitamente contenido en ella”.<sup>24</sup>

Esta configuración jurídica de lo administrativo ha sido aceptada prácticamente sin disensiones por la doctrina que ilustra la disciplina. De este modo, GABINO FRAGA, un administrativista clásico en el Derecho mexicano, al referirse al “campo de aplicación del derecho administrativo”, consigna, por ejemplo, que “Durante el siglo XIX el criterio predominante fue el de la existencia de la soberanía o poder público, sosteniendo que es necesario un derecho especial para regular las relaciones entre el Estado y los particulares, porque tratándose de relaciones entre personas desiguales, una de ellas con voluntad superior a la de los individuos, que es en lo que consiste la soberanía o el poder público, resulta inadecuada la aplicación del derecho privado que sólo regula relaciones entre personas con voluntades iguales”.

Más tarde, agrega, “el fundamento, justificación y límite de la existencia del derecho administrativo” se encontró, por “un sector importante pero limitado de la doctrina

23 Duez, Paul et Debeyre, Guy, 1952, pág. 239.

24 Fleiner, Fritz, 1933, págs. 40 y 41.

francesa ... en la noción de servicio público”, y en la actualidad ha de coincidir con el parecer de Waline, en el sentido que hoy día “no se puede decir que el derecho administrativo sea el derecho de los servicios públicos, como grandes juristas, tales como Duiguit y Jèze, lo habían enseñado a principios del siglo XX”.

La sistematización del Derecho administrativo, concluye diciendo Gabino Fraga, retornando a la idea de poder público como caracterizadora de lo administrativo, ha de hacerse reconociendo que la Administración del Estado está sometida a un “régimen especial, el de derecho público, exigido en la organización y funcionamiento del Estado, en tanto éste tiene atribuciones diversas de las que corresponden a los particulares y que deben realizarse por medios de que éstos no disponen, como es el uso del poder público de que el Estado dispone como derecho de la soberanía nacional”.

“Dentro de esta concepción, la situación de los agentes públicos, la de los bienes nacionales, el régimen de los impuestos, de la expropiación, de los contratos administrativos y el de los actos jurídicos administrativos, se regula por normas especiales de derecho público, en cuanto se trata de situaciones y de actos que se encuentran íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones del Estado”.<sup>25</sup>

## 5. El cambio de perspectiva.

El cambio de perspectiva en la apreciación del Estado y sus elementos sustanciales está marcado por el año 1918, fecha de término de la Primera Guerra Mundial. Así lo acredita el sugerente testimonio de los nuevos tiempos que ofrece en su obra el gran Carré de Malberg, quién posicionado entre el pasado y el futuro, en la frontera del constitucionalismo clásico, al cual adhiere, se preguntaba en 1919: “¿Quién –podrá– prever la estructura y la consistencia que tomará, en el nuevo mundo político en formación, el Estado de mañana?”

Carré de Malberg tenía perfectamente claro cómo la constitución interna del Estado europeo “se había desarrollado principalmente en el sentido de las ideas de fuerza, de potestad y también, por tanto, de dominio sobre los miembros individuales”: la Herrschaft alemana, explica, “criterio del Estado y fundamento de su potestad pública. En la misma Francia, un maestro de la ciencia del derecho público como Esmein –añade– definía al Estado por la “autoridad superior” o “soberanía” de que se halla investido y que no reconoce, naturalmente, a ninguna potestad superior o concurrente, lo que lo llevaba a sostener que la existencia de esta soberanía era “la cualidad esencial del Estado” y “fundamento mismo del derecho público”.

“Lo propio de la soberanía –verificaba avanzado el 1800, Edouard de Laferrière– es imponerse a todos sin compensación”.<sup>26</sup>

25 Fraga, Gabino, 1991, págs. 20 a 25.

26 Laferrière, Edouard de, 1896, pág. 478.

“La soberanía –señalará Hermann Heller– es el carácter supremo de un poder; supremo, en el sentido que dicho poder no admite a ningún otro, ni por encima de él, ni en concurrencia con él. Por tanto, cuando se dice que el Estado es soberano, hay que entender por ello que en la esfera en que su autoridad es llamada a ejercerse, posee una potestad que no depende de ningún otro poder y que no puede ser igualada por ningún otro poder”.<sup>27</sup>

Sin embargo, justamente después de la primera gran guerra, como lo constata el mismo CARRÉ DE MALBERG, “los regímenes de fuerza y de potestad imperativa parecen irrevocablemente proscritos. –En este contexto– la relación entre el Estado y sus miembros individuales ¿continuará entendiéndose como una relación de mando y de sometimiento? O, por el contrario, ¿habrá llegado el derecho público interno a la aurora de una era mejor, en el curso de la cual el funcionamiento de la actividad estatal estará asegurado, no ya por medio de órdenes imperiosas y de irresistibles coacciones ejercidas sobre los individuos, y que implican la existencia de una voluntad estatal superior a ellos, sino por el libre juego de los esfuerzos individuales que cada ciudadano deseará de aportar con espontánea benevolencia, al objeto de proveer a sus propios intereses en el cuadro de la unidad nacional; esfuerzos que concurrirán, en la medida en que converjan hacia fines comunes, a satisfacer las exigencias vitales del interés nacional?”

Hay hechos nuevos en los nuevos tiempos: la expansión del derecho al sufragio, el florecimiento del régimen parlamentario, la actuación estatal en actividades económicas, la fuerza adquirida por la opinión pública, todos factores que se orientan en el mismo sentido de desplazar las ideas potestativas legitimadoras de la actuación unilateral del Estado y de “asociar a la obra de colaboración estatal el cuerpo de ciudadanos tomado en su universalidad colectiva”: “Todas estas comprobaciones tienen gran fuerza; y, sin embargo, –le parece a Carré de Malberg, a fines de la década 1910-1920– no pueden llegar a extirpar de la ciencia del derecho público la noción de potestad estatal tal y como le ha sido legada por el pasado”, sobre todo “en lo que se refiere a mantener el orden y el respeto al derecho en vigor en las relaciones de los nacionales entre sí, en lo concerniente especialmente a tratar de apaciguar las diferencias y los conflictos que surgen entre varias personas o grupos, –en que– resulta patente que la idea de colaboración no podría, por sí sola, dar la explicación del papel justiciero o policíaco desempeñado por el Estado..., puesto que –en estas circunstancias, los propios interesados, por sus intereses opuestos o pretensiones rivales– son adversarios entre sí”, y requieren a la intervención del Estado “como autoridad superior”.<sup>28</sup>

Años más tarde, el administrativismo graficará estas evoluciones-transformación en dos frases de amplia circulación en el mundo iberoamericano, que pese a su divulga-

27 Heller, Hermann, *La Soberanía*, Ediciones Universidad Autónoma, México, 1965, pág. 214.

28 Carré de Malberg, R., págs. 7 y sgts.

ción, no han agregado mucho a los temas de fondo del administrativismo contemporáneo: aquella que afirmó la crisis del servicio público por la década de 1950 y la que habló de una huida de la Administración Pública del Derecho administrativo en la década de 1960, dos expresiones que responden, en verdad, a aquella misma y antigua idea de la obsolescencia de la potestatividad y sus efectos, y al surgimiento de nuevas formas societales, en el primer caso; y a la apertura-ruptura del círculo decimonónico del Derecho público como delimitador único de lo administrativo, por la aceptación de otro tipo de regulaciones, a raíz de las actividades distintas del orden y la seguridad emprendidas por la Administración, en el segundo.

Históricamente, además, la intelectualidad jurídica de la segunda posguerra advertirá encontrarse “en uno de los momentos más críticos y al mismo tiempo culminantes de la Historia de la Humanidad”, para expresarlo en las palabras empleadas por nuestro gran internacionalista don Alejandro Álvarez, no sólo por “las profundas y rápidas transformaciones ocasionadas por las dos grandes guerras de 1914 y 1939, sino también por las que se venían operando insensiblemente, o de modo manifiesto, desde la mitad del siglo XIX, a causa de la aparición de diversos factores hasta entonces desconocidos”, entre ellos, los que afectaban a la soberanía nacional.

Desde luego, la guerra de 1939 había sido muy diferente de la anterior, constatará este gran internacionalista chileno: ante los demás países, “Los Aliados declararon que luchan por la independencia y la libertad de los pueblos; querían la liberación de los subyugados y la defensa de los que estaban amenazados”; entre ellos, a su vez, crearon “un sentimiento unánime de solidaridad (entre los países Aliados y Asociados) para ayudar a la reconstrucción y rehabilitación de las regiones devastadas por el enemigo. Cuarenta y cuatro Estados se han reunido en Atlantic City con este objeto. Esto da origen a un sentimiento nuevo: dicha ayuda no tiene un carácter humanitario o benefactor, sino que es una verdadera obligación social”, actitudes desconocidas en el pasado reciente y lejano.

Respecto al Estado, esa “antigua concepción que domina hasta ahora”, según la cual “Los Estados tienen ciertos derechos fundamentales: independencia, soberanía, libertad, igualdad absolutas”, ya no se sostiene en la primera mitad del siglo XX: “los progresos de la civilización han creado la interdependencia cada vez más grande entre las personas; se puede decir que ella es una ley social en la vida del Estado –que– ha dado origen a los sentimientos de sociabilidad, a la noción de interés general y a la de Derecho de Interdependencia Social”; interdependencia que ha limitado, asimismo, “los derechos que se denominan fundamentales de los Estados, especialmente el de soberanía. A virtud de la interdependencia, el Estado tiene no sólo derechos, sino deberes con respecto a los otros Estados y a la comunidad internacional”, elevando incluso al “individuo –a la categoría de– sujeto del Derecho Internacional con independencia del país a que pertenece”.<sup>29</sup>

29 Álvarez, Alejandro, 1944, págs. 140-141, 234, 237-238, 239-240.

La interdependencia nacional e internacional, ha constatado don Alejandro Álvarez, aparece limitando fuertemente, a mediados del siglo XX, los derechos fundamentales de los Estados, “especialmente el de soberanía”, y exaltando la persona a la calidad de sujeto de derecho internacional, “con independencia del país a que pertenece”.

## 6. La recepción constitucional de las nuevas ideas: La razón de ser y el fin del Estado de Chile.

Al año 1980, más aún con las modificaciones que se le incorporaron posteriormente, la Constitución Política de la República aparece aceptando estas nuevas ideas, particularmente en sus artículos 1°, incisos 4° y 5°, 5° y 19 numeral 22.

**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.

**Artículo 5°.** La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. 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.

**6.1.** En efecto, la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución estimó necesario “establecer en el artículo 1° los valores con los cuales la sociedad chilena se siente identificada”; “una norma que defina a la nación chilena y el ser nacional”, y recoja la preocupación de incluir al bien común como la “finalidad del Estado, de modo que el

texto constitucional no sea un cuerpo neutro que se limite a ser la 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”. Así consta en las actas de esa Comisión, correspondientes a la sesión 402, celebrada en viernes 14 de julio de 1978.

“El artículo 1° de la Carta Fundamental –destacó a su vez el Tribunal Constitucional, en el fallo Rol N° 53, de 1988– constituye uno de los preceptos más fundamentales en que se basa la institucionalidad, ya que por su profundo y rico contenido doctrinario, 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”.

**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.

Los incisos 4° y 5° de este artículo 1° surgieron en el anteproyecto de Constitución por la CENC; fueron eliminados por el Consejo de Estado en la etapa de revisión del anteproyecto, y repuestos por la Junta de Gobierno, “dándole la redacción que en la Carta figura, algo diferente a la que había acogido la Comisión Ortúzar” (CENC).<sup>30</sup>

“La Constitución vigente –acota el profesor Mario Cerda Medina– no se agota con la confirmación de algunos de los postulados del Estado de derecho decimonónico, sino que incorpora, con holgura, otros principios dogmáticos y orgánicos” que pueden conducir “a un Estado más justo que reclaman muchos espíritus”. Entre estos principios se halla el “carácter servicial del Estado respecto de la persona humana”, basado en el “personalismo jurídico” y que “constituye una formulación novedosa en nuestro derecho constitucional, que mira a algunos objetivos políticos fundamentales, a saber: a) Definir la relación política entre el Estado y el hombre (persona humana); b) Indicar la finalidad de la actividad estatal: promoción del bien común; c) Obligaciones correlativas que el Estado debe asumir para el cumplimiento de su finalidad; d) Limitaciones a que está sujeta la actividad estatal”. Esta tesis, añade, no hace sino reconocer al Estado “como un medio (instrumento, herramienta) para la consecución de su fin” y “contrasta con las doctrinas panteístas que consideran al Estado como

30 Silva Bascuñán, Alejandro, tomo IV, 1997, pág. 67.

‘una voluntad divina’, como ‘lo racional en sí’, etc.”. “Pues bien, entre el *estatalismo*, que concibe a la persona únicamente en función de la sociedad, y el *individualismo*, que desconoce el carácter esencialmente social del hombre, tenemos la justa solución en el *personalismo*, que reconoce a la persona humana la dignidad” que esencialmente se le reconoce.<sup>31</sup>

Don Alejandro Silva Bascuñán precisa que el inciso 4° determina “la finalidad del Estado. No se refiere, pues, a la finalidad de la sociedad”; que esta finalidad se concreta en promover, es decir, tomar la iniciativa para la realización del bien común, “por cuanto el bien común no brota como resultado automático de los movimientos y actividades espontáneamente generados en el seno de la sociedad, sino que requiere un agente distinto de los actores que en ella se mueven”; que el bien común “es de diversa índole que el de los miembros –de ella–, porque siendo común a todos no consiste en la suma de los bienes particulares, ni se identifica específica y autónomamente en forma concreta con la finalidad perseguida por cada uno de los individuos y grupos que conforman la sociedad civil entera”; en el inciso 4° del artículo 1°, termina señalando el autor, “el constituyente ha querido subrayar, en una decisión precisada acertadamente en su redacción final, de la manera más solemne, que por sobre el Estado se encuentra, en el nivel más alto, la persona humana”.<sup>32</sup>

“Hay aquí –en el inciso 4° del artículo 1°, dicen Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira– una concepción instrumental del Estado; éste no es un fin en sí mismo, sino que es un medio, un instrumento que tiene como fundamento favorecer el desarrollo integral de los seres humanos, a través del logro del bien común”, concepto de “carácter personalista, en cuanto está relacionado con la naturaleza humana, teniendo como base la dignidad y los derechos de la persona humana, buscando hacer efectiva la realización integral de cada persona en todas sus dimensiones y de todas las personas que componen la sociedad”.

“Los valores establecidos en nuestra Constitución tienen un carácter normativo e imponen a los operadores jurídicos la obligación de respetarlos y desarrollarlos..., son el fundamento y fin, al determinar el sentido último de las normas y conferir unidad de sentido al ordenamiento jurídico...; constituyen el más importante criterio de valoración jurídica y política del sistema constitucional y el más importante criterio de interpretación constitucional..., como derecho directamente aplicable”.<sup>33</sup>

6.2. En su inciso 1°, el artículo 5° del Código Político reconoce la teoría clásica de la soberanía residente en la nación, ejercida por los ciudadanos y las autoridades públicas por las vías allí establecidas, prohibiéndose a quien no se encontrare legitimado para hacerlo, atribuirse su ejercicio: “Es cierto que la evolución de la doctrina consti-

31 Cerda Medina, Mario, El Estado al servicio de la persona, Revista de Derecho Público, N° 57-58, diciembre de 1995, págs. 76-77

32 Silva Bascuñán, Alejandro, tomo IV, 1997, págs. 68-69.

33 Verdugo M., Mario; Pfeffer U., Emilio; Nogueira A., Humberto, tomo I, págs. 112-114.

tucional se inclina hoy a sostener que la soberanía reside en el pueblo y no en la Nación”, se lee en las “Metas u objetivos fundamentales”. “Sin embargo —consignaron los miembros de la CENC—, hemos preferido mantener el principio de que la soberanía reside esencialmente en la Nación”, animados del propósito de destacar “que el ejercicio de la soberanía por el pueblo no puede desatender su vinculación con la realidad más profunda de la Patria”.

**Artículo 5°.** La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. 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.

El inciso 2°, explica Silva Bascuñán, “surgió de una indicación emanada de Sergio Diez”, idea que fue afinada en las posteriores sesiones 48, 54 y 402 de las celebradas por la CENC.

La remisión “a los derechos esenciales” debe entenderse referida a “lo que constituye la naturaleza de las cosas, lo permanente invariable de ellas”, en cuanto a que rechaza cualquier diferencia entre “lo que es importante y lo que no lo es, porque todo lo que brota o nace es inseparable de la esencia, es primordial e innegable”; prescribir que se trata de los derechos esenciales “que emanan de la naturaleza humana”, no significa formular “una especulación racional ... en abstracto”, sino que “un razonamiento que tome como base la consideración de la realidad misma”, agrega don Alejandro Silva Bascuñán. Estos derechos, a raíz de la modificación que se incorporara a este artículo el año 1989, son los “garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.<sup>34</sup>

Los profesores Verdugo, Pfeffer y Nogueira destacan en este artículo 5° el hecho de que la soberanía se deposite en la nación; que muestre una “clara diferencia entre la residencia de la soberanía, que radica en la Nación, y el ejercicio de tal soberanía que se concreta en el pueblo ... —y en— las autoridades que esta Constitución establece”; que “la potestad del Estado está limitada por los derechos que emanan de la naturaleza humana..., que no son otros que los derechos humanos, los cuales son aquellos que la humanidad ha ido considerando como tales a través del derecho consuetudinario internacional y el derecho convencional internacional de derechos humanos”. “La incorporación de la oración final del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, les da a las normas de los tratados en materia de derechos humanos, jerarquía de Consti-

34 Silva Bascuñán, Alejandro, tomo IV, 1997, págs. 90 a 130.

tución material, a diferencia de los otros tratados, que no tratan específicamente de derechos humanos, especialmente teniendo en cuenta que los derechos humanos constituyen un límite a la soberanía”, siendo tales los garantizados en “la Constitución y los –contenidos– en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.<sup>35</sup>

6.3. El actual numeral 22 del artículo 19 de la Constitución Política fue incorporado al texto del anteproyecto constitucional por la CENC; el Consejo de Estado lo eliminó, “pero la Junta de Gobierno lo repuso como numeral final de actual artículo 19”.<sup>36</sup>

**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.

“Del análisis de la disposición se puede inferir: 1) que ella se encuentra referida a preceptos legales (leyes, decretos con fuerza de ley y tratados internacionales que no versen sobre derechos fundamentales); 2) que dichas normas regulen, complementen o limiten en los casos que la propia Constitución lo autorice, las garantías (con propiedad debe decirse derechos), y 3) que ellos no podrán afectar la esencia del derecho o imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. “Ha dicho el Tribunal Constitucional que un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera que deja de ser reconocible, y que ‘se impide el libre ejercicio’ en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica (sentencia de 24 de noviembre de 1987, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 84, sección 6ª, pág. 4)”.<sup>37</sup>

## **7. Incidencia de los Artículos 1°, Incisos 4° y 5°, 5° y 19 numeral 22, en el Derecho Administrativo: Los principios humanista y solidario.**

Es cierto que los artículos antes citados han constituido una novedad en el Código Político chileno, como ha sido puesto de relieve por los autores que se han ocupado del tema; pero al margen de esta constatación, lo que realmente cobra importancia desde la perspectiva *ius* administrativa es el efecto que ellos producen en el campo de la Administración, ya que han significado constitucionalizar la Administración Pública, normalmente reconocida como una actividad sujeta más bien al orden legal.

35 Verdugo M., Mario; Pfeffer U., Emilio; Nogueira A., Humberto, tomo I, págs. 118-129.

36 Verdugo M., Mario; Pfeffer U., Emilio; Nogueira A., Humberto, tomo I, pág. 322.

37 Verdugo M., Mario; Pfeffer U., Emilio; Nogueira A., Humberto, tomo I, pág. 322.

En efecto, esas regulaciones constitucionales han alcanzado directamente a la Administración del Estado como parte que es del Estado nación, sujeto al cual están referidas tales prescripciones, obligándola a “someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, por una parte, y condicionando, por la otra, la aplicación de estas normas a una determinada razón de ser y a un determinado fin, antes invocables sólo por vía de doctrina.

Al constitucionalizarse la Administración, ha pasado a hallarse obligada a observar y dar cumplimiento a los artículos 1º, 5º y 19 numeral 22 del Código Político, sin que sea obstáculo para ello la circunstancia de que este último numeral esté referido a “los preceptos legales”, ya que al ser obligatorio para las normas de nivel superior a las decisiones administrativas, como son las legales, con mayor razón ha de serlo para las de nivel administrativo, que ocupan una posición menor en la escala jerárquica de las fuentes del Derecho.

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

26º. 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.

Animada la Carta Fundamental, como efectivamente lo está en sus artículos 19, 20 y 21, en garantizar “a todas las personas” la plenitud de sus derechos, en verdad no sería razonable concluir que su letra excluye al administrador de la prohibición que contempla: al prohibir a la ley afectar esos derechos, con mayor razón, ha de afirmarse, veda esa conducta a los demás órganos del Estado, más aún tratándose de velar por la integridad de los derechos de las personas.

7.1. Siendo alcanzado el Derecho administrativo por estos mandatos, tanto en su sistematización como en su aplicación, obliga entonces a ampliar los elementos básicos que hasta aquí habían articulado su cuerpo de doctrina.

Si los autores estructuraban hasta ahora el concepto de Derecho administrativo acudiendo a la organización-función administrativa expresiva del poder público o a las relaciones jurídicas que podía trabar unilateralmente la Administración con los particulares dentro del mundo jurídico potestativo del mil ochocientos, ahora, con la presencia de los artículos 1º, 5º y 19 numeral 22 en la Ley Fundamental, la doctrina chilena no puede sino hacer suya e incorporar a su marco teórico los nuevos parámetros que le impone el Texto de 1980, que son de carácter valorativo y teleológico, y que hacen de la disciplina, desde el ángulo positivo, un ordenamiento que ha de estar al servicio de la persona humana y de promover el bien común, conformándose una soberanía de ejercicio limitado por los derechos que emanan de la naturaleza humana.

7.2. En otras palabras, el Derecho administrativo contemporáneo debe admitir que el sólo elemento potestativo en que el clasicismo jurídico hacía radicar su construcción científica, carece hoy día de la consistencia conceptual que le daba su connotación original y característica extraída de la soberanía clásica, como ejercicio de un poder absoluto y perpetuo; en los términos antes precisados, en la actualidad ha de inspirarse y aplicarse desde esa perspectiva valorativa y teleológica que consagra la Constitución Política, enmarcándola en los principios humanistas: servicio a la persona humana, y solidarios: promoción del bien común, en el sentido constitucional de “contribuir –el Estado Administración– 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”, que contemplan los artículos 1º, 5º y 19 numeral 22 de la Constitución Política de la República.<sup>38</sup>

El principio humanista lleva al Código Político a crear una línea jurídica que profundice el actuar administrativo llevándolo más allá de la legalidad formal, superando la importancia por ella atribuida a los medios y los procedimientos, para realzar los fines y sancionar como ilícita no sólo la actividad ilegal, sino también la actividad arbitraria, aquella que traduce más bien el voluntarismo autoritario de los agentes públicos, e incorporar, entonces, como elemento esencial de toda actuación jurídica a la razonabilidad.<sup>39</sup>

El principio solidario, a su vez, erige al ser humano como la figura central del Derecho y conlleva al ocaso de las diferencias justificativas de un actuar, según se trate de situaciones de Derecho público o de Derecho privado, en la división tradicional del mundo jurídico en esos dos hemisferios separados: esto explica que la Constitución y la ley llamen hoy día a la participación y a la colaboración sociales, franqueando a los particulares el acceso a la intimidad administrativa, otrora reservada estrictamente a los funcionarios públicos.<sup>40</sup>

38 La doctrina chilena acostumbra englobar ambos principios en uno sólo, al que denomina de la servicialidad. Nosotros no recogemos esta expresión por pensar que ese nombre denota una aspecto parcial del mandato constitucional al referirse sólo a la razón de ser del Estado, según lo prescrito por el artículo 1º inciso 4º de la Constitución: estar al servicio de la persona humana, dejando fuera por consiguiente la finalidad del Estado, que es contribuir al bien común, según ese mismo precepto. Por otra parte, la Administración, por naturaleza, ha sido siempre una actividad de servicio, y desde fines del siglo XIX, de servicio público. Su raíz etimológica ya lo anticipa: ad-ministrare, servir a, de modo que hablar de servicialidad en relación con la Administración es reiterarse en lo mismo. El principio finalista, en cambio, al abarcar humanismo y solidaridad como dos sentidos diferentes, aunque complementarios de lo teleológico, interpreta mejor la realidad contemporánea e impide caer en el crudo individualismo que anida en muchas interpretaciones constitucionales, invocando precisamente con ese carácter el mandato de estar el Estado al servicio de la persona humana. Véase, Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Nº 57-58, diciembre de 1995, en que se reproducen las ponencias presentadas a las XXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público, cuya tema central fue *La servicialidad del Estado*.

39 Los artículos 19, numeral 22, y 20 de la Constitución Política, hacen de la arbitrariedad un ilícito jurídico.

40 La Carta Fundamental, en sus artículos 102 inciso 2º, 104, 107 inciso 4º y 108 inciso 2º, se refiere a la participación social; los artículos 104 incisos 2º y 3º, y 111, a la solidaridad financiera.

Este énfasis de la Constitución Política, por destacar un criterio finalista, implica, asimismo, y por el contrario, la consagración de una idea directriz del todo diferente a la aceptada en las Cartas anteriores, herederas del constitucionalismo de los primeros años del siglo XX, pues relega a un segundo plano el formalismo duro del siglo XIX y comienzos del XX, que obligaba a la acción administrativa a atenerse rigidamente a los medios procedimentales establecidos para la Administración, como corolario de su dogma legitimador de la acción estatal por la estricta observancia de la ley; para priorizar ahora los resultados del actuar público, en aras del bien común.

Si se quiere, importa transformar los criterios rectores de la nueva Administración, desde los de una normocracia, en los de una eficacia administrativa.

Se ha tridimensionado, pues, la óptica del Derecho administrativo: a los elementos normativos: conjunto de normas y principios, y sujeto administrativo –estático, organización, o actuante, relación– que hasta ahora centraban su caracterización, se ha agregado el elemento valor-fin, expresado en el humanismo y la solidaridad.

7.3. Esta nueva idea de lo jurídico es el rasgo que permite al Código Político exigir de todos los órganos del Estado nación y de todas las personas, el respeto a la legalidad o la juridicidad causal o formal, en los términos previstos en sus artículos 6° y 7°, y asimismo al “imperio del derecho”,<sup>41</sup> idea que abarca elementos sustanciales: pleno respeto al derecho de las personas, y teleológicos: servicio a la persona humana y bien común, los que en el contexto que se ha reseñado produce consecuencias inéditas en el Derecho chileno, si se recuerda aquella afirmación del Tribunal Constitucional, contenida en su fallo Rol N° 53, de 1988, según la cual el artículo 1° de la Constitución es “uno de los preceptos más fundamentales en que se basa la institucionalidad, ya que por su profundo y rico contenido doctrinario 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”.

Esto significa, desde otro ángulo de observación, que los elementos autoridad y responsabilidad, componentes básicos de la construcción del Estado constitucional, se ven integrados ahora con el elemento estímulo y perfeccionamiento de los derechos subjetivos por parte del Estado, superador del sólo respeto y garantía de su ejercicio, que era el postulado precedente, los cuales, sin perder su pertenencia y exigibilidad como facultades del orden personal, se presentan socialmente integrados al orden general como partes del desarrollo humano y objeto de políticas públicas, en tanto y en cuanto de esa manera el Estado provee al bien común: “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”; “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”.

41 Esta expresión ha sido incorporada a la Constitución, por los artículos 20 y 21, al consagrar las acciones que protegen precisamente los derechos constitucionales: el recurso de protección y el recurso de amparo.

Así lo ha entendido también el legislador al modificar la Ley N° 18.575, en la importante reforma de la Ley N° 19.653 del año 1999, ya que redefinió en ella la probidad administrativa sustituyendo el adjetivo público, “interés público”, que se estimaba sinónimo de estatal, por la expresión “general”, “interés general”, sinónimo de ampliamente social, en una premeditada redacción que buscó evitar esa contraposición de intereses que denotaba la distinción dura entre lo público y lo privado, lo estatal y lo particular, e instar por una participación-colaboración ciudadana.

La modificación de 1999 fue aún más allá, en verdad, puesto que consagró como deber de la Administración no sólo el preocuparse y ocuparse del “cumplimiento de sus funciones legales”, sino también el ocuparse y preocuparse de “una gestión eficiente y eficaz”, de un “recto y correcto ejercicio del poder público”; asumir sus decisiones en forma “razonable e imparcial” y actuar con “rectitud –en la ejecución de las normas, planes, programas y acciones”, como lo que prescriben los artículos 52 y 53 del DFL N°1/19.653, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, que contiene el texto actualizado de la LOCBGAE.

## 8. El Concepto de Derecho Administrativo.

El Derecho administrativo ha de definirse, pues, incorporando a su cuerpo doctrinal los contenidos del artículo 1° incisos 4° y 5° de la Constitución Política de la República, con la explicitación que de ese precepto hizo el actual artículo 3° inciso 1° de la LOCBGAE.

**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.

**Artículo 3°**, inciso 1°. 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.

Ello implica hacer descansar el eje rector del Derecho administrativo en un concepto que vaya más allá de la sola visión estatal que denota la referencia a la organización-

función administrativa o a las relaciones jurídico-públicas, por constituir estas referencias la institucionalización de la prerrogativa pública, en tanto expresión bodiniana de una soberanía con caracteres absolutos y perpetuos, y acudir a ideas aptas para expresar la flexibilidad y el dinamismo que demandan recoger en él los principios humanista y solidario.

Por eso, el Derecho administrativo surge en la actualidad, antes que como construcción o regulación de poder, como el gran espacio normativo en que se mueve la Administración del Estado, en cuanto la competencia jurídica; un radio de atribuciones de muy diversa índole, al margen de toda caracterización específica, pública o privada de las atribuciones que en cada caso se ejerzan.

Dentro de estos parámetros, el Derecho administrativo surge, en el ámbito de las ciencias jurídicas, como una disciplina humanista y solidaria, que estudia y regula el ejercicio de las competencias administrativas en cuanto habilitaciones jurídico-organizacionales finalizadas<sup>42</sup> que buscan realizar fundamentalmente objetivos prestacionales –de servicio público– y de estímulo o fomento –desarrollo sustentable del país, de las regiones, provincias y comunas–,<sup>43</sup> de acuerdo con las normas y principios establecidos en la Constitución Política de la República y las leyes<sup>44</sup>, y con efectos objetivos, subjetivos y reaccionales por vía administrativa y jurisdiccional.

Por consiguiente, el Derecho administrativo contemporáneo en Chile no está acotado por su pertenencia ontológica a lo público-clásico, basado en la soberanía absoluta del Estado, sino por el ejercicio de las atribuciones que la Constitución Política de la República y la ley radican en la Administración, de modo que habrá Derecho administrativo donde exista competencia administrativa, esto es, una habilitación jurídica finalizada, ejercida en un espacio normativo abierto al Derecho-derecho, al margen e independientemente de la determinación restrictiva clásica que reconocía la existencia a priori de una esfera calificada como pública, frente a otra que ideaba de naturaleza diferente: la privada, ambas colocadas en forma contrapuesta la una a la otra, estructuradas también por oposición en sus fundamentos, principios, contenido, interpretación y consecuencias jurídicas, destacando en la primera la potestad-legalidad y en la segunda la libertad-voluntariedad.

42 Las autoridades y organismos de la Administración Pública, por mandato del artículo 38 inciso 1° de la Constitución Política, están determinados en el artículo 1° de la LOCBGAE; su régimen jurídico, se halla establecido en su artículo 21. La competencia se consagra en el artículo 7° inciso 1°, y las finalidades esenciales del Estado en el artículo 1° inciso 4°, ambos del Código Político.

43 Así consta del Informe de las Comisiones Mixtas del Senado, a propósito del anteproyecto de la actual Ley N° 19.097, en criterio recogido por el artículo 3°, inciso 1°, de la LOCBGAE, explicitando lo prescrito en los artículos 102 inciso 2° y 107 inciso 4° de la Carta Fundamental.

44 Según el artículo 6° inciso 1° de la Constitución: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella", lo que origina normas y principios de diversa naturaleza: esenciales e instrumentales, y nivel: constitucionales y legales, por ejemplo.

## Bibliografía

- Acosta Romero, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Primer curso, 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 1991.
- Álvarez, Alejandro, *La reconstrucción del Derecho de Gentes, El nuevo orden y la renovación social*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1944.
- Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, tomo I, 6ª edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1964.
- Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948.
- Cerda Medina, Mario, *El Estado al servicio de la persona*, *Revista de Derecho Público*, N° 57-58, diciembre de 1995.
- Dermizaky Peredo, Pablo, *Derecho Administrativo*, 4ª edición, impreso por Editorial Judicial, Sucre, Bolivia, 1999.
- Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, tomo I, 2ª edición, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1974.
- Duguit, León, *Las transformaciones del Derecho Público*, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1915.
- Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, 30ª edición, Editorial Porrúa, México, 1991.
- Fleiner, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, 1933.
- Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, 13ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.
- Jaramillo Ordóñez, Hermann, *Manual de Derecho Administrativo*, 3ª edición, Facultad de Jurisprudencia, Loja, Ecuador, 1992.
- Laferrière, Edouard, *Traité de la Jurisdiction Administrative et des Recours Contentieux*, Tome I, 2ª edición, París, 1896.
- Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, 8ª edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1990.
- Lopes Meirellas, Hely, *Direito Administrativo Brasileiro*, 24ª edición, Malheiros Editores, Brasil, 1999.
- Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, *Teoría General*, 3ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.
- Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, *La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de Daseinsvorsorge*, *Revista de Administración Pública*, N° 18, mayo-agosto, 1962.

Mayer, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo I, Parte general, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949.

Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 4ª edición, puesta al día 1974 por el Dr. Daniel H. Martins, Montevideo, 1974.

Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo IV, 2ª edición, 1997; tomo VI, 2ª edición, 2000, Editorial Jurídica de Chile.

Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, tomo I, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1968.

Verdugo M., Mario; Pfeffer U., Emilio; Nogueira A., Humberto, *Derecho Constitucional*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1994.

Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho Administrativo*, 7ª edición, Biblioteca Banco Popular, Textos Universitarios, Bogotá, Colombia, 1980.

Villagra Maffiodo, Salvador, *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial El Foro, Asunción, 1983.