

LA SERVICIALIDAD DEL ESTADO, BASE ESENCIAL DE LA INSTITUCIONALIDAD*

EDUARDO SOTO KLOSS

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Director del Departamento de Derecho Público
Facultad de Derecho - Universidad de Chile

“El Estado está al servicio de la persona humana”
(Artículo 1º, inciso 4º de la Constitución)

I. RAZÓN DE SER DEL TEMA ESCOGIDO

¿Por qué hoy, en esta Vigésimosexta Jornada, la “servicialidad del Estado”?

Al ver tanto escándalo, corrupción, desviación de fondos, obras públicas inconclusas, etc. ¿pensarán algunos que se trata de una burla o de una farsa? Otros ¿creerán que somos ingenuos? Los más malignos ¿pensarán que se trata de una maniobra distractiva?

La verdad es muy otra, y como toda verdad, muy digna y respetable.

Si bien aquellos signos de corrupción son innegables y han proliferado, por desgracia, en el último quinquenio (1990-95)¹, y siempre es

*Discurso inaugural de las XXVI Jornadas de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (15.11.1995).

¹Recuérdense los casos de la *Oficina Nacional de Emergencia* (con ocasión del aluvión de Antofagasta), de la *Refinería de Petróleo de Concón* (desmalezamiento de terrenos pagados a precios excesivos y a través de licitaciones de dudosa transparencia), de la *Dirección General de Deportes y Recreación / Digeder*, de la *Central de Abastecimiento de los Servicios de Salud* (caso de las sábanas chinas), de la *Empresa Nacional del Carbón S.A. / Enacar*, de la *Empresa Marítima del Estado S.A. / Empremar*, de la *Corporación del Cobre* (caso de las operaciones a futuro), del *Servicio Nacional de Aduanas*, de la *Empresa Sanitaria de Valparaíso S.A.* (caso del colector Valparaíso / Viña -Esva), de *Gendarmería de Chile* (fuga de reos), de *Investigaciones de Chile* (funcionarios envueltos en narcotráfico), de *Corporación de Fomento de la Producción* en su *Instituto de Fomento Pesquero/ Ifop*, caso de los honorarios pagados a expertos en la Administración del Estado que llevan a la existencia de una “administración paralela”, caso de los usos no transparentes de créditos extran-

útil recordar los principios y valores fundamentales en tiempos o épocas en que son avasallados o algunos pretenden destruirlos, la razón de ser de la elección de este tema es la necesidad de desarrollar una visión propiamente *jurídica* de las “Bases de la Institucionalidad”, las que conteniendo los valores básicos y fundamentales en los que se ha asentado nuestra sociedad política, ya desde la época indiana, tienen obviamente un contenido *jurídico* que usualmente no se desarrolla ni se potencia, y son a veces utilizados más como “slogans”, que como conceptos propiamente de Derecho. Muchos todavía

jeros (españoles) de cooperación (v.gr. Educación), etc., sin contar con los diferentes y numerosos casos de irregularidades en el manejo de fondos por distintas *municipalidades* del país, o de licitaciones no transparentes en concesiones de bienes o servicios municipales, y cuyo ejemplo más grave conocido parece ser el ocurrido en la Municipalidad de Viña del Mar.

Sobre *corrupción* vid., en general, en español, el ya clásico opúsculo de A. Sabán Godoy, *El marco jurídico de la corrupción*. Civitas. Madrid. 1991; también A. Grondona, *La corrupción*. Buenos Aires. 1993. En alemán, J. van Klaveren ha dedicado varios trabajos al tema (citados por Bravo Lira en trabajo infra).

No conozco ningún trabajo u obra que haya estudiado o descrito la gigantesca corrupción de que han hecho gala los gobiernos socialistas de Felipe González en España en los últimos 12 años, y de Mitterand en Francia por igual período, o del gobierno italiano (democristiano y socialista) en los últimos 15 años. En América Latina la prensa ha hecho profusa referencia también a las corrupciones de varios gobiernos autodenominados “progresistas” y que han terminado en los tribunales acusados por delitos de este tipo sus jerarcas, v.gr. Venezuela (Carlos Pérez), Perú (Allan García), México (Salinas de Gortari), Brasil (Collor de Mello), etc.

En Chile no conozco ninguna obra sobre el tema, pero sí hay varios artículos que lo tratan, entre ellos vid.v.gr. Jorge Medina E., *Sobre la corrupción*, en *El Mercurio* (Santiago) 24.7.1994, E-12 y 13; B. Bravo Lira, *Democracia ¿antídoto frente a la corrupción?* en *Estudios Públicos* 52 (1993) 299-308; más reducido en *La corrupción ha llegado* en *Revista de Derecho Público* 50 (1991) 295-297; C. Larroulet, *Corrupción, el caso de la Refinería de Petróleo de Con-Cón*, en *Libertad y Desarrollo* 48 (1995) 14-17; Varios autores, *Acerca de la corrupción*, en *Revista Universitaria* (Univ. Católica de Chile) 44 (1994) 27-40. En el campo gubernativo es de interés el *Informe de la Comisión de Ética Pública* (constituida por el Presidente Frei para estudiar el asunto y proponer soluciones): vid. un resumen en *El Mercurio* (Santiago) de 28.7.1994, C-6. En el campo legislativo la preocupación del tema ha llevado a los senadores Diez, Otero Lathrop y Piñeira a presentar recientemente una moción para introducir en la Constitución (Bases de la institucionalidad: art. 8º) una disposición que contenga el principio de la probidad para todo aquel que ejerza una función pública, y de la transparencia en el ejercicio de ella: vid. la moción aludida presentada en el Senado el 7.9.1995, en *Boletín* N° 1695-07.

—en una perspectiva anticuada— ven la Constitución como un programa político o un planteamiento lírico, sin operatividad práctica ni efectos jurídicos directamente vinculantes. Por ello es que nos ha parecido primordial plantear “la servicialidad del Estado”, como tema principal de reflexión en estas Jornadas.

La Jornada vigesimoquinta versó sobre la “dignidad humana”, expresión que no puede ser solamente un emblema, un slogan o una palabra mágica de uso oportunista. Es evidente que tiene, innegablemente, un contenido propiamente jurídico. Igualmente, “primacía de la persona”, “familia/núcleo fundamental de la sociedad” “autonomía de los cuerpos o grupos asociativos”², “bien común”, “subsidiariedad”, “derechos esenciales/funda-

²Es éste, tal vez, uno de aquellos que más aplicación práctica ha tenido bajo la Constitución de 1980; vid. recientemente, y referido al Tribunal Constitucional, sentencia recaída en el requerimiento que presentara un grupo de diputados en contra de varias disposiciones de un proyecto de ley concerniente a la *regulación de la prensa y medios de comunicación*, fallo del 30.10.1995, rol 226, cuyos considerandos 28 a 31 afirman y recuerdan no sólo la importancia de estos cuerpos y su autonomía sino también el amparo que la jurisprudencia judicial / Corte Suprema le ha deparado tanto al conocer de “inaplicabilidad de la ley” (art. 80 de la Constitución) como de “protección” (art. 20 CP). Antes, vid. la muy importante sentencia, rol 126 (14.5.1991), del Tribunal Constitucional recaída en requerimiento presentado por diputados respecto de un proyecto de ley sobre Juntas de Vecinos y Organizaciones comunitarias funcionales (en *Fallos del Tribunal Constitucional 1985-1992*. Editorial Jurídica de Chile. 1993, 390-398).

Sobre *cuerpos o grupos asociativos*, su importancia en la trama social y su indispensable autonomía, pueden ser útiles, entre tantos, M. Creuzet, *Los cuerpos intermedios*. Edic. Cruzamante. Buenos Aires. 1979; AAVV., *Contribución al estudio de los cuerpos intermedios*. Speiro. Madrid. 1968; J.B. Vallet de Goytisoló, *Cuerpos intermedios, representación política, principio de subsidiariedad*. Speiro. Madrid. 1981. A. de Tocqueville, en su *La democracia en América* (Guadarrama. Madrid. 1969), hace notar la importancia de los grupos asociativos para el régimen democrático en EE.UU. Para un estudio acerca de movimiento asociativo en la edad media latina, que fue tan desarrollado, vid. P. Michaud-Quentin, *Universitas*. Vrin. París. 1970. Ha sido especialmente la llamada “doctrina social de la Iglesia” la que ha puesto el acento en la necesidad de asegurar no sólo la existencia del movimiento asociativo sino de proteger su autonomía y promover su difusión: vid., entre muchos, J.M. Ibáñez Langlois, *Doctrina social de la Iglesia*. Edic. Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile. 1986, vid. especialmente 71-78 y 125-130; E. Welty, *Catecismo social* (3 vols.) Herder. Barcelona, t. 2 (2ª ed. 1963) 127-159; J. Messner, *Ética Social*. Rialp. Madrid. 1967, 155-240, espec. 643-716. Dentro del pensamiento pontificio deben señalarse especialmente, León XIII, *Rerum novarum*, 31, 34 a 40; Pío XI, *Quadragesimo Anno*,

mentales/adquiridos”, temas todos que evocan no sólo perspectivas filosóficas, morales, incluso religiosas, sino también *jurídicas*. De allí que resulta tan útil y provechoso que se indague lo que en Derecho significan y lo que el Derecho puede y debe aportar para su enriquecimiento conceptual, y sobre todo para su operatividad en pro de la persona y de su perfección como ser humano, esto es ser racional, responsable/libre, sociable y contingente.

He aquí, pues, la razón del tema; sugerido, sí, o más bien, con ocasión de la corrupción que nos azota y aflige, y antes que, como sida o cáncer mortal, acabe con el cuerpo político corroyéndolo desde adentro.

II. LA TERMINOLOGÍA EMPLEADA: “SERVICIALIDAD”

Algunos colegas se han visto un tanto sorprendidos por la terminología empleada: “servicialidad del Estado”. ¿Acaso un barbarismo? Ciertamente es que el término no aparece bendecido por la Real Academia, pero ello no es obstáculo para su empleo; por lo demás, años hace que lo empleamos en la cátedra. Por otra parte ¿por qué no aceptar “servicialidad” /carácter de servicial si la misma Ilustre Corporación admite v.gr. marcialidad, oficialidad, vialidad, como carácter de marcial, de oficial, o vial?³

29 a 38 y 76 a 87; Pío XII, *Mensaje de Navidad 1942 y Mensaje de Pentecostés 1941*, en el cincuentenario de *Rerum Novarum*; Juan XXIII, *Mater et magistra*, 22, 37; *Pacem in terris*, 23-24; Pablo VI, *Populorum progressio*, 38; Vaticano II, *Gaudium et spes*, 25, 75. Una aproximación al tema en G. Cuesta Moreno, *La doctrina pontificia y los cuerpos intermedios*, en *Contribución al estudio* cit. 69-93.

Para Chile, vid. la obra colectiva *Formas de sociabilidad en Chile 1840-1940*. Fundación Mario Góngora. Editorial Vivaria. Santiago. 1992; una perspectiva jurídica, en general, E. Evans, *Los derechos constitucionales* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1986, II 187-212; J.L. Cea Egaña, *Tratado de la Constitución de 1980*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1988, 127-137; específicamente sobre sus fundamentos vid. nuestro *Consideraciones sobre el fundamento del principio de subsidiariedad*, en *Revista de Derecho Público* 39/40 (1986) espec. 39-45; respecto a su consagración constitucional vid. nuestro *La autonomía de los cuerpos intermedios y su protección constitucional*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. t. 85 (1988) Primera Parte, Sección Derecho, 53-62.

³*Diccionario de la Real Academia* (21ª ed.) 2 volúmenes. Espasa. Calpe. Madrid. 1992; vid. vol. 2 *oficialidad*/p. 1467 col. 2; *marcialidad*/p. 1322 col. 2, y *vialidad*/p. 2088, col. 2.

En todo caso y es lo que importa, aparece claro que lo que refiere el vocablo “servicialidad” es la condición del Estado de ente *al servicio de la persona humana* y no al revés, como tan trágicamente se hizo realidad en los regímenes colectivistas, totalitarios, e incluso hoy en los que aún subsisten.

Como bien se advierte, la expresión “servicialidad del Estado” no es sino la traducción cómoda y fácil de retener del inciso 4º del artículo 1º de la Constitución, a saber: “El Estado está al servicio de la persona humana”.

III. LA NATURALEZA DEL CONCEPTO

1. *Precisiones*

Cuando hablamos de servicialidad del Estado, o cuando decimos que “el Estado está al servicio de la persona humana” ¿nos estamos refiriendo a una expresión literaria, a una mera fórmula sin ningún alcance práctico, a una frase carente de sentido jurídico? Si así fuera ¿sería, acaso, tema digno para unas Jornadas de Derecho Público?

Ciertamente que no. Desde que aparece nada menos que en la Carta Fundamental y en su artículo 1º, tiene que poseer dicha frase no sólo una significación jurídica sino también necesariamente unos efectos concretos, directos, operativos en la realidad y, en especial, para las personas. No se olvide que la Constitución vincula directamente a todos sus destinatarios y tiene operatividad propia, de suyo, per se⁴.

⁴Recuérdese el texto claro del art. 6º de la Constitución, en sus incisos 1º y 2º: (inc. 1º) “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”; e (inc. 2º) “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

La vinculación directa de la Constitución aparece afirmada en la Constitución de Bonn (1949) en su devenido célebre artículo 20. Desarrollará esta idea E. García de Enterría - T.R. Fernández, *Curso de derecho administrativo* (2 vols.) Civitas. Madrid, en la 3ª ed. 1979, I 80-119; también en “La constitución como norma jurídica” en *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Civitas. Madrid. 1981, 39ss. Vid., entre otros, recientemente, A. Torres del Moral, *Principios de derecho constitucional español* (2 vols.). Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid. 1992. (3ª ed.). I 152-160, y F. Fernández Segado, *El sistema constitucional español*. Dykinson. Madrid. 1992, 65-75. El Tribunal Constitucional español lo ha reiterado en

Pues bien, admitido y sentado que la servicialidad del Estado no es una locución vacía de contenido jurídico, y, por el contrario, un “algo” propio del Derecho y con efectos para las personas, ¿qué es, entonces?

Muy frecuente suele ser que el jurista frente a un “algo” que asume el Derecho a través de las normas positivadas, trate de encajarlo, situarlo o colocarlo dentro de los conceptos o nociones que ya ha admitido, conoce y explica; y si ese “algo” no encaja, le coloca la etiqueta de “sui generis”, esto es “un género distinto”, propio, diferente a lo conocido. Una actitud muy cómoda, pero muy poco científica, porque si bien puede ser admisible ello de modo muy transitorio al inicio de su aparición en el campo del Derecho, no tiene justificación alguna contentarse con decir es “algo” pero ni saber ni poder explicar qué es. Contentarse con la abulia o ser incapaces de dar respuesta suficiente, revela sólo el grado de subdesarrollo de quienes se dedican a esta ciencia. No se trata tampoco que de golpe y desde la partida se

varias oportunidades; vid., entre varias, la sentencia 16/28.4.1981, bien expresiva al respecto: “Lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta su desarrollo por vía legal, es una norma jurídica la norma suprema de nuestro ordenamiento y, en cuanto tal, los ciudadanos como los poderes públicos y, por consiguiente, también los jueces y magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella... por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los tribunales” (en A. - C. Pereira Menaut, *Temas de derecho constitucional*. Santiago de Compostela. 1995, 31-32; vid. también sus sagaces comentarios a este principio de la aplicabilidad directa de la Constitución española, en 32-34; también el texto de la sentencia aludida en Torres del Moral *cit.* I 158).

Mucho antes ya la doctrina italiana lo afirmaba sin controversias: vid. entre otros, P. Barile, *La costituzione come norma giuridica*. Firenze. 1951 y V. Crisafulli, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano. 1952; también C. Mortati, *Costituzione*, en Enciclopedia del diritto (Milano) XI (1962) 139-231: sobre la constitución italiana vid. específicamente 214-231 y sobre el punto de la aplicabilidad directa 214-222.

Afirmábamos esa vinculación directa ya en 1976 en nuestro *¿Disposiciones programáticas o errada interpretación del Derecho?* en Gaceta Jurídica 3 (1976) 35-38. Hoy, y especialmente por la práctica del recurso de protección, me atrevería a decir que ello es asunto pacífico entre nosotros (aunque para muchos funcionarios de la Administración la norma fundamental es la orden, la instrucción, circular o directiva del jefe correspondiente, cuando no la del menor esfuerzo... olvidando enteramente lo prescrito por el art. 6º inciso 2º de la Constitución).

Para Francia y las dificultades que presenta aún hoy esa operatividad directa de la Constitución, vid. el luminoso trabajo de L. Favoreu-Th. Renoux, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*. Sirey. París. 1992, espec. 9-13 para este punto.

dé justo en el quid conceptual, pero es imperativo emprender siempre animosos el camino para desentrañar lo que significa, implica y conlleva un término, una frase, una oración y llevar al límite el ejercicio del intelecto para lograr revelar y penetrar en la esencia de ello.

Cierto es que se ha dicho, por la doctrina foránea⁵, que ciertos términos son elásticos, flexibles, de goma, “indeterminados”, porque si bien es posible decir algo de ellos no es mucho ya que están envueltos, rodeados, circundados, por un halo difuso, etéreo, e impreciso. Es un esfuerzo, obviamente, que ha hecho el positivismo para ahondar en estos conceptos jurídicos. Sabido es que en ese ámbito se han colocado conceptos básicos del Derecho Público, y que, naturalmente, han servido no poco para avasallar los derechos de las personas: recuérdense “orden público”, “utilidad pública”, “interés nacional”, etc. Pero ¿no será que la perspectiva misma en que en tal caso se coloca el jurista le condena al fracaso de ahondar más allá y precisar el contenido esencial de tales nociones? ¿Qué pasaría si se invocara, con rigor en su ayuda, a la Historia, a la Filosofía, a la Moral, por ejemplo, ciencias todas que versan también, como el Derecho, sobre el hombre, y que pueden explicar muy bien el cómo, el por qué y el qué de lo que éste es y actúa y se relaciona en sus semejantes? Si existen esos instrumentos desde tan antiguo y muy desarrollados hoy, ¿por qué negarse a utilizarlos? ¿Que se diría de un músico que pretendiera escribir sólo al modo eólico, o dórico, desconociendo toda la riqueza de la armonía occidental? Folklórico, ciertamente.

Estas expresiones que usa la Constitución, y a las que nos hemos referido al inicio, como “dignidad humana”, “familia”, “autonomía de grupos asociativos” “bien común” “servicialidad del Estado”, no son conceptos jurídicos indeterminados, son conceptos de una larguísima tradición, varias veces milenaria, y que ha desarrollado especialmente la filosofía, y que incluso poseen un trasfondo religioso innegable, milenario y venerable.

¿Qué es, entonces, la “servicialidad” del Estado, en este plano? Sin intentar un desarrollo de ello —que sería aquí impertinente, tanto más

⁵Entre otros, vid. J.F. Linares, *Poder discrecional administrativo*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1958, 49-59, y sus *Fundamentos de derecho administrativo*. Astrea. Buenos Aires. 1975, 134 y 282; F. Sainz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Civitas. Madrid. 1976, espec. 191-302; aunque antiguo, de interés M. Martín González, *El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos*, en *Revista de Administración Pública* (Madrid) 54 (1967) 197-292; recientemente, M. Sánchez Morón, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Tecnos. Madrid. 1994, espec. 116-120.

que hay ponencias al respecto—baste decir ahora que jurídicamente se trata de un “*deber jurídico*” que la Constitución impone al Estado, en razón de su finalidad y del carácter accidental e instrumental que posee, concebido éste —además— de un modo específico, como medio de perfeccionamiento de las personas⁶.

“Deber jurídico” del Estado, concebido éste en un escenario en que el actor principal es “la persona humana” y su primacía.

Y como “deber” que es jurídicamente, tiene un significado específico, ya de actuación, ya de abstención, y cuya infracción (de actuación, o de abstención) conlleva efectos de sanción, e incluso si origina daños, el deber jurídico de indemnizar. *Deber/obligación*: vemos así cómo estamos en la médula de lo jurídico, y no en un halo indeterminado, bruma o tinieblas, del ius⁷.

2. *Fundamentación*

Cuanto decimos no es fruto de la imaginación, o del entusiasmo lírico; tiene ello su fundamentación muy precisa tanto filosófica como histórica, porque

⁶Vid. sobre el punto nuestro *La primacía de la persona humana, principio fundamental del derecho público chileno*, en Libro Homenaje a Alberto Ramón Real. Montevideo 1995; también el nuestro *Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996 vol. 1 tomo 1, 11-19 y tomo 2, 145-154.

⁷Y cuando hay un *deber/obligación* se está diciendo al mismo instante que alguien tiene un *derecho de exigir* el cumplimiento de ese deber/obligación. Ese alguien es la persona, los grupos de personas (cuerpos asociativos), la comunidad toda que conforma nuestra República, que puede y debe exigir tal deber jurídico constitucional de servicialidad desde que imperativo de la propia Carta Fundamental es que *El Estado está al servicio de la persona humana* (art. 1º inciso 4º) para promover el bien común con pleno respeto de los derechos de las personas. Sobre la idea de *deber jurídico* no se ha escrito mucho, pero recientemente debe citarse a R. de Asís Roig, *Deberes y obligaciones en la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991, espec. en este aspecto 267-321. En este mismo volumen 57/58 vid. el trabajo al respecto de A. Quintana; entre los italianos, que han trabajado el tema en profundidad, puede citarse a Santi Romano, *Fragmento de un diccionario jurídico*. Ejea. Buenos Aires. 1964, 89-119; E. Betti, *Dovere giuridico (teoría generale)* voz en Enciclopedia del diritto. Giuffrè. Milano, t. XIV (1965) 53-58; vid. también F. Mercadante, *aspectos filosóficos*, en idem 59-77; L. Legaz Lacambra, *Deber*, voz en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Seix. Barcelona, t. VI (1954) 237-253; J. Leclercq, *Derechos y deberes del hombre*. Herder. Barcelona. 1965; V. Frosini, *Dovere*, voz en Novissimo Digesto Italiano (Utet. Torino) t. VI (1964) 302-304.

trae su explicación precisamente de la “primacía de la persona humana”, ser substancial, y trascendente, y de la idea de autoridad/servicio a la persona. No cabe ahondar aquí en ello por cuanto conocido es esto, y se halla plasmado en los antecedentes y en el texto mismo de la Constitución, como porque también hay ponencias sobre este punto, que lo desarrollarán⁸.

Pero, sí, es útil indicar aquí que desde el punto de vista de la técnica jurídica pública, ello se ha plasmado en la idea de potestad/oficio/munus, de antiquísima tradición, romana e hispánica clásica, y en el llamado principio de juridicidad/sujeción positiva a Derecho, considerando siempre a la idea de autoridad como una “función”, esto es una actividad finalizada, en beneficio de otros⁹.

⁸Sobre la idea de *autoridad/servicio* vid. nuestro *Poder y Derecho*, en Revista Chilena de Derecho vol. I (1974) N^o 1, 63-72 con bibliogr. (ahora en nuestro *Derecho Administrativo* vol. I cit. t. I, 83-97). Sobre la autoridad en el pensamiento pontificio, y especialmente en León XIII vid. en este mismo volumen el trabajo de Pedro Aguerrea. Útil es recordar, e insistir siempre, que la autoridad –y toda autoridad– es elegida o designada para dar y no para lucrarse del cargo, para sembrar obras de bien y no para recoger ventajas personales, para darse a quienes dirige y no para servirse de la función o cargo que desempeña, para olvidarse de sí mismo por el bien de los demás y entregarse a ellos y, por qué no, para consumirse en su provecho. Es verdadera autoridad aquella que tiene más honor al verse el primero en el servicio a los demás que no el primero en la precedencia. Me viene aquí a la memoria aquella oración de Santa Catalina de Siena, doctora de la Iglesia, por las autoridades; dice: “arroja de sus corazones, oh Dios, las tinieblas y dales Tu luz, extrae la humedad del amor propio y quede el fuego de Tu amor, haz que cierren la memoria a los vanos deleites y beneficios terrenos y la abran sólo a Tu gracia, para que con justicia ordenada busquen la felicidad de todos disponiéndose a dar la vida por el bien de sus almas”.

Sobre la idea de *servicialidad* en la Constitución de 1980 vid. trabajos de los profesores Salazar Sánchez, Silva Bascuñán, Cerda Medina y Molina Guaita, en este mismo volumen.

⁹Para la idea de *munus* y de *munus publicum* vid. el *Digesto* (50.16.239.3) en donde aparece definido como “officium privati hominis, ex quo commodum ad singulos universosque cives eorum imperio magistratus extraordinarium pervenit”. Sobre la tradición hispánica vid. entre otros, L. Sánchez Agesta, *El concepto de Estado en el pensamiento español del siglo XVI*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1959, espec. cap. 1, parágrafos 2 y 5 a 7; A. García Gallo, *Manual de historia del derecho español* (2 vols./8^a ed.) Artes Gráficas y Ediciones S.A. Madrid. 1979, I 743-843; L. García Valdeavellano, *Curso de historia de las instituciones españolas* (4^a ed.). Revista de Occidente. Madrid. 1975, espec. 192-195; Valdeavellano refiere (p. 192) que una ley de Rescesvinto ya precisaba

3. Su concreción práctica

En lo dicho hasta ahora, pudiera haber acuerdo y más de alguno pudiera pensar, con espíritu muy crítico, ¿qué de nuevo se plantea? Y el asunto es que cuando se plantea la concreción práctica de esta servicialidad, su operatividad en la realidad, sus efectos concretos, puede haber, y la hay, una disparidad de visiones, a veces, muy profundas, porque, si bien se advierte, esto de “servicialidad” puede ser entendido a la manera de la idea planteada por la teoría del “servicio público”: piénsese en Duguit y su postura socializante, y toda la teorización francesa, de la que Chile fue tan tributaria al punto de definir hasta el Derecho Administrativo como el derecho de los servicios públicos¹⁰, pero también a la manera, bastante opuesta, como lo plantea nuestra Constitución. De allí el interés de ahondar y desarrollar esta “servicialidad”, que poco tiene que ver con los presupuestos y desarrollos teóricos de aquella teoría¹¹.

A veces, un término, una locución, una frase, una expresión, han tenido tal intensidad conceptual y tan marcadamente típica de una visión intelectual, que más que cambiarle su contenido con una visión diferente, vale más, y es más claro, utilizar *otra* expresión, inventar *otro* giro ideomático que indique esa otra perspectiva, esa otra noción, esa otra finalidad. De allí que aparece necesario otra expresión, como es ésta de “servicialidad del Estado”.

Pues bien —y para terminar— ¿qué “operatividad” puede obtenerse dentro de la Constitución y en la propia estructura fundamental de esta base de la institucionalidad, según la cual “el Estado está al servicio de la persona humana”?

Lo primero que aparece es que su operatividad es multifacé-

que el rey estaba bajo la ley: ésa es nuestra tradición, precisamente, una tradición visigoda-castellano-indiana, que se remonta a Rescesvinto, San Isidoro, Fuero Juzgo, Las Partidas, Vitoria, De Soto, Mariana, etc.

¹⁰Vid.v.gr. M. Jara Cristi, *Manual de derecho administrativo*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1948, 5-6; E. Silva Cimma, *Derecho administrativo chileno y comparado. Introducción y fuentes*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile: en la 1ª ed. (1954) 24, en la 4ª ed. (1992) 46; P. Aylwin Azócar, *Derecho administrativo* Edit. Universitaria. Santiago de Chile, I 17.

Sobre *Duguit*, vid. en este mismo volumen C. Meyson-Renoux, *Una concepción francesa de la servicialidad del Estado*.

¹¹Sobre una crítica certera de esa visión estatizante, vid. últimamente J.P. Alzina, *Crisis del Estado y persona humana*, en *Nuestro Tiempo*, 1992 (junio) 76-83.

tica, pues abarca toda la actividad del legislador, del administrador, del contralor e incluso del juez. Si alguien quisiera pretender abarcar todo ello en una obra, pienso que excedería las posibilidades de una persona, e incluso de varias. Pero, pienso, igualmente, que puede ser útil indicar algunos puntos o pistas, que la Constitución a lo largo de su texto indica claramente, y partiendo de ese supuesto fundamental que es “la primacía de la persona humana”, principio fundante de todo el ordenamiento constitucional.

3.1. *Para el legislador*

Si nos refiriéramos a esta servicialidad del Estado en lo referente al legislador veremos que su actividad será conforme al imperativo constitucional de estar al servicio de la persona humana, en cuatro aspectos, todos ellos positivados claramente en la Carta Fundamental, a saber (1) respetar los derechos de las personas (esenciales/ fundamentales/adquiridos); (2) promover el ejercicio de esos derechos (5º inc. 2º) y no entrabarlos o impedirlos (afectando su contenido esencial 19 Nº 24); (3) remover los obstáculos que impiden la participación de las personas en la vida nacional, y promover su integración, y (4) no entrabar, y menos impedir, la iniciativa privada, que es la consecuencia más directa y principal de la primacía de la persona humana; y esto último, en un plano bien extenso, puesto que la Constitución lo reconoce, asegura y ampara en lo referente a la educación, a la salud, a lo religioso, en lo económico, en lo asociativo, en lo laboral, en lo sindical, en la adquisición de bienes, etc.¹².

Se advierte, pues, que el legislador —lo que nunca se recalca lo suficiente y en lo que es menester siempre insistir— está vinculado en todo ello a la Constitución y su vulneración implica la infracción de un deber jurídico esencial, puesto que también el legislador está al servicio de la persona humana, por expresa disposición constitucional aunque muchos, tal vez, nunca lo han pensado ni lo han meditado. Para muchos legisladores lo que decide la mayoría de las Cámaras es Derecho, sin preocuparse que bajo el imperio de la Constitución no es así y, por ende, sus proyectos, o algunas de sus disposiciones, son luego declarados contrarios a aquélla y sin valor, esto

¹²Aunque es obvio, no me parece inútil recordar que estos cuatro aspectos juegan simultáneamente, y *todos ellos* deben tenerse en cuenta en el actuar concreto de cada órgano del Estado; cualquiera de ellos que sea olvidado o vulnerado conlleva la antijuridicidad del actuar estatal.

es nulas. En esto —creo— debe insistirse y mucho, porque peor tiranía que la del gobernante —siempre directa y fácil de detectar— es la del legislador, encubierta bajo el manto aparentemente democrático¹³.

3.2 Para el administrador

Si nos referimos a esta servicialidad del Estado en lo referente al administrador; es decir a lo que usualmente llamamos “Administración Pública” o “Administración del Estado”, y a sus órganos, se advertirá que el planteamiento constitucional es mucho más rico que lo normalmente admitido en otros tiempos, ya que no basta el actuar satisfaciendo genéricamente “necesidades” de las personas; con ello ni se llena ni se cumple el imperativo constitucional; para que ese actuar sea conforme a este imperativo no sólo debe respetar los derechos de las personas (art. 1º, inc. 4º) sino que, además, en su actuación de satisfacer necesidades públicas debe hacerlo con eficiencia, con oportunidad, de manera idónea y proporcionada, razonable y no arbitraria, igualitaria y sin discriminaciones o diferencias carentes de fundamentación jurídica. Y, además, la mera abstención de actuar, la omisión o inactividad, el silencio de la Administración, debiendo actuar, constituye de suyo, per se, algo antijurí-

¹³Muy útiles son las consideraciones acerca de la omnipotencia del Estado y las perversiones que conlleva, que hace J. Ratzinger, *Verdad, valores, poder*. Rialp. Madrid. 1995, cap. III (79-108, espec. 81-92).

La *tiranía del legislador* se manifiesta de manera espeluznante, por ejemplo, en las leyes que permiten la “interrupción del embarazo” como eufemísticamente llaman al homicidio/asesinato del ser humano/persona que vive en el seno materno, homicidio con premeditación, alevosía y sobre seguro, de un ser inocente; y también las leyes que prevén la esterilización de hombres y mujeres, impidiendo tener un segundo hijo (casos de China o India). Igualmente deleznable es la *tiranía del juez* cuando impone criterios políticos contrarios a la Constitución y a la tradición jurídica de un pueblo, o impone su propia subjetividad o criterios en contra de aquéllas: vid.v.gr. la sentencia del Tribunal Constitucional español en el caso del aborto (Nº 53/1985, de 11.4.1985, referencias en Torres del Moral *cit.* tomo 1, 387-391, y en Fernández Segado *cit.* 210-214); o el fallo de la Corte Suprema de los EE.UU. en el caso del aborto, *Roe v. Wade* (410 U.S. 113, 1973), fallo en el cual la Corte Suprema aludida niega al no nacido la calidad o carácter de persona humana (un agudo comentario en R.C. Barra, *La protección constitucional del derecho a la vida*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1996, 87-115); o la sentencia del Bundesverfassungsgericht en el caso de los crucifijos de Baviera (en *Neue Juristische Wochenschrift* 1995, Heft 38, 2477-2483); para un caso chileno vid. la sentencia de la Corte Suprema recaída en el caso *Contreras* (30.5.1995, en *El Mercurio* 31.5.1995, C-4 a C-6).

dico y viola la Constitución, en cuanto vulnera los derechos de las personas¹⁴; y es más: origina esa omisión, por los daños que produce, la consecuencial responsabilidad del Estado. No se olvide que la Administración existe para actuar, para prestar servicios, para “servir”; si se olvida esto, tan básico y fundamental, carece de fundamento su existencia misma, ya que no es ni hijuela pagadora de partidos políticos, ni medio para encubrir la cesantía, y mucho menos fuente de lucro para mediocres o profitadores. Si en tal se transforma, aciago destino espera a esa sociedad y a sus miembros, pues querrá decir que ha llegado la corrupción y la mentira, las cuales por esencia destruyen la libertad; valga recordar una vez más que sólo la verdad nos hace libres¹⁵.

Y lo dicho implica algo muy importante: la eficiencia, la oportunidad, la proporcionalidad, la idoneidad de las medidas o actos adoptados por la autoridad administrativa, su razonabilidad, son partes integrantes de la juridicidad, no son algo externo a ella —como todavía algunos pudieran creer, en una perspectiva de los años 50. La Constitución de 1980 y la legislación orgánica constitucional (18.575/86), los ha venido a incorporar intrínsecamente al Derecho, desde que quien no presta servicios satisfaciendo real y efectivamente las necesidades de las personas que se encuentran en

¹⁴Hemos planteado esto ya bajo la Constitución de 1925, en *El decreto de insistencia ¿es conforme al ordenamiento constitucional?*, en esta Revista, 15 (1974) 58-80, espec. 77 nota 38; luego en *La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República*, en La Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional 1927-1977. Impr. Camilo Henríquez. 1977, 165-189, espec. 169 y 181-183; más desarrollado aún en *Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos*, en esta Revista 43/44 (1988) 117-130; en igual sentido, H. Caldera Delgado, *Manual de derecho administrativo*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1979, 406-412 y en su *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1982, 124-134. T.R. Fernández, *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Civitas. Madrid. 1991, lo llama ahora “un falso dilema” (vid. 115-120), como ya lo señalábamos hace más de 22 años.

Respecto de la inactividad de la Administración, cualquiera sea su modalidad, vid. nuestro *Informe Constitucional* N° 980 (24.2.1995), ahora en *Derecho Administrativo* cit. vol. 1 tomo 2, 109-113.

¹⁵Como bellamente y de modo tan preciso y certero lo refiere San Juan en su *Evangelio*, cap. 8 vers. 32, al expresar palabras de Jesús a los judíos que habían creído en Él (“si permanecéis en mi palabra seréis verdaderamente discípulos míos y conoceréis la verdad, y la verdad os hará libres”).

estado de carencia, y para lo cual la Administración existe, no cumple su deber jurídico, incumple las obligaciones que la Constitución le impone, y vulnera y avasalla los derechos de las personas, dañándolas y perjudicándolas, daños que no están jurídicamente obligadas a soportar y que, por el contrario, tienen el derecho, constitucionalmente reconocido y asegurado, de exigir al Estado su integral reparación. Este punto de la servicialidad del Estado referido a sus órganos administrativos, está lleno de virtualidades y merece su profundización, para hacer posible verdaderamente que la Administración sirva a la ciudadanía, que sus funcionarios y autoridades tengan actitud de servicio y no de prepotencia o como quien hace un favor¹⁶.

IV. CONCLUSIONES

Concluyo. “Servicialidad del Estado”, una noción en perspectiva personalista, no estatista; dinámica y no fosilizada; en apertura humana: para ayudar, para promover, para estimular a las personas a su mayor perfeccionamiento espiritual y material.

Yes que jamás puede olvidarse que la Constitución, y especialmente sus Bases de la Institucionalidad, está escrita en clave *cristiana*¹⁷, de

¹⁶Está también aquí todo el *principio de eficacia*, tan olvidado por el Estado y su actividad administrativa, pero que ha resurgido como principio constitucional y norma jurídica positiva en nuestra Constitución; valga señalar el art. 1º incisos 4º y 5º, el art. 5º inciso 2º, el art. 24 incisos 1º y 2º, el art. 27 inciso final, el 107 inc. 2º, etc. La Ley Nº 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado (5.12.1986), que ejecuta el mandato constitucional del art. 38 inc. 1º de la Carta Fundamental, dispone expresamente en sus arts. 5º y 10º, el deber de eficiencia/eficacia para toda autoridad y todo funcionario de la Administración.

Para el principio de eficacia en el orden administrativo público puede ser de interés el volumen a él dedicado por Documentación Administrativa (INAP/Madrid) Nºs 218/219 (1989).

¹⁷El que esté escrita en clave *cristiana* tiene una importancia fundamental a la hora de defender, amparar y proteger los derechos de las personas, como por ejemplo la vida frente a las pretensiones abortistas; o proteger y fortalecer la familia frente a pretensiones divorcistas; o la educación frente a planteamientos estatistas o el derecho de asociación frente a pretensiones colectivistas, etc.

Por otra parte, no debe olvidarse que las *Bases de la Institucionalidad* y, en especial, su artículo 1º son *directivas* de interpretación de toda la Constitución, y clave

acuerdo con nuestras tradiciones y con nuestra idiosincrasia, en donde todavía resuena con fuerza la voz divina: “no he venido a ser servido sino a servir”, “el que quiera ser el primero sea el servidor de todos”¹⁸.

Quien encaramado en el Poder no entiende esto, no sirve; no está “al servicio de la persona humana”; vulnera la Constitución; envilece y corrompe el Derecho, y lo que es peor aún, destruye la convivencia. Con razón, nuestros más antiguos textos fundamentales pudieron decir que “rey eres si rectamente procedes”; “si así no procedes, rey no eres”¹⁹.

Si quieres ser rey, sirve a tus conciudadanos —ya que sólo eres el primero en el honor entre tus iguales—; si no quieres servir, no gobiernes, porque sólo serás signo de discordia y de desunión, de violencia y de iniquidad.

primordial que rige toda argumentación para interpretar y aplicar sus disposiciones; lo ha establecido en forma muy clara el propio Tribunal Constitucional (vid.v.gr. sentencia de 27.10.1983/rol 19, considerando 9º) al señalar “Que el artículo 1º de la Carta Fundamental es de un profundo y rico contenido doctrinario, que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar el explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional”; se reitera la misma idea en la sentencia de 5.4.1988 / rol 53 (consid. 12), y así lo han entendido los autores (vid. J.L. Cea, *La interpretación axiológica de la Constitución*, en Interpretación, integración y razonamiento jurídicos. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1992, 89-97, también en *La constitucionalización del derecho*, en esta misma Revista; E. Navarro Beltrán, *Mecanismos de interpretación establecidos en la Constitución de 1980*, en Interpretación cit. 305-326); nuestro *La primacía* cit. en nota 6 precedente, primacía de la persona humana que es el motivo conductor o *leitmotiv* de toda la interpretación de la Constitución, como lo ha reiterado el Tribunal Constitucional, recientemente en sentencia citada en nota 2/rol 226, de 30.10.1995, consid. 42).

¹⁸San Marcos, *Evangelio*, cap. 10 ver. 44; el texto pertinente merece transcribirse completo (42-45: “Ya sabéis cómo los que en las naciones son considerados como príncipes las dominan con imperio, y sus grandes ejercen poder sobre ellas. No ha de ser así entre vosotros; antes bien, si alguno de vosotros quiere ser grande, sea vuestro servidor, y el que de vosotros quiera ser el primero, sea el servidor de todos, pues tampoco el Hijo del hombre ha venido a ser servido sino a servir y a dar la vida en rescate por muchos”. (Traducción del texto griego, Nacar y Colunga).

¹⁹Vid. *Liber iudiciorum*, título preliminar, 1: “Unde et apud veteres tales erat proverbium: rex eius eris, si recte facis; si autem non facis, non eris”, y que San Isidoro recuerda en sus *Etimologías*, 9, 3, 1. Vid. A. García Gallo, *Manual de historia del derecho español* cit. II 417.

No despreciemos este imperativo constitucional; los órganos del Estado están al *servicio de la persona humana*, no para servirse de ella, por menguados intereses partidistas o personales, o en razón de utopías probadamente fracasadas.

Gobernar, legislar, controlar, juzgar es *servir*.

“El que quiera ser el primero, sea el servidor de todos”.