

Doctrina Administrativa

## TRANSFORMACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL SIGLO XX

Pedro Pierry Arrau\*

El derecho administrativo a comienzos del siglo XX, como disciplina y como conjunto de normas que regulaban las relaciones del Estado con los ciudadanos y la organización de la Administración Pública, estaba caracterizado en lo doctrinario, por la influencia del derecho francés, al igual que gran parte del derecho chileno y en lo relativo a la organización interna, por lo rudimentario y elemental de las normas. Si se revisan los libros de derecho administrativo de comienzos de siglo, *Resumen de Derecho Administrativo*, de Domingo Amunátegui Rivera<sup>1</sup>, y *Apuntaciones de Derecho Administrativo*, de Valentín Letelier<sup>2</sup>, se puede observar que el derecho administrativo se reducía principalmente al estudio de la Administración Pública y a la organización administrativa, con mucha referencia y consideraciones muy generales acerca de lo que ocurría en el resto del mundo.

El régimen parlamentario no parece haber servido como un cauce importante para la evolución del derecho administrativo.

No es sino hasta la promulgación de la Constitución Política de 1925 donde aparecen cambios importantes en el derecho administrativo, siendo quizás el más importante de ellos, paradójicamente, el que estableció y consagró en Chile la falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios para conocer de la actividad administrativa, al establecer en su artículo 87 la disposición, que resultó programática, de la creación de los tribunales contencioso administrativos.

Puede también señalarse que la Constitución de 1925 al establecer un Poder Ejecutivo fuerte, y un régimen presidencial, permitió el extraordinario crecimiento posterior de la Administración del Estado, llamada en ese entonces Administración Pública.

Este enorme crecimiento del Estado está también relacionado, en sentido inverso, con otra disposición programática de la Constitución de 1925, cual es su artículo 107, que estableció la descentralización administrativa y que precisamente no sólo no se cumplió, sino que se cumplió al revés, produciéndose una centralización cada vez mayor.

También, en el ámbito de la Administración, pero esta vez en cuanto a la fiscalización de la misma, la primera transformación importante fue la creación de la Contraloría General de la República, el año 1927.

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, es importante señalar la situación producida con ocasión de la inexistencia de los tribunales contencioso administrativos, donde, en la práctica, se consagraba la irresponsabilidad del Estado.

En los mismos ámbitos mencionados anteriormente se han producido importantes cambios. En el ámbito administrativo, se supone que, con la consagración de la denominada economía de mercado y el principio de la subsidiariedad del Estado, se inició un proceso de reducción de la Administración del Estado.

Por otra parte, en materia de descentralización se ha creado la Región, dotándola de ciertas atribuciones, y se ha aumentado considerablemente la importancia de las municipalidades.

Es, sin embargo, en materia del control jurisdiccional de la Administración y de la responsabilidad extracontractual del Estado donde se observan las mayores transformaciones, al final del siglo XX, lo que además incide en el rol de la Contraloría General de la República.

Control jurisdiccional de la Administración

El constituyente de 1925 nunca imaginó que la norma jurídica que creaba en el artículo 87 de la Constitución produciría precisamente el efecto contrario al buscado. Al establecer los tribunales administrativos para resolver las reclamaciones que se interpusieran contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas, tuvo como propósito afianzar el estado de derecho, sometiendo a la Administración a un control por tribunales especializados. Su error fue el pretender trasplantar a Chile una

institución jurídica extranjera que obedecía a circunstancias muy precisas, válidas sólo para Francia y que provenían de tiempos anteriores a la Revolución Francesa. Se quiso imponer en Chile el "regime administratif" francés, cuya base es la existencia de una jurisdicción separada del Poder Judicial.

El efecto que produjo la presencia del artículo 87 de la Constitución, al no crearse en definitiva los tribunales administrativos, fue el de servir de fundamento jurídico para sostener la incompetencia o falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios para controlar a la Administración, con graves consecuencias, a la postre, para nuestra institucionalidad.

La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, invariablemente, señaló que el pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de los actos del Poder Ejecutivo excedía el ámbito de la jurisdicción o competencia de los tribunales ordinarios y comportaba una invasión de las facultades de otro poder público, y que los actos de la autoridad no podían ser revocados por la justicia ordinaria. Ya con anterioridad a la Constitución de 1925, Domingo Amunátegui, por ejemplo, sostenía que, a diferencia de lo que ocurría en otros países como Francia, Italia o España, "en Chile no existen tribunales especiales para lo contencioso administrativo... en perjuicio de los intereses de los ciudadanos" y que los decretos del Jefe de Estado "no son materia de contención ante la justicia ordinaria... porque si pudieran ser llevados al Poder Judicial, éste se sustituiría al Presidente de la República, en el ejercicio de aquellas particulares facultades"<sup>3</sup>, por lo que, en realidad, el mencionado artículo 87 vino a ratificar una posición ya existente, siendo quizás injusto culpar exclusivamente a esa norma de la Constitución de la doctrina de la falta de jurisdicción.

Como fundamentos legales, además del artículo 87 de la Constitución, se invocaban generalmente el artículo cuarto del Código Orgánico de Tribunales, que prohíbe al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos; el artículo cuarto de la Constitución de 1925; la existencia del juicio político como forma de hacer efectiva la responsabilidad del Presidente de la República; el que al no haberse creado los tribunales contencioso administrativos, el legislador "...en casos especiales y con el ánimo evidente de no dejar a los particulares sin medios legales para promover la controversia jurídica a la autoridad que desconoce o vulnera sus derechos, ha entregado, excepcionalmente, al conocimiento de la justicia ordinaria determinados asuntos contencioso administrativos que, por su naturaleza y por los principios fundamentales de derecho público que los rigen, quedarían fuera de su jurisdicción". La jurisprudencia al respecto fue abundante y prácticamente sin excepciones, pudiendo señalarse como fallo característico el de "Sociedad Cooperativa de Compraventa de Transportes Colectivos Ltda. con Fisco", de donde proviene la cita anterior, sobre cancelación de personalidad jurídica<sup>4</sup>.

La situación descrita era la regla general, a la que, afortunadamente, se opusieron muchas situaciones de excepción. Algunos textos legales entregaron directamente al Poder Judicial el conocimiento de algunos asuntos contencioso administrativos, como la Ley de Municipalidades, el Código Sanitario y el Código Tributario. Otras leyes crearon algunos tribunales administrativos especiales para conocer de ciertas materias. Por último, se aceptaba que el juez pudiera desconocer actos administrativos ilegales, aplicando directamente la ley, lo que, sin embargo, podía ocurrir únicamente en los casos de litigios entre particulares, en que uno de ellos invocaba a favor de su pretensión un acto administrativo que el juez posteriormente desconocía<sup>5</sup>. Sin embargo, como la Administración no debía recurrir a los tribunales para la ejecución de los actos administrativos, se comprende el carácter absolutamente excepcional de este medio.

Conocieron, por último, los tribunales ordinarios, de parte de la actividad administrativa, al revivir en Chile la antigua distinción entre "actos de autoridad" y "actos de gestión", aceptando ser competentes para conocer de estos últimos y, por esta vía, de algunos aspectos en materia de responsabilidad extracontractual, como se verá más adelante.

No obstante lo anterior, siempre permanecía fuera del control judicial una gran parte de la actividad administrativa. Las reclamaciones contra los actos administrativos, que siempre son de autoridad, que no habían sido entregadas al conocimiento de los tribunales ordinarios en forma expresa o a tribunales especiales; y, en segundo lugar, las reclamaciones por indemnización de perjuicios proveniente de la dictación de esos mismos actos.

De acuerdo a lo expuesto entonces, los tribunales renunciaron durante décadas a ejercer un control sobre la actividad administrativa, en circunstancias que podrían haber dado una interpretación muy diversa a la falta de tribunales contencioso administrativos, como pretendió hacerlo, aunque tardíamente y sin ningún efecto, dados los acontecimientos políticos posteriores, el Presidente de la Corte Suprema don Enrique Urrutia, en su discurso de apertura del año judicial 1973, en que sostuvo que el artículo 87 de la Constitución no implicaba que mientras no se crearan los tribunales contencioso administrativos los particulares afectados quedaran en la indefensión, ya que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales no se establece entre las excepciones de jurisdicción de los tribunales ordinarios lo contencioso administrativo, asuntos que quedarían excluidos de su competencia sólo una vez creados los que el precepto del artículo 87 señala.

Durante los años posteriores a 1925 se presentaron muchos proyectos de creación de los tribunales administrativos, los que nunca llegaron a concretarse. Entre los más conocidos se encuentran el de don Osvaldo Koch de 1929, el del diputado Raúl Julliet de 1954, el del Poder Ejecutivo, de 1958, el del diputado Gustavo Lorca de 1958, el del Congreso Nacional de Abogados Chilenos de 1965 y el del senador José Foncea del año 1969. El más importante y completo corresponde al que se envió a la Cámara de Diputados por mensaje del Presidente de la República del 6 de mayo de 1992 y que corresponde al elaborado

originalmente el año 1976 por una sub-comisión de la comisión de estudio de la Constitución Política, complementado por otra comisión de la Secretaría de la Presidencia, que funcionó los años 1991 y 1992.

La promulgación de la Constitución Política de 1980 no modificó sustancialmente la situación. Lo señalado en el artículo 87 se trasladó al inciso segundo del artículo 38 en el capítulo sobre Administración del Estado, mencionándose también en el artículo 79 del capítulo del Poder Judicial, en relación con la superintendencia de la Corte Suprema. Quizás la única diferencia visible con la norma anterior es que el artículo 38 parece ser un poco más restrictivo al señalar que el particular que reclame debe tener un derecho lesionado. El artículo 87, en cambio, establecía una posibilidad más amplia que podía incluir a acciones populares.

El gran acuerdo político logrado el año 1988, para reformar la Constitución y permitir la transición hacia la democracia, alcanzó a lo contencioso administrativo, al modificarse los artículos 38 y 79 de la Constitución y borrarse toda referencia a lo contencioso administrativo, en una reforma que resulta un tanto inexplicable, dado el propósito general que tuvo la reforma, y que los especialistas concuerdan en que se debió a la reiteración por parte de los tribunales de su falta de jurisdicción para conocer de lo contencioso administrativo mientras no se establecieran los tribunales especiales, planteada particularmente en el fallo "Parra Acuña, Carlos con Ilustre Municipalidad de Temuco", dictado con fecha 6 de marzo de 19896; que disgustó a los académicos de distintos sectores, que formaban parte de los equipos técnicos que dieron la redacción a las reformas constitucionales. En dicho fallo, ni siquiera se aceptó un cierto grado de evolución en materia de competencia de los tribunales ordinarios, que ya se había vislumbrado en la sentencia de la Corte Suprema de fecha 14 de julio de 1975, dictada en la causa "Tomás Tafra Marusic con Fisco"7, en que se distinguía entre acciones destinadas a anular actos administrativos, inatacables ante los tribunales ordinarios, y aquellas destinadas a declarar derechos de particulares frente al Estado en que se admitía su competencia.

Suprimida la mención de lo contencioso administrativo en la Constitución, se abrieron las puertas para que los tribunales sostuvieran su jurisdicción para conocer de estas materias; siendo la principal de ellas la correspondiente a los juicios entablados en relación con la aplicación a particulares del Decreto Ley 77 de 1973, sobre confiscación de los bienes de los partidos políticos, aplicado a particulares, en que los tribunales, casi sin excepción, han anulado los decretos correspondientes y ordenado la devolución de los bienes o el pago de las correspondientes indemnizaciones. Para hacerlo, y debido al tiempo transcurrido, se ha debido sostener que las acciones de nulidad de derecho público son imprescriptibles, con toda la gravedad que ello encierra, y que las normas del Código Civil, particularmente su artículo 2497, no son aplicables en el derecho público.

Durante los últimos años se han presentado otras demandas solicitando la declaración de nulidad de actos administrativos y, en general, la declaración de derechos de particulares en contra del Estado, vinculadas al pronunciamiento acerca de la legalidad de su actividad. La jurisprudencia es todavía incipiente.

El cambio más importante en materia de control jurisdiccional y quizás de todo el derecho administrativo ha provenido, sin embargo, del recurso de protección, creación del Acta Constitucional Número 3, de 1976, y establecido en el artículo 20 de la Constitución. Este recurso ha sustituido, en la práctica, al contencioso administrativo, interponiéndose contra todo acto de las autoridades políticas y administrativas. A través de este recurso, los tribunales ordinarios han ampliado el ámbito del control jurisdiccional a límites insospechados, llegando incluso al control de la actividad discrecional de la Administración.

La evolución que ha tenido el recurso de protección ha producido un debilitamiento de la Contraloría General de la República, al aceptarse indiscriminadamente recursos contra dictámenes de ese organismo y relacionados con la toma de razón sobre los actos administrativos, lo que ha persistido a pesar de tres contiendas de competencia resueltas a favor de la Contraloría por el Senado. Así también, en materias relacionadas con la función pública y el Estatuto Administrativo, se recurre de protección sin ninguna limitación, siendo finalmente los tribunales los que deben decidir sobre sanciones disciplinarias, calificaciones, ascensos, despidos, derechos, etc., de los funcionarios públicos.

Es evidente que en todo estado de derecho es absolutamente necesario el control del juez sobre la Administración. Sin embargo, el recurso de protección no parece ser la vía adecuada, salvo para casos excepcionales de ilegalidad manifiesta. Mediante un procedimiento rudimentario, que no ofrece garantías procesales ni a la autoridad recurrida ni a los terceros interesados en la mantención del acto, ni tampoco al propio recurrente, que no tiene criterios estables o permanentes en que fundar su acción, los tribunales ordinarios proceden a dejar sin efecto actos del Poder Ejecutivo, a dar órdenes a la Administración y a modificar la jurisprudencia y criterio de la Contraloría General de la República.

En materia contencioso administrativa daría la impresión que, después de décadas de ausencia casi total de control jurisdiccional de la Administración, se ha saltado a un control indiscriminado, sin respetar ámbito alguno de la discrecionalidad; sin límite a los poderes del juez, sin plazo de caducidad de acciones. En este último punto, ello se ve acentuado por la posición sostenida por distinguidos profesores de derecho administrativo, en el sentido que la nulidad de derecho público en Chile es insanable e imprescriptible y puede en cualquier tiempo ser constatada por el juez, posición que, si bien es estimulante como ejercicio académico, puede ser de gravísimas consecuencias llevada a la práctica.

Responsabilidad extracontractual del Estado

El tema de la responsabilidad extracontractual del Estado ha estado estrechamente vinculado a lo contencioso administrativo durante gran parte del siglo, ya que la falta de jurisdicción para conocer de la actividad administrativa significó, también, que los tribunales no conocieran de la responsabilidad derivada de la dictación de actos ilegales.

La jurisprudencia de los tribunales ordinarios sobre responsabilidad del Estado se construyó, hasta la dictación de la Ley de Bases de la Administración del Estado, sobre la base de la aplicación de las normas del Código Civil, no existiendo sobre la materia, hasta antes de aquella y de la Ley de Municipalidades de 1976, ninguna actividad legislativa de importancia. Esta jurisprudencia, sin embargo, se limitó considerablemente en cuanto a su campo de aplicación, como hemos dicho.

Debido al criterio tradicional de incompetencia del Poder Judicial para conocer de asuntos administrativos, ello se tradujo en que la doctrina jurisprudencial recayó solamente sobre aquella parte de la actividad administrativa exceptuada de la regla general de incompetencia.

Los autores de derecho administrativo chileno, paralelamente, se refirieron siempre a la cuestión, en relación con los principios del derecho francés, que presidió casi todos los estudios sobre el tema durante el pasado siglo. Tal es así, como los conceptos de falta de servicio, falta personal, responsabilidad por riesgo, etc., se encontraban en casi todos los textos nacionales de la disciplina, sin que hasta la dictación de las leyes mencionadas encontraran aplicación en los fallos de los tribunales.

La aplicación del Código Civil, y en particular de su artículo 2320, que establece la responsabilidad por el hecho ajeno, no se hizo en Chile en forma sistemática por nuestros tribunales, sino a partir de 1938. Con anterioridad se pueden encontrar varios fallos que aceptan la responsabilidad del Estado y en los cuales no se invoca el artículo 2320 del Código Civil e incluso, a veces, ninguna otra disposición de ese cuerpo legal. Se pueden encontrar ejemplos en la jurisprudencia anterior a 1938, que parecen indicar que mientras no se pretendió aplicar al Estado las normas de derecho privado, la doctrina de los tribunales avanzó por la misma senda que el derecho francés, citándose por los autores los fallos "Morán con Fisco", Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de octubre de 1906; "Sociedad Fusch y Plath con Fisco", Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de enero de 1908, y "Lapostol con Fisco", Corte Suprema, 8 de enero de 19308.

Sin embargo, siempre son estos tres fallos los que se repiten, y quizás se ha exagerado su importancia, ya que, por otra parte, los autores de la época no parecen haber tenido opinión formada sobre la materia. Así, Valentín Letelier señalaba que "los franceses han adoptado una teoría mas o menos buena. Ellos distinguen los actos de gestión o administración i los actos de autoridad"; agregando más adelante "las conclusiones de esta discusión son todavía muy vagas; no están completamente precisadas"<sup>9</sup>. Por su parte, Domingo Amunátegui razona sobre la responsabilidad personal del funcionario, criticando la necesidad de autorización previa para acusar a los funcionarios<sup>10</sup>.

El fallo "Mario Granja con Fisco", dictado por la Corte Suprema el 11 de octubre de 1938, estableció la irresponsabilidad del Estado por los delitos o cuasidelitos cometidos por sus funcionarios o agentes, descartando la aplicación del artículo 2320 del Código Civil a la relación entre el Estado y sus funcionarios, y señalando que el funcionario "... es directa y personalmente responsable de los hechos delictuosos o cuasi delictuosos que ejecute durante su servicio, en conformidad a la regla contenida en el artículo 2314 del Código Civil que establece la responsabilidad directa". Expresó que el Estado "no tiene más responsabilidades directas que las que expresamente le impongan las leyes, y el título XXXV del Libro IV del Código Civil no le impone de manera expresa responsabilidad alguna por los delitos o cuasi delitos cometidos por sus funcionarios o agentes"<sup>11</sup>. Este fallo tuvo enorme influencia en la jurisprudencia posterior y quizás sea necesario recalcar que a esa fecha, si se une al criterio de la incompetencia de los tribunales para conocer de la actividad administrativa el de la irresponsabilidad del Estado, las deficiencias de nuestro sistema jurídico en materia de derecho público resultan sorprendentes.

Es posible que, como una forma de reducir la regla tan drástica establecida en "Mario Granja con Fisco", la jurisprudencia se viera obligada con posterioridad a recurrir a la dudosa distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, para permitir una excepción a la regla de la irresponsabilidad, permitiendo que, tratándose de actos de gestión, se aplicara el artículo 2320 del Código Civil. Esta distinción, de origen francés, ya había sido dejada de lado en Francia a fines del siglo XIX por inexacta, confusa y por implicar un desdoblamiento artificial del Estado. Para aplicar el Código Civil, por otra parte, se hacía necesario considerar al funcionario como estando al cuidado del Estado y con un vínculo de dependencia, en circunstancias que el mismo funcionario, en acto de autoridad, debía tener un vínculo estatutario de derecho público.

La distinción entre actos de autoridad y actos de gestión se utilizó profusamente por la jurisprudencia durante varias décadas. Así tenemos, en un comienzo: "Rettig con Fisco", Corte Suprema, 15 noviembre de 1941; el tercer fallo de la causa "Aqueveque con Fisco", Corte Suprema, 8 de noviembre de 1944; "Castagneto con Fisco", Corte Suprema, 9 de agosto 1944<sup>12</sup>.

La distinción mencionada significó, necesariamente, excluir la responsabilidad del Estado por todos los actos cuya naturaleza no dejaba lugar a dudas sobre su condición de actos de autoridad, como la proveniente de la dictación de actos administrativos. Así, por ejemplo, en "Brito y otro con Corporación de Reconstrucción y Auxilio" se dijo que: "Aunque se calificara de ilícito el acto de desistimiento de la expropiación, por tratarse de un acto de autoridad, de él no sería responsable el Estado, ni esa Corporación, integrante del Estado

como persona jurídica de derecho público, sino los funcionarios que ejecutaron personalmente ese acto”13.

Existen, con todo, algunos fallos aislados que no aplican la distinción, como “Carmen Piña con Fisco”; y otros que extienden la aplicación del artículo 2320 del Código Civil a situaciones que difícilmente pueden considerarse como “de gestión”, como ocurrió en “Becker con Fisco”14.

La responsabilidad del Estado se reducía, por lo tanto, en la práctica, a la actividad material de la Administración, en los casos en que haya existido culpa o dolo de un agente público. Ello, sin perjuicio de la responsabilidad prevista en leyes especiales, como por ejemplo el artículo 68 de la Ley sobre Juzgados de Policía Local que, aplicada al Estado, solucionó definitivamente el problema de su responsabilidad por accidentes de vehículos fiscales.

La Ley de Bases Generales de la Administración del Estado introdujo una importante reforma en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, al establecer en Chile el sistema elaborado por el derecho administrativo francés, principalmente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, y que en Chile había sido siempre objeto de estudio por la cátedra, como ya expresamos, aunque desvinculado de toda aplicación práctica. En forma explícita se introdujo, en lo que hoy constituye el artículo 44 de ese cuerpo legal, la noción de falta de servicio y de falta personal. Anteriormente, sin mencionarlo expresamente, también estaba contemplada en el artículo 62 del Decreto Ley 1.289 de 1976, Ley de Municipalidades.

La comisión encargada del estudio de la Ley de Bases, integrada por varios profesores de derecho administrativo, propuso que en el título primero sobre normas generales existiera un artículo que estableciera, de un modo general, la existencia del principio de la responsabilidad del Estado, lo que hoy constituye su artículo cuarto.

La Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, promulgada el 5 de diciembre de 1986, tuvo varias diferencias con el proyecto elaborado originalmente. La más importante de ellas fue la de excluir de la aplicación del título II sobre normas especiales, donde quedó ubicado el artículo 4415, a diversos organismos, entre ellos a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, lo que introdujo un grave problema para el tratamiento del tema. A ello se une, como elemento suplementario de confusión, la redacción poco clara del artículo 38 de la Constitución Política, que originalmente tenía por objeto establecer lo que podríamos denominar la acción contencioso administrativa y la existencia de los tribunales contencioso administrativos; pero que después de la modificación introducida por la Ley de Reforma Constitucional de 1989, que suprimió la referencia a estos tribunales, dejando el resto de la frase intacta, pareciera estar refiriéndose al tema de la responsabilidad extracontractual del Estado. En ausencia de norma que pueda referirse a las Fuerzas Armadas y de Orden, los tribunales han aplicado en muchos casos directamente el artículo 38 de la Constitución y el artículo 4 de la Ley de Bases Generales, dándoles un sentido que nunca han tenido y estableciendo una responsabilidad objetiva para el Estado, en que basta para comprometerla el daño y la relación de causalidad, aunque se trate de actos legales, en que el Estado haya actuado dentro de la esfera de su competencia y sin que pueda reprochársele ilegalidad o arbitrariedad alguna.

Otorgándole al artículo 38 de la Constitución Política el sentido de que se trata de una norma sobre responsabilidad que establece que el Estado responde cada vez que lesione un derecho, aun legítimamente, complementado por el artículo 4 de la Ley de Bases, se ha llegado a sostener, incluso, que el artículo 44 de dicha ley, que establece el sistema de responsabilidad del Estado cuando haya cometido una falta de servicio, sería inconstitucional.

La cuestión de si la responsabilidad del Estado debe ser objetiva o no, ha mantenido dividida la opinión de los especialistas, contribuyendo a la confusión el que, al no requerirse la prueba de culpa o dolo de algún funcionario para comprometer la responsabilidad pública por falta de servicio, algunos han señalado que se está en presencia de una responsabilidad objetiva, como ocurrió en materia municipal en el fallo “Tirado con Municipalidad de La Reina”, no obstante requerirse la existencia de una “falta”16.

A pesar de la jurisprudencia que establece la responsabilidad objetiva del Estado a partir del artículo 38 de la Constitución y 4 de la Ley de Bases como en “Comunidad Galletué con Fisco”, por ejemplo17, o en el fallo de primera instancia de 31 de marzo de 1994, dictado por el Ministro en visita en el juicio seguido por el homicidio de los profesores Nattino, Parada y Guerrero, y en el de segunda instancia de 21 de septiembre de 1995 en causa seguida por cuasi delito de lesiones en la persona de Lionel Béraud P., el verdadero sentido del artículo 38 de la Constitución fue el de establecer la competencia de los tribunales para conocer de la actividad administrativa, pero no para consagrar la responsabilidad extracontractual del Estado y, mucho menos, un determinado tipo de la misma. El artículo 38 inciso segundo, en su redacción original, aparece claramente como el reemplazo que la Constitución Política de 1980 hizo del artículo 87 de la Constitución de 1925, ubicado en el capítulo del Poder Judicial. Por lo demás, ello queda claro al revisar el acta de la sesión de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Nº 410 de 30 de agosto de 1978. También, en lo que respecta al artículo 4 de la Ley de Bases, aparece claramente que se trata de un principio general y no de responsabilidad objetiva, sino que todo lo contrario, debiendo señalarse al respecto el informe con que se remitió el proyecto al Presidente de la República, en cuya página 9 se expresa que se reproduce el principio general y que “En consecuencia, cabe aplicar aquí la regla general sobre indemnización por los daños que cause la Administración, debiendo determinarse, en cada caso, por los tribunales competentes, si ella actuó con dolo o culpa”18.

El tema de la extensión de la responsabilidad extracontractual del Estado será uno de los aspectos sobre los

cuales, en los próximos años, deberá pronunciarse la legislación. La extensión que se le ha dado, en que se ha pasado de la irresponsabilidad casi total a una especie de total responsabilidad, transformando al Estado en un asegurador universal, no podrá mantenerse. Ello ha quedado de manifiesto al haber procedido el Presidente de la República, con fecha 7 de julio de 1999, a vetar determinados artículos del proyecto de ley de probidad administrativa que modificaban la redacción de los artículos 4 y 44 de la Ley de Bases, por el riesgo que ello pudiera llevar, de permitir una interpretación más favorable a la tesis de la responsabilidad objetiva del Estado.

Al tema anterior se une el problema planteado por la doctrina de la no aplicación de las normas del Código Civil en materia de prescripción, esta vez referida a la responsabilidad extracontractual del Estado. La acción para obtener indemnización por parte del Estado no prescribe, según esta tesis, ya que los artículos 2497, 2515 y 2332 del Código Civil no se aplican al derecho público. Por absurdo que pudiera aparecer esta posición, por el gran factor de incertidumbre que encierra y que ha llevado a plantear demandas en contra del Estado por hechos acaecidos hace varias décadas, ha tenido aceptación parcial en algunos fallos, en casos de indemnización a los parientes de las personas detenidas ejecutadas o desaparecidas durante el régimen militar.

#### La Contraloría General de la República

La creación de la Contraloría General de la República, el 26 de marzo de 1926, tuvo una enorme importancia en el desarrollo del derecho administrativo. Nacida por la fusión en un solo organismo del Tribunal de Cuentas, la Dirección General de Contabilidad y, en un comienzo, la Dirección General de Estadística, a través de los años se transformó en una importante fuente del derecho administrativo, tanto a través de sus dictámenes, obligatorios para toda la Administración, que se referían a todas las materias administrativas, organización, funcionamiento, funcionarios, etc., como también mediante el procedimiento de toma de razón de los actos administrativos.

La interpretación y aplicación que la Contraloría General de la República ha hecho de las normas legales aplicables a la Administración ha ido creando, a lo largo del siglo, una jurisprudencia administrativa cuya consulta es indispensable para el análisis de casi todos los temas de derecho administrativo, debiendo resaltarse que el procedimiento administrativo chileno, en ausencia de una ley que lo regule, es casi toda obra de la Contraloría. Del mismo modo, el estudio del Estatuto Administrativo y en general de la función pública solo puede hacerse adecuadamente considerando los pronunciamientos de la Contraloría.

La Contraloría General de la República alcanzó rango constitucional con la reforma de 1943, que la incluyó en el artículo 21 de la Constitución, señalando sus principales funciones. La Constitución de 1980 le dedica un capítulo completo en sus artículos 87 a 89. No obstante el rango constitucional alcanzado, la interposición de recursos de protección en su contra, como ya señaláramos, ha visto limitada en forma considerable su esfera de acción, resultando irónico que ello haya ocurrido precisamente al adquirir un rango constitucional destacado.

#### Descentralización administrativa

Puede quizás afirmarse que cuando el constituyente de 1925 dictó las normas sobre Régimen Administrativo Interior y sobre Administración Provincial del Estado, así como el artículo 107 de la Constitución Política referente a la descentralización administrativa, tuvo el propósito que la Administración del Estado fuera esencialmente de carácter provincial, esto es, en otras palabras, que la regla general en lo concerniente a la Administración Pública fuera la Administración Pública provincial.

Esto se desprende no sólo del artículo 107 de la Constitución que señala que "Las leyes confiarán paulatinamente a los organismos provinciales o comunales las atribuciones que ejercen en la actualidad otras autoridades", y de los artículos 93 y 94 de la misma, que se refieren a la Administración Interior del territorio nacional y de la autoridad máxima administrativa de la provincia. También se desprenden de las actas de las sesiones sobre reformas constitucionales de 1925. En ellas se expresan conceptos que tendrían plena vigencia durante el resto del siglo XX. Así, por ejemplo, en la vigésima primera sesión de la subcomisión de reforma constitucional, actas oficiales, página 273 aparece: "Sr. Héctor Zañartu: dice que para llegar a la descentralización administrativa es indispensable la división del territorio en grandes provincias, que formen entidades de importancia por su riqueza y población y que tengan comunidad de intereses, por la calidad de su producción y actividades, vías fáciles que las unan entre sí, etc.; que tengan ciudades capitales con instituciones de crédito, comercio, industrias, sociabilidad y comodidad bastantes para que la vida pueda ser en ellas útil y agradable. Debe darse además a la provincia, mucha autonomía y libertad para nombrar a las autoridades inferiores, funcionarios judiciales de poca categoría, persona de instrucción primaria, beneficencia y policía". Propone además... "quitar a algunas de las actuales Direcciones Generales parte de sus atribuciones para entregarlas a la provincia."

La Constitución Política de 1925 estableció, entonces, un sistema en que el Intendente era la autoridad a cuyo cargo estaba el Gobierno de cada provincia y además la Administración de cada provincia. En el primer caso era el representante local del poder central y en el segundo era el órgano ejecutivo de la colectividad territorial provincia.

En este segundo aspecto la Constitución no se cumplió y no sólo por la no creación de las Asambleas Provinciales, sino por cuanto el Intendente en la práctica y en la ley no tuvo administración pública que

administrar. Las leyes no sólo no confiaron paulatinamente a órganos provinciales atribuciones de otras autoridades, sino que los servicios públicos nuevos que se fueron creando, y que superaron en varias veces a la Administración de la época, fue esencialmente nacional.

El Intendente permaneció entonces, fundamentalmente, como el funcionario a cargo del gobierno interior, representante del Presidente de la República y del gobierno, y la provincia fue sólo una circunscripción administrativa y no una colectividad territorial con cierta autonomía. El Decreto con Fuerza de Ley número 22, de 1959, que señalaba las atribuciones del Intendente sobre los servicios públicos, demuestra por lo demás que ellas fueron concebidas en términos tan amplios y vagos que en definitiva no las hacía operantes.

El nuevo régimen de organización territorial creado por los Decretos Leyes 573 y 575 de 1974 modificó drásticamente la situación anterior, iniciando un proceso de descentralización que ha continuado en el último cuarto de siglo, particularmente desde el punto de vista jurídico.

El Decreto Ley 573 y la Constitución Política de 1980 concibieron la región como una nueva circunscripción administrativa, no como una colectividad territorial, al no dotarla de personalidad jurídica a ella o a su órgano, como ocurre en la comuna con la Municipalidad. Sin embargo, al establecerse con rango constitucional la desconcentración territorial en los artículos 3 y 103, y la creación de las secretarías regionales ministeriales de los ministerios, se introdujo formalmente en el ordenamiento jurídico la institución de la desconcentración, la que, si bien técnicamente no es descentralización, constituye un importante medio de transferencia de competencia de los órganos de administración central a las personas, autoridades u órganos locales.

Llama la atención la precisión que el artículo 3º de la Constitución hace, en relación con la descentralización y la desconcentración funcional y territorial, conceptos que hasta entonces eran utilizados únicamente en la cátedra y en la doctrina.

Por reforma constitucional de 12 de noviembre de 1991 se dotó de personalidad jurídica a la región, entregándosela a lo que se denominó el "gobierno regional". Quizás para guardar relación con la persona jurídica Municipalidad en la comuna, debió denominársele "Intendencia". Por su parte, la Ley Orgánica Constitucional Nº 19.175, cuyo texto refundido es el Decreto Supremo Nº 291 de Interior de 1993, legisló sobre gobierno y administración regional. La existencia de esta legislación y la importancia creciente de la región en la estructura administrativa del país constituyen hoy parte importante del derecho administrativo.

La Constitución Política de 1980, repitiendo lo establecido en el Decreto Ley 573 de 1974, no distingue, como la de 1925, entre gobierno y administración interior del Estado, la que provenía del derecho francés, estableciendo en su artículo 99 que para el gobierno y la administración interior el territorio se divide en regiones y éstas en provincias. Mantuvo sin embargo la distinción en lo relativo a las comunas, ya que la división de las provincias en comunas es sólo para la administración, manteniéndose la curiosa situación, que ha regido durante todo el siglo, de que la comuna no necesariamente coincide con la Municipalidad, ya que como señala el artículo 107 de la Constitución actual y antes el artículo 101, "la administración local de cada comuna o agrupación de comunas" reside en la Municipalidad, por lo que podría existir una Municipalidad por varias comunas, lo que en la práctica no ocurre, salvo durante el proceso de instalación de una nueva Municipalidad después de haber sido creada por la ley.

La legislación municipal sufrió muchas modificaciones durante el siglo XX. Su relevancia para el derecho administrativo, sin embargo, ha estado vinculada a la importancia real dentro de la organización administrativa del país y muy vinculada, por lo tanto, a la asignación de los recursos presupuestarios de que las municipalidades han dispuesto.

El siglo que terminó comenzó con una Ley de Municipalidades dictada el 22 de diciembre de 1891 que les confería completa autonomía y gran cantidad de facultades y prerrogativas, incluyendo rentas propias que recaudaba directamente, y con facultad de tomar acuerdos y hacerlos cumplir con su propia fuerza pública, esta última separada de las municipalidades en 1896. Distintas leyes posteriores fueron cercenando muchas de sus facultades y entregándolas exclusivamente o en conjunto con el municipio a otros órganos del poder central. Reformas a la ley municipal se sucedieron en 1914, 1925, 1931, 1934, 1937, 1939, etc. En la segunda mitad del siglo XX rigieron, con varias modificaciones, las leyes de organización y atribuciones de las municipalidades números 11.860 de 1955, el Decreto Ley 1.289 de 1976 y la Ley 18.695 de 1988.

El estudio de las facultades y competencia de las municipalidades se ha centrado en aspectos vinculados a la administración de los bienes municipales y nacionales de uso público, a las rentas municipales, a la potestad reglamentaria de los alcaldes, a través de las ordenanzas, y a la distribución de competencias con los servicios públicos nacionales, así como a la relación de tutela y supervigilancia ejercida por el poder central; debiendo recordarse que la autoridad administrativa máxima de la Municipalidad, el Alcalde, durante gran parte del siglo XX se eligió por los concejales entre ellos, y que durante el gobierno militar tuvieron el carácter de funcionarios de exclusiva confianza del Presidente de la República.

#### Fuentes del derecho administrativo

El estudio del derecho administrativo comprende el estudio de sus fuentes. En ellas se incluye no sólo la actividad jurídica del Poder Ejecutivo, sino también, entre otras, la Constitución y la ley en lo que incide en

el derecho administrativo. También del decreto con fuerza de ley, que si bien es actividad legislativa, es realizada por el Poder Ejecutivo.

El derecho administrativo chileno se preocupó de la denominada legislación irregular, constituida por los decretos leyes y los decretos con fuerza de ley, para analizar su validez, su existencia, las condiciones en que podían ser aceptados o desconocidos<sup>19</sup>. Es interesante constatar la discusión en torno a estas instituciones en su época, particularmente, por cuanto si bien se les criticó, por lo general se aceptó su valor como norma jurídica.

Los decretos leyes se utilizaron durante la primera mitad del siglo en los períodos de septiembre de 1924 a diciembre de 1925 y durante el año 1932. Su número fue por lo tanto limitado, lo que permitió se abriera una discusión acerca de su valor. Distinta fue la situación durante el gobierno militar entre 1973 y 1990, en que se utilizó la terminología de decreto ley hasta el 10 de marzo de 1981, días antes de la entrada en vigencia de la nueva Constitución. A contar de esa fecha y no obstante tener similar procedimiento, se utilizó el nombre de leyes, continuando con la numeración interrumpida en 1973. La enorme cantidad de normas, 3.660 decretos leyes y 969 leyes dictadas por el gobierno militar, así como la forma jurídica que adoptó la transición hacia la democracia, han hecho inexistente la discusión, en el derecho administrativo, acerca de la validez o de la nulidad de dicha legislación.

El decreto con fuerza de ley, mecanismo no contemplado en la Constitución de 1925 pero utilizado en muchas oportunidades, dio lugar a acalorados debates acerca de su constitucionalidad, cada vez que se discutía en el Parlamento la delegación de facultades. Lo interesante es examinar cómo los especialistas de derecho administrativo de la época los justificaban, aduciendo que eran recomendables cuando se trataba de materias técnicas donde se requería una planificación racional para solucionar problemas económicos o administrativos.

La discusión sobre el valor de los decretos con fuerza de ley quedó definitivamente terminada al consagrarse su existencia en la Constitución Política por reforma constitucional de 23 de enero de 1970, manteniéndose posteriormente en la actual Constitución. En todo caso, las materias que pueden ser objeto de delegación por parte del Poder Legislativo son relativamente restringidas, al excluirse todas aquellas que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado o que abarquen materias de garantías constitucionales.

El reglamento es, sin lugar a dudas, la institución más importante entre las fuentes del derecho administrativo. Su extensión y límites ha dado lugar a muchas discusiones, las que no se encuentran resueltas, sino que todo lo contrario, están en debate permanente en los tribunales y en la cátedra.

El ámbito del reglamento no ha parecido nunca claro para el derecho chileno. Ya en 1940 Guillermo Varas<sup>20</sup> así como también Enrique Silva Cimma<sup>21</sup>, distinguían entre decretos reglamentarios de administración pública que emanan de un mandato legislativo, y simples decretos reglamentarios. Los primeros podrían imponer a los particulares limitaciones a los derechos individuales o a la propiedad privada, si fueran necesarias para el cumplimiento de la ley, distinción que era, según Varas, combatida por aquellos que sostenían que el Poder Legislativo no podía delegar sus funciones. Se señalaba, también, que cuando la ley indicaba que el Presidente de la República dictara un reglamento, se trataba de una "invitación a hacer uso de sus facultades".

En otros casos, de mucho mayor importancia, en que la ley ha señalado principios generales, pero no desciende al detalle de toda la materia y se remite al Poder Ejecutivo para que el reglamento las precise, ya no se trata simplemente de una invitación al Presidente para que reglamente, sino que la ley le señala al reglamento el desarrollo de la ley, como, por ejemplo, la ley de tráfico de estupefacientes dictada en mayo de 1973, que dispuso que "un reglamento señalará las sustancias o drogas, estupefacientes a que se refieren ambos incisos del artículo primero", donde evidentemente se está yendo mucho más allá del reglamento. Con respecto a la naturaleza jurídica de este tipo de reglamentos, en un principio esta cuestión teórica se solucionó, en parte al menos, por lo sostenido por el profesor Silva Cimma que señalaba que estas materias tenían que entenderse incorporadas a la ley, o sea, estos reglamentos dictados en virtud de esta invitación formaban parte de la ley y tenían la misma naturaleza de ella; eran complementarias a la ley, incorporadas a ella; lo que en realidad constituía una verdadera delegación de facultades. Así interpretaba, por ejemplo, el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces.

Esta posición obedecía a un momento histórico en que no existía el decreto con fuerza de ley en la Constitución. Con posterioridad a 1970 no podría aceptarse la explicación ya que el decreto con fuerza de ley está expresamente regulado en la Constitución. Tratando de buscar una explicación para la invitación que el Legislativo formula en los términos señalados, algunos profesores de derecho administrativo recurrimos a una novedosa institución del derecho español denominada remisión normativa, que se presenta cuando una ley reenvía a una normativa posterior, que va a elaborar la Administración, la regulación de ciertos elementos que complementan la ordenación de la ley; la norma que dicta entonces el Poder Ejecutivo no tiene rango de ley, no hay delegación; la ley solamente señala que un supuesto de ella va a ser regulado por el reglamento. Esta sería, por ejemplo, la forma de entender el artículo 2 del Código Sanitario, que establece una amplia remisión al Presidente de la República para dictar los reglamentos necesarios para la aplicación de las normas contenidas en el Código; existiendo, en la práctica, reglamentos sobre cada capítulo del mismo.



La explicación anterior se ha visto confirmada por la Corte Suprema en el fallo de fecha 10 de septiembre de 1993 recaído en el recurso de inaplicabilidad "Watt's Alimentos" en que expresamente se señala, después de analizar la doctrina española, "Que los conceptos expuestos son plenamente aplicables a nuestro derecho y al caso en estudio", aceptando de este modo para Chile, en forma expresa, la institución de la remisión normativa<sup>22</sup>. La doctrina de este fallo, sin embargo, ha sido criticada con vehemencia por parte de la cátedra de derecho administrativo, señalando que carece de todo sustento constitucional en el derecho chileno.

Tratándose de reglamentos que en cualquier sentido se refieran a las limitaciones impuestas a los derechos contemplados en las garantías constitucionales, parte de la doctrina sostiene actualmente que ellos de ninguna manera podrían complementar las normas legales de limitaciones al ejercicio de dichos derechos que haya hecho la ley, ya que ello sería materia reservada a la ley. Esta posición se manifestó en el fallo del Tribunal Constitucional recaído en el proyecto de Ley de Bases sobre Medio Ambiente, de 28 de febrero de 1994, que rechazó, por inconstitucional, disposiciones de la ley que otorgaban facultad al Poder Ejecutivo para establecer la restricción vehicular en ciertos casos, señalando que al establecer la Constitución que la ley podrá establecer restricciones al ejercicio de determinados derechos significa que "ello es de reserva legal; es decir, es de competencia exclusiva y excluyente del legislador..."<sup>23</sup>. Por el contrario, existe jurisprudencia de los tribunales ordinarios que aceptan la interpretación contraria, en el sentido que la ley es la que establece la limitación genérica, y al Presidente de la República le corresponde su implementación por la vía reglamentaria; como por ejemplo y también en materia de restricción vehicular<sup>24</sup>. Cabe señalar que la tesis restrictiva de la potestad reglamentaria significaría la ilegalidad, o más bien dicho la inconstitucionalidad, de gran parte de los reglamentos que contienen normas de policía administrativa.

Una gran transformación en relación al reglamento se produjo en la Constitución Política de 1980 al copiarse el sistema francés de la Constitución de De Gaulle de 1958, en que se estableció que la regla general en materia de dictación de normas jurídicas era el reglamento y no la ley, al limitar las materias de ley y señalar que las que no correspondían a ella eran materias propias de reglamento. La comisión redactora de la Constitución chilena propuso el mismo sistema francés, el que se aprobó no obstante ser categóricamente rechazado por el Consejo de Estado que señaló que sustituir la fórmula antigua de "sólo en virtud de una ley se puede" por la de "sólo son materias de ley" era peligroso e inconveniente.

El reglamento autónomo, que desde Jorge Huneeus<sup>25</sup> siempre se aceptó en el derecho chileno en materias no reservadas a la ley, y en que no se hubiera dictado ley, no obstante la importancia teórica que adquirió con la redacción de la actual Constitución, al prohibir la dictación de leyes en materias que no le estuvieran reservadas, es en la práctica casi inexistente. En efecto, las materias reservadas a la ley son de tal envergadura que incluyen, por ejemplo, a todas aquellas relativas a las garantías constitucionales, y a la Administración del Estado que impliquen gasto, que en la práctica no se divisa ninguna materia de cierta importancia en que pueda ser dictado. A ello se une el que no se estableciera la deslegalización de aquellas materias que antes de la vigencia de la Constitución habían sido tratadas por la ley, y que ahora serían materia de reglamento autónomo, como ocurrió en Francia, por lo que dichas materias requerirían de ley para ser derogadas, según lo establece el artículo 6º transitorio, que es probablemente el artículo transitorio de la Constitución que regirá por más tiempo.

#### Actividad de policía administrativa

Muy vinculado con el tema anterior del reglamento se encuentra lo relativo a la actividad administrativa de policía, entendiendo a ésta como aquella que restringe o limita los derechos de los particulares. Durante el transcurso del siglo fue aumentando la actividad reguladora del Estado sobre la actividad privada, apareciendo sectores de intervención que no se concebían hace algunas décadas. Basta con pensar en la intervención pública en el control del medio ambiente para tener una idea de la dimensión del tema que mencionamos. Esta actividad restrictiva de policía, a comienzos del siglo XX estaba referida a los aspectos que tradicionalmente abarcaba la noción de ejecución de las leyes: la seguridad, la tranquilidad y la salubridad. Con el transcurso del tiempo, se ha desarrollado una actividad administrativa especial en diversos campos como, por ejemplo, además del referido al medio ambiente, en materia bancaria, de protección al consumidor, de construcción y urbanismo, pesca, turismo, etc., todo lo cual ha dado lugar al aumento de la normativa administrativa contenida en leyes y reglamentos, dando paso a lo que algunos denominan derecho administrativo especial, referido a cada materia considerada como una disciplina especializada, derivada del derecho administrativo.

Es necesario señalar que la actividad de policía está referida principalmente a la actividad reglamentaria, a través del reglamento subordinado a la ley y con la discusión actual de que se diera cuenta en el punto anterior, y a la actividad de ejecución, mediante la dictación de actos administrativos particulares. Estos últimos se encuentran vinculados a otro aspecto, de enorme importancia práctica y que constituye una materia importante del derecho administrativo, la sanción administrativa, mediante la cual la propia Administración es la encargada de aplicar una sanción al particular que contraviene, por lo general, una norma de policía administrativa.

El tema de la sanción administrativa tampoco es un tema pacífico en el derecho administrativo de hoy. Casi inexistente a comienzos del siglo pasado, salvo quizás a través de la justicia de Policía Local, que en el origen era de naturaleza casi puramente administrativa, creció enormemente con los años a través de varias leyes que otorgaron esta facultad a la Administración. Al respecto se puede citar como ejemplo el Código

Sanitario, que contempla un procedimiento sancionatorio y una lista de sanciones posibles aplicables. Hay que señalar que el legislador se preocupó siempre de establecer un procedimiento para aplicar sanciones y recursos para ante la justicia ordinaria, respetando así los principios esenciales que en doctrina sustentan la institución. En las últimas décadas se ha mirado con cierta desconfianza a la sanción administrativa, a pesar que con las garantías ya mencionadas ello no resulta del todo razonable. Se ha preferido entregar la sanción de las infracciones a los tribunales ordinarios o de Policía Local.

La policía como servicio público, esto es, como órgano del Estado encargado de la actividad material de policía, a través del uso de la fuerza pública, se había entregado por la Ley de Municipalidades de 1891 a los alcaldes. Con posterioridad, por ley de 1896, las policías de Santiago y demás cabeceras de departamento pasaron a depender del Presidente de la República, con gran intervención de los intendentes y gobernadores; las de las comunas rurales, en cambio, continuaron a cargo de las municipalidades. Con la creación, el año 1927 del Cuerpo de Carabineros, la fuerza pública se uniformó en un solo servicio, actualmente de rango constitucional.

Es interesante consignar que el sistema chileno que contempla un solo cuerpo de policía administrativa, ya que el constituido por el Servicio de Investigaciones corresponde a la denominada policía judicial, es muy peculiar y se caracteriza por su extrema centralización en cuanto a su organización, lo que recientemente ha sido puesto de relieve con algunas proposiciones de creación de una policía comunal para ejecutar ciertas tareas, lo que en el esquema actual resulta imposible. A cien años de 1896, la discusión acerca de las bondades o defectos de una policía municipal ha vuelto a surgir.

### Función pública

Sin tomar en consideración el número de personas que prestan servicios en la Administración del Estado, ni tampoco la distinción entre funcionarios y empleados que, a pesar de la justificación teórica, parece no haber sido utilizada en Chile, por la constante referencia indistinta de ambos términos, el régimen jurídico de quienes trabajan para el Estado ha tenido una evolución caracterizada por la aplicación creciente de la relación laboral de derecho privado, sometida al Código del Trabajo, utilizada preferentemente en los servicios públicos descentralizados y en las empresas del Estado. Esta utilización del derecho privado ya había comenzado, de manera incipiente, incluso antes de la dictación del Código del Trabajo. Señalaba Valentín Letelier el año 1904: "Sin embargo, en los últimos tiempos se ha empezado a introducir una corruptela en nuestra administración, consistente en considerar de Derecho Civil, a ciertos empleados que son de Derecho Público, a fin de poder aumentárseles el sueldo"<sup>26</sup>.

En cuanto al personal regido por estatuto de derecho público, se ha distinguido entre aquel regido por un estatuto general de la función pública, denominado Estatuto Administrativo, y aquel sometido a estatutos especiales, como por ejemplo el de las Fuerzas Armadas y el actual Estatuto Administrativo Municipal. El denominado Estatuto Administrativo, mencionado en la propia Constitución Política, ha tenido distintos textos legales, algunos de los cuales tuvieron vigencia durante varios años, como el texto de 1930, y el Decreto con Fuerza de Ley 338 de 1960.

Los principios básicos que regulan la función pública han regido durante todo el siglo XX, aplicándose con mayor rigor, o más bien, no aplicándose en mayor o menor medida, muchos de ellos. Salvo en el período 1973 a 1989, la regla general ha sido la inamovilidad o propiedad en el empleo; término este último errado, ya que nada tiene que ver con el derecho de propiedad establecido en el artículo 582 del Código Civil, aunque alguna jurisprudencia en materia de recursos de protección así lo ha aceptado en los últimos años. La inamovilidad no necesariamente ha sido siempre respetada, como reclamaba ya en 1904 don Valentín Letelier, señalando, con respecto a los funcionarios no políticos, que "...es propio de los países corrompidos como Estados Unidos i Chile cambiar tales empleados"<sup>27</sup>. El tema recurrente ha sido, en los últimos treinta años, el de vincular el mejoramiento de la eficiencia de la Administración del Estado con el término de la inamovilidad de los funcionarios. Llama la atención, sin embargo, que no obstante la fuerte opinión en tal sentido en la década de los setenta, la Constitución Política de 1980 consagra en su artículo 38 la carrera funcionaria, que se basa, entre otros principios, en el de la estabilidad en el cargo.

La multiplicidad de sistemas de remuneraciones dentro de la Administración se corrigió con la dictación del Decreto Ley 249, de 1973, denominado de la escala única de sueldos que, curiosamente, tuvo vigencia también al exterior de la Administración del Estado, puesto que, en un principio, incluyó al Poder Judicial e incluso a algunos entes privados como las universidades no estatales. Con el tiempo se le fueron introduciendo muchas excepciones, así como asignaciones especiales a algunos servicios y se perdió el efecto unificador que tuvo en un comienzo.

La Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, de 1986, estableció varios principios que rigen la función pública, sentando las reglas generales en varias materias. Interesa destacar la categoría de cargos de exclusiva confianza del Presidente de la República, que sólo puede utilizarse en los tres primeros niveles jerárquicos del respectivo servicio. Se suprimió, además, al no contemplarlo, al funcionario de libre designación; que es aquel que es designado libremente, sin sujeción a las normas sobre carrera, pero que es inamovible. Normas posteriores han establecido varios casos que los contemplan.

### Administración del Estado

El derecho administrativo se encuentra estrechamente vinculado a la Administración del Estado, ya que, precisamente, forma parte del objeto de su estudio. Se comprenderá, por lo tanto, que las transformaciones sufridas por ésta incidan directamente en la disciplina. Por otra parte, también habrá de tenerse presente que durante el transcurso del siglo pasado la Administración ha debido adaptarse a los naturales cambios de un país que ha pasado de tener una población aproximada de tres millones de habitantes a más de quince millones, donde además se ha querido experimentar con diversas concepciones ideológicas acerca del Estado y la Administración, pasando por periodos de gran intervención estatal a otros en que se aboga por la reducción de su tamaño.

Todos los autores de textos de derecho administrativo han dedicado capítulos, con distintos nombres, al estudio de la Administración. Llama la atención, al revisar los de comienzos de siglo, la extrema simplicidad del aparato administrativo. Así, el Resumen de Derecho Administrativo de Domingo Amunátegui Rivera, de 1900<sup>28</sup>, que prácticamente está íntegramente dedicado a la organización administrativa, distingue, aparte de la Administración Local, entre materias exclusivas de la Administración como lo son hacienda pública, policía y fuerza armada, y materias que atienden la Administración y la iniciativa individual en conjunto, como asistencia pública, instrucción pública, vías y medios de comunicación y obras públicas. A comienzos de siglo, había en Chile ocho Departamentos de Estado a cargo de seis ministros: Interior, Relaciones Exteriores y Culto, Justicia, Instrucción Pública, Hacienda, Guerra, Marina, Industria y Obras Públicas. Justicia e Instrucción Pública tenían un solo ministro, así como también Guerra y Marina.

Por su parte, en los apuntes de clases de don Valentín Letelier correspondiente al año 1904<sup>29</sup>, que también le dedica una gran parte a la Administración, los capítulos que se refieren a ella, excluyendo a las Municipalidades, tratan sobre policía; higiene pública; edilidad, esto es higiene en las ciudades; viabilidad; correos; telégrafo; beneficencia; instrucción pública, y régimen penitenciario.

Los Ministerios se reorganizaron por la Ley número 7.912 de 1927 que estableció las funciones y atribuciones de cada uno de los nueve que contemplaba. Esta ley tuvo una larga duración, ya que sólo fue modificándose y dejando de regir en la medida que con el transcurso de las décadas se fueron dictando nuevas leyes orgánicas de los distintos Ministerios. En esa época la Administración se integraba por servicios públicos atendidos por "Direcciones Generales que los atienden, subordinándolas o adscribiéndolas a los diversos Ministerios del Estado, según la naturaleza de las funciones que a cada uno de ellos competen"<sup>30</sup>.

En 1940 ya existían once Ministerios y separando los denominados, en ese entonces, servicios independientes, Contraloría General de la República y Consejo de Defensa del Estado, de los distintos Ministerios dependían diversos servicios públicos centrales, esto es, no dotados de personalidad jurídica, que recibían distintas denominaciones, manteniéndose como la principal de ellas la de Direcciones Generales, pero también existiendo otras como Superintendencia, Sindicatura, Instituto, Departamento, etc. Ya para entonces existía la distinción entre estos servicios que correspondían a la Administración, que hoy se denomina centralizada, de aquellos que se denominaban "establecimientos públicos", dotados de personalidad y patrimonio propios y que corresponderían a lo que posteriormente se denominó "instituciones descentralizadas funcionalmente". Estos últimos eran, sin embargo, la excepción.<sup>31</sup>

Una categoría diversa la conformaban las instituciones denominadas semifiscales, integrada por instituciones de crédito, como Caja de Crédito Hipotecario y Caja de Crédito Popular; instituciones de ahorro, como la Caja Nacional de Ahorros; e instituciones de previsión social como la Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas. Estos organismos se vinculaban al Estado únicamente en lo relacionado con la designación de sus organismos directivos, teniendo autonomía en sus funciones y, además, con un patrimonio formado en gran parte por aportes particulares. Todas estas instituciones aparecieron principalmente en las décadas del veinte y treinta. Su concepto no estaba claramente definido, lo que causó cierta confusión respecto a incluir o no a ciertas instituciones en esta categoría. Señalaba Juan Antonio Iribarren en 1936: "Aquellos organismos no aparecen definidos en documento oficial alguno. Se los menciona en las leyes de presupuesto y en otras disposiciones legales. De manera que carecemos de fuente autorizada para precisar su concepto definitivo"<sup>32</sup>.

La clasificación de Enrique Silva Cimma contemplaba, aparte de la denominada administración activa, una administración fiscalizadora y otra jurisdiccional. Refiriéndose únicamente a la denominada activa, ella incluía dos grandes categorías, la central y la descentralizada. Esta última se dividía en descentralizada funcional y territorial, y la funcional, a su vez, en instituciones y empresas. Esta es la clasificación que permanece vigente hasta hoy. Sin embargo, Silva Cimma agregaba en la administración activa una categoría adicional como administración concedida, y en las instituciones descentralizadas funcionalmente distinguía entre fiscales y semifiscales. Tenía, por último, algunas categorías menores que no incluía en las ya mencionadas, como algunas instituciones independientes, desconcentradas y "con régimen de autonomía"<sup>33</sup>.

La Ley Nº 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, estableció una clasificación general, a partir de su artículo primero en relación con su título segundo. Administración centralizada integrada por los Ministerios y Servicios Públicos y Administración descentralizada integrada por servicios públicos con personalidad jurídica y empresas públicas creadas por ley. En lo concerniente a la descentralización territorial, Municipalidades y, con posterioridad a 1986, Gobiernos Regionales. En lo territorial centralizado, Secretarías Regionales Ministeriales, Direcciones Regionales y Gobernaciones. Dentro de la Administración del Estado, pero con distinto carácter, la Contraloría General de la República y el Banco Central.

Llama la atención que la Constitución Política de 1980 mencione tres veces a las instituciones semifiscales, en los artículos 55, 62 N° 2 y 62 N° 3, en circunstancia que el concepto no se ha utilizado por el legislador nacional desde hace muchos años y puede decirse que ha desaparecido del léxico jurídico nacional. Las instituciones que nacieron con ese carácter o han desaparecido o nuevas leyes orgánicas les han dado otra denominación. La propia ley de Bases Generales de la Administración del Estado las ignora absolutamente, excluyéndolas simplemente de la Administración, haciéndolas desaparecer del ordenamiento jurídico.

En la actualidad se utiliza el término Administración del Estado y no el de Administración Pública, usado preferentemente a comienzos del siglo. En efecto, se ha producido una evolución que ha dejado el segundo término en desuso, principalmente para evitar confusiones. Se ha señalado que la Constitución de 1925 solamente mencionaba a la Administración Pública, que incluía únicamente a los servicios y órganos centralizados, contemplando como servicios personificados a las empresas fiscales e instituciones semifiscales, en su artículo 45, después de la reforma de 1943. Posteriormente, en la reforma de enero de 1970, se recoge el criterio jurisprudencial de la Contraloría General de la República y se refiere, en las materias de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, a la Administración del Estado, tanto central como descentralizada, sin mencionar para nada el concepto de instituciones semifiscales y empresas fiscales.

El concepto de Administración Pública era mucho más restringido que el de Administración del Estado, ya que incluía únicamente a los servicios fiscales integrados a la Administración Central, que carecen de personalidad jurídica propia. La Administración del Estado, en cambio, incluye el conjunto de instituciones descentralizadas, a las desaparecidas semifiscales y a las empresas<sup>34</sup>. Así lo ha establecido además la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, que repite varias veces esta expresión, no utilizando en cambio la antigua de Administración Pública.

Las instituciones descentralizadas o autónomas, con personalidad jurídica propia, que en un comienzo constituían la excepción al interior de la Administración, han pasado, con el correr del tiempo, a ser la regla general, ya que durante la segunda mitad del siglo pasado la inmensa mayoría de los servicios públicos que se han creado lo han sido con ese carácter, y muchos servicios que nacieron como centralizados han visto modificada su naturaleza, incluyendo a algunos en que el haberle otorgado el carácter de descentralizados resulta sorprendente, como el Servicio de Impuestos Internos o el Servicio de Aduanas, por ejemplo. Sin embargo, la autonomía no es real, ya que paradójicamente, en la mayoría de los casos, las leyes orgánicas respectivas, a renglón seguido de definir a la institución como autónoma, indican que su autoridad es de la exclusiva confianza del Presidente de la República. Se trata en realidad de una descentralización ficticia o simbólica.

En el último cuarto de siglo se ha venido configurando un sector, al exterior de la Administración del Estado, del que la legislación y el derecho administrativo se han preocupado. Este sector está integrado por instituciones con o sin fines de lucro, regidas íntegramente por el derecho privado, en que el Estado o sus instituciones tiene participación mayoritaria o igualitaria. Esta distinción entre una participación mayoritaria o igualitaria y una participación menor ha sido básica para el legislador para establecer esta categoría, ya que se han dictado muchas normas de derecho público aplicables a ese sector.

Se encuentran en esta nueva categoría personas jurídicas con fines de lucro, de carácter empresarial, generalmente sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, que pertenecen íntegramente al Estado o a sus instituciones descentralizadas o en que tienen participación mayoritaria o igualitaria. También la integran personas jurídicas sin fines de lucro, generalmente corporaciones, constituidas por el Estado o sus instituciones descentralizadas y dirigidas e integradas por éstas a través de sus representantes o controladas por el Estado.

La tendencia de aplicar el derecho privado a la actividad empresarial del Estado, que por lo demás se encuentra establecida en el artículo 19 N° 21 inciso segundo de la propia Constitución, así como utilizarlo también como una fórmula para iniciar el traspaso de actividad estatal a los particulares, ha significado que varios servicios públicos tanto centralizados como descentralizados pasaron paulatinamente a ser empresas del Estado regidas por el derecho público y, por lo tanto, integrantes de la Administración del Estado, para posteriormente transformarse en empresas mercantiles. Es el caso, por ejemplo, de Correos, Lan Chile y las denominadas sanitarias.

Se ha utilizado también el mismo procedimiento, pero a través de personas jurídicas sin fines de lucro, para someter al derecho privado a actividades que anteriormente el Estado asumía con sus instituciones. Es el caso, por ejemplo, de las Corporaciones de Desarrollo Social, constituidas por las municipalidades por autorización del Decreto con Fuerza de Ley 1-3.063 de 1980, que las facultó para constituir con otras organizaciones de la comuna, personas jurídicas de derecho privado que no persigan fines de lucro a quienes puedan entregar la administración y operación de los servicios de las áreas de educación, salud y atención de menores. A muchas de estas corporaciones se les entregó la función de administrar la educación pública.

La frecuente referencia que el legislador ha hecho al dictar normas para la Administración del Estado, incluyendo a aquellas en que el Estado o sus instituciones tengan participación mayoritaria o igualitaria, ha significado una publicización de ellas y ha llevado a la necesidad de configurar claramente esta categoría, que, a falta de una denominación legal, ha recibido por la doctrina el nombre de "Administración invisible del Estado"<sup>35</sup>.

No se puede dejar de mencionar en relación con la Administración del Estado que parte de la actividad que ella ha efectuado durante el transcurso del siglo, a través de sus distintos servicios públicos, se ha transferido a los particulares con la modalidad de concesión de servicio público. Así, por ejemplo, está ocurriendo actualmente con el agua potable, necesidad que, originalmente, era satisfecha por servicios de la Administración Central, posteriormente, a través de empresas descentralizadas, después, por sociedades anónimas en que el Estado era accionista mayoritario, hasta llegar al sistema de concesión. En otros casos la actividad ha nacido, directamente, como concesión, sin que el Estado haya tenido a su cargo, nunca, la actividad. Es el caso, por ejemplo, de la zona franca de Punta Arenas, objeto recientemente de un pronunciamiento del Senado en una contienda de competencia promovida por la Contraloría General de la República.

La concesión de servicio público es una institución del derecho administrativo que nació en el siglo XIX y que perdió gran parte de su importancia a mediados de ese siglo, cuando el Estado comenzó a intervenir fuertemente en la actividad económica asumiendo directamente la gestión de muchos servicios. Actualmente se vislumbra con gran futuro, pudiendo afirmarse que se trata de una institución del siglo XIX para el siglo XXI.

\* Pedro Pierry Arrau. Abogado Consejero del Consejo de Defensa del Estado y Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Valparaíso y Universidad de Chile.

1 Domingo Amunátegui Rivera. Resumen de Derecho Administrativo. Imprenta y Litografía "La Razón". Montevideo, 1900.

2 Valentín Letelier. Apuntaciones de Derecho Administrativo. Clase de don Valentín Letelier 1904. Imprenta i Encuadernación Chile, Santiago, 1907.

3 Domingo Amunátegui Rivera. Obra citada, página 61.

4 Cuestión de competencia. Corte Suprema, 9 enero de 1964, Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXI. Sección 1ª, página 7.

5 "Cerde con Rotgers". Corte de Apelaciones de Santiago. 16 de mayo de 1966. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LIII. Año 1966.

6 Corte Suprema. 6 de marzo de 1989. Revista Gaceta Jurídica Nº 105. Marzo 1989, página 28 y siguientes.

7 Fallos del Mes. Nº 201. Agosto 1975, página 136.

8 Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo IV. Sección 2ª, página 42. Tomo V. Sección 2ª, página 55, y Tomo XXVII. Sección 1ª, página 744, respectivamente.

9 Valentín Letelier. Obra citada, página 296.

10 Domingo Amunátegui Rivera. Obra citada, páginas 126 y 127. Ver también al respecto: Héctor Puebla Avaria. Responsabilidad del Estado. Memoria de prueba. Santiago. 1924. Números 25 bis y 26, página 30.

11 Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XXXVI. Sección 1ª, página 277.

12 Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XXXIX. Sección 1ª, página 343. Tomo XLII. Sección 1ª, página 392, y mismo tomo y sección, página 244, respectivamente.

13 Corte de Apelaciones de Santiago. 6 de octubre de 1944. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XLI. Sección 2ª, página 71. En parecido sentido "Violeta Hernández con Fisco". Corte Suprema. 19 de mayo de 1965. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXII. Sección 1ª, página 93.

14 Casación en el fondo. 13 de enero de 1965. Atropello causado por un radiopatrulla conducido por un carabinero, durante un recorrido policial, infringiendo las normas del tránsito. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXII. Sección 1ª, página 6.

15 Actual artículo 42 del texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.575, fijado mediante el D.F.L. Nº 1/19.653 publicado en el Diario Oficial del día 17 de noviembre de 2001.

16 Corte Suprema. 24 de marzo de 1981. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXVIII. Segunda Parte, Sección Quinta, página 35.

17 Corte Suprema. Casación en el fondo. 7 de agosto de 1984. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXI. Segunda parte. Sección 1ª, página 117. También en Fallos del Mes Nº 309. Agosto 1984, página 384, y en Revista Gaceta Jurídica Nº 50. Agosto 1984, página 37.

18 Informe al Presidente de la República evacuado por la comisión de estudio de leyes orgánicas constitucionales.

19 Enrique Silva Cimma, Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Editorial Jurídica de Chile, Tercera edición, 1968, Tomo I, Números 30 bis a 42, páginas 168 a 207; Guillermo Varas Contreras, Derecho Administrativo, Editorial Nascimento, 1940, Título Preliminar, Capítulo III, Página 36, Números 26 y 27; Manuel Jara Cristi, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica de Chile, 1948, páginas 37 a 44.

20 Guillermo Varas Contreras. Obra citada. Número 42, página 61.

21 Enrique Silva Cimma. Obra citada. Tercera edición. Número 48, página 222 y siguientes.

22 Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XC. Segunda parte. Sección Quinta, página 215. También en Revista Gaceta Jurídica Nº 159. Septiembre 1993, página 40.

23 Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XCI. Segunda parte. Sección sexta, página 5.

24 "Díaz con Seremi de Transportes". Corte de Apelaciones de Santiago. Confirmada por la Corte Suprema con fecha 12 de septiembre de 1994. Fallos del Mes Nº 430. Septiembre 1994, página 574. También en Revista Gaceta Jurídica Nº 171. Septiembre 1994, página 44.

25 Jorge Huneeus. La Constitución ante el Congreso. Tomo II, pp. 8 y 9, Artículo 59 (50). Santiago de Chile. Imprenta Cervantes. 1899.

26 Valentín Letelier. Obra citada, página 306.

27 Valentín Letelier. Obra citada, página 298.

28 Domingo Amunátegui Rivera. Obra citada, páginas 20 y 21.

29 Valentín Letelier. Obra citada.

30 Manuel Jara Cristi. Derecho Administrativo. Notas de Clases y Anexos Legislativos. 1936, página 276.

31 Al respecto ver: Derecho Administrativo. Guillermo Varas Contreras. Obra citada. Capítulo V, página 148.

32 Juan Antonio Iribarren. Lecciones de Derecho Administrativo. Apuntes de Clases. Editorial Nascimento. 1936, página 189.

33 Enrique Silva Cimma. Obra citada. Tercera edición. Número 161, página 153.

34 Al respecto ver: Rolando Pantoja Bauzá. Administración del Estado. Organización. Curso de Derecho Administrativo, página 17. Ediciones Jurídicas. 1974.

35 Gustavo Reyes Román y Eduardo Soto Kloss. Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Editorial Jurídica de Chile. 1980, página 29.

Revista de Derecho, N° 5 (diciembre 2001).

---