

22. Las características del derecho administrativo chileno. El derecho administrativo chileno es tributario de toda una tradición jurídica que ha venido acuñándose en el país a lo largo del tiempo.

Por eso, su territorio doctrinal se ha visto cruzado por distintas visiones, otros tantos hitos de un camino más que centenario que comienza en ese extremo civilista que busca explicarse los fenómenos administrativos de acuerdo con los conceptos del Código Civil y que termina con la aplicación de puntos de vista estrictamente publicistas, que por sentirse liberados de toda influencia civilista han buscado explicarse el ámbito público desde ángulos del todo diferentes, cuando no contrapuestos, a los del *ius civile*.

El primer gran esfuerzo por modelar un derecho administrativo como disciplina jurídica articulada en conceptos propios, sistematizada y expuesta en un lenguaje concordante con las ideas que dominan los diversos temas que conforman su cuerpo doctrinal, provino de don Valentín Letelier, el primer profesor que ejerció esta asignatura en Chile, el año 1888. Además, desempeñó brillantemente el cargo de Fiscal del Tribunal de Cuentas, aportando las luces de su experiencia y de su profundo conocimiento de la Administración del país, a los fallos del Tribunal, en los dictámenes o informes en derecho que emitió y que transmiten hasta hoy la rectitud y profundidad de su pensamiento. Es cierto que antes que él el país contó con la obra de don Santiago

Prado, *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno, adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional*, de 1859, pero esa obra, de gran éxito en su tiempo, fue el fruto aislado, que no persistió en el tiempo, del interés que despertó en su autor el célebre libro de don Manuel Colmeiro titulado *Derecho Administrativo Español*, el que según palabras de Fernando Garrido-Falla se publicó simultáneamente en Madrid, Santiago y Lima, según se recordara con anterioridad.

Por otra parte, desde el plan de estudios de 1853 el derecho administrativo nunca se impartió como disciplina separada del Derecho constitucional, y el profesor que dictó la cátedra así compartida hasta 1888, la orientó hacia la enseñanza del Derecho constitucional sin dar lugar alguno en ella al derecho administrativo. En efecto, el plan de estudios de la Escuela de Leyes de 1832, modificado en 1853, aprobó en el 6º año de estudios el ramo de Derecho Público y Administrativo, asignatura que en los nuevos planes de estudio de 1859 y de 1863 pasó a impartirse en cuarto año de Leyes, manteniéndose en el mismo nivel en la reforma de 14 de mayo de 1866, en que aparece con el nombre de Derecho Administrativo y Constitucional, hasta el nuevo plan de estudios aprobado en 1884, en que pasó a llamarse Derecho Constitucional y Administrativo.

El maestro Letelier tenía clara conciencia de la dificultad que entrañaba independizar el tratamiento del derecho administrativo del de otras disciplinas, sobre todo del derecho civil, en

una época en que el mundo jurídico era justamente el del *ius civile* y en que el *ius publico* era asimilado más bien al *ius politiae* de que hablaban los antiguos doctores de la época monárquica que a una rama propiamente jurídica, pues, como se sabe, el *ius politiae* sólo reflejaba el criterio acuñado en los tiempos absolutistas, ya que respecto de él no existía obligatoriedad de acatamiento por parte de la autoridad ni vías de acción para los agraviados, que les permitieran hacer exigibles sus disposiciones frente al poder público.

Pero don Valentín no era un hombre que se dejara llevar por lecturas del momento. Tenía una clara conciencia de que "esta tendencia —a recurrir a conceptos civiles— no es nueva; viene de aquellos siglos remotos en que por estar confundidas todas las ramas del derecho en un solo código, no se distinguía lo público de lo privado. Durante toda la Edad Media se aplicaron a las sucesiones dinásticas las reglas de las sucesiones de bienes, como lo acredita la ley sálica". De igual modo, "bajo el imperio de la legislación española, fuéronlo muy frecuentes en América, mucho más en la Madre Patria", los llamados oficios de pluma, "todos —los cuales— eran venales, esto es, se adquirían por compra que se hacía en pública subasta, y el comprador que podía venderlos, arrendarlos, darlos en anticresis, legarlos en testamento, podía también permutarlos. La propiedad de los empleos públicos se parecía mucho, pues, a la propiedad de las cosas privadas".

"En el presente siglo —agrega— se ha dividido la legislación de cada Estado en ramas especiales y con cada una se ha formado un código igualmente especial", llevando a distinguir el derecho público del derecho privado, pero aun así, "la exagerada preponderancia que por interés profesional se ha dado en todas partes a los estudios de derecho privado, es causa hasta hoy de que el criterio de los civilistas predomine contra el de los publicis-

tas aun en las más genuinas cuestiones de derecho público".

"Es esta una tendencia errada, anti-científica y peligrosa", denunciaba don Valentín Letelier, pues las relaciones que se dan en el campo público "no son relaciones civiles" sometidas al derecho privado, sino relaciones públicas, "aquellas que el derecho público ha establecido, en virtud de las cuales los agentes políticos y los jefes administrativos deben ejercer sus atribuciones" conforme a lo prescrito por la Constitución y la ley.¹

El transcurrir del tiempo habría de comprobar la dificultad de la obra emprendida por el ilustre Valentín Letelier, puesto que muchos años después de que él planteara estas ideas, las enseñara en su cátedra y propugnara la independencia del derecho administrativo del derecho civil, aún debió continuarse desplegando, un esfuerzo doctrinal en la misma dirección.

En 1948, en su *Derecho Administrativo*, el profesor Guillermo Varas Contreras, por ejemplo, se felicita de que "numerosos fallos de nuestros Tribunales, muchas veces en casos de gran resonancia, han desestimado las soluciones civilistas para acoger aquellas que el Derecho Administrativo señala como compatibles con la índole especial de las instituciones públicas", y adelanta que, como profesor del ramo se sentiría feliz, "consideraríamos cumplido el propósito que se persigue al editar este texto —son sus palabras—, si lográramos poner de relieve las instituciones jurídico-administrativas, frente a las que el Código Civil establece, señalando sus características y sus procedimientos propios".²

Y en el prólogo a la primera edición de su obra *Derecho Administrativo, Chileno y Comparado*, el profesor Enrique Silva

¹ LETELIER, Valentín, *Diámenes (1891-1918)*, op. cit., págs. 58, 82, 160, 161, 281.

² VARAS CONTRERAS, Guillermo, *Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 8.

Cimma reiterará este planteamiento al confesar que la observación de las diferentes modalidades que asume lo administrativo en el país le "han hecho comprender la absoluta necesidad de entrar a sistematizar todo el cúmulo de normas que constituyen el Derecho Administrativo Chileno", testimoniando así el vacío o la precariedad de tratamiento que advertía en aquel tiempo respecto de "las modalidades que en nuestro país invisten los órganos de la Administración, la extensión del sistema de las autonomías funcionales, la específica regulación de las vinculaciones entre el Estado y sus agentes públicos, y tantos otros que en nuestro régimen jurídico es posible constatar como consecuencia de la acción administrativa".³

Desde entonces, la vida administrativa ha crecido en cobertura y profundidad, y la acción ciudadana, gubernativa y parlamentaria, unida a la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y a los fallos de los Tribunales de Justicia en materia administrativa, permiten reproducir una clara visión intelectual de la percepción compartida que se tiene en el país acerca de qué caracteriza lo jurídico-administrativo en Chile, permitiendo al mismo tiempo cotejarla con la proyección institucional que ha experimentado la Administración Pública en su evolución hasta el Estado constitucional de los últimos años.

Esa percepción compartida de lo administrativo que se tiene en Chile permite caracterizar al derecho administrativo de hoy día como un derecho original, de naturaleza potestativa, de interpretación restrictiva y de aplicación formal, en los términos que pasan a exponerse.

23. El derecho administrativo es un derecho original. En primer término, el derecho administrativo es un derecho original.

³ SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, op. cit., pág. 13.

Con ello se quiere decir que el derecho administrativo es una disciplina jurídica que tiene su propio cuerpo proposicional y doctrinal, sus propias normas y principios, de manera que no reconoce relación de especialidad respecto del derecho común o general.

El problema lo plantean los artículos 5-17, inciso 2º, y 4º del Código Civil.

En el primero de esos preceptos, dice este Código, reconocido como la ley general o común que rige en el país, que las personas jurídicas de derecho público, entre ellas el Estado, las municipalidades y los establecimientos que se costean con fondos del erario nacional, "se rigen por leyes y reglamentos especiales".

Artículo 5-17.2. Tampoco se extienden las disposiciones de este título a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas, y los establecimientos que se costean con fondos del erario; estas corporaciones y fundaciones se rigen por leyes y reglamentos especiales.

Las disposiciones contenidas en los códigos especiales, agrega su artículo 4º, como en el del Ejército y Armada, deben aplicarse con preferencia a las del Código Civil, sin perjuicio, naturalmente, de que si en esas disposiciones no se hallare regulado el asunto que interesa resolver, se acuda por vía supletoria al Código general, esto es, al Civil. El principio de la especialidad se encuentra reiterado en el cuerpo del Código, en el artículo 13, referido a las disposiciones de una determinada ley.

Artículo 4º. Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código.

Artículo 13. Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición.

Es indudable, pues, desde el punto de vista del Código Civil, que la organiza-

ción de las personas jurídicas de derecho público no se rige por las normas del título XXXIII de su libro I, que trata de las personas jurídicas, sino por leyes y reglamentos especiales.

En la medida que el derecho administrativo estudia-regula a las personas administrativas, cuyo tipo ha sido y es fundamentalmente el de las personas jurídicas de derecho público, el cuerpo normativo, proposicional, que constituye su armadura positiva, estaría constituido, entonces, por las "leyes y reglamentos especiales" que rigen a esas entidades, y en este sentido, en tanto conjunto de reglas vigentes aplicable a las organizaciones administrativas, esas disposiciones configurarían un derecho positivo especial regido por el artículo 4º del Código Civil, frente al cual el derecho administrativo se hallaría vinculado en una relación de especialidad en que el derecho civil pasaría a ser la disciplina general y supletoria de su normativa organizacional.

Ahora bien, ¿es esto realmente así? ¿Es efectivo que el Código Civil es el texto supletorio de las normas administrativas que rigen a las personas jurídicas de derecho público, de modo que, ante la inexistencia de disposiciones especiales ha de recurrirse a las de ese Código para explicar la situación que interesa aclarar o resolver?

Indudablemente no. El Código Civil no contiene disposición alguna que pueda ser compatible con la naturaleza de las organizaciones y relaciones que regula el derecho administrativo, y su mención al Código del Ejército y Armada hay que entenderla en el contexto de lo que es su ámbito de acción.

Si se busca saber a qué principios responde la organización del Ejército o la estructura de la Armada, qué atribuciones tienen las autoridades que conforman el mando o cómo se designa a su personal, no existe posibilidad alguna de que el Código Civil preste una ayuda útil a ese propósito, aportando elementos de juicio que permitan conocer la composición del mando o sus características.

El mismo señor Bello lo entendía así. El Código Civil no era para él el Código de los militares, porque si bien el personal castrense está constituido por "ciudadanos que corresponden a un mismo Estado y se sujetan a las mismas leyes bajo las cuales viven los demás individuos de la sociedad", también es cierto, decía, que "forman una clase enteramente diversa de hábitos, en trabajos, y sobre todo, en una obediencia tan ciega a las leyes de la milicia y a las órdenes de sus jefes, que no admite interpretaciones y se reputa como graves a los menores defectos e imprimen por ellos gravísimos castigos. Cuasi todas sus relaciones civiles están íntimamente ligadas con las militares. Esto supuesto, nada nos parece tan justo como que ciudadanos tan estrictamente ligados al rigor necesario para la conservación de la milicia, no reconozcan otra dependencia que la de los jefes cuyas órdenes deben obedecer con respecto de aquella".⁴ Atendidas las circunstancias del mundo castrense, es su parecer que todo asunto jurisdiccional que afecte a los militares debía estar al margen de los tribunales ordinarios y ser de competencia exclusiva de la justicia militar.

El mundo civil, por consiguiente, era del todo diferente al mundo militar; para don Andrés Bello; lo civil, ajeno a lo castrense; los civiles movidos por sus intereses personales actuaban basados en su voluntad, los militares "forman una clase enteramente diversa" y están sujetos a una "obediencia ciega a las leyes de la milicia y a las órdenes de sus jefes".

¿Cómo pretender, entonces, estando ante dos mundos distintos, que el Código Civil pudiera llegar a ser un Código aplicable al Ejército y la Armada, aun por la vía supletoria, en materias de estructura organizacional y del mando, si esas instituciones eran del todo ajenas a su regulación jurídica?

Evidentemente hay algo que no funciona en la interacción de los artículos

⁴BELLO, Andrés, *Obras Completas*, volumen IX, 1885, pág. 112.

547, inciso 2º, y 4º del Código; sin lugar a dudas hay un elemento de contradicción que impide captar qué está ocurriendo al interior de su normativa. El uso de las palabras, en un texto de alta precisión terminológica como es el Código Civil, está induciendo a una gran confusión.

Para despejar cualquier equívoco en torno a este punto de vista, es conveniente recordar que el Código, significó un gran avance en su tiempo en materia de regulación de las personas jurídicas. El gran Código Civil francés de 1804 no contenía un título referente a ellas, lo que muestra en el chileno un logro jurídico de indiscutible valor.

Pero no sólo hizo eso. Junto con establecer cuáles eran las personas civiles se adelantó a hablar de las personas comerciales, cuando aún no se estudiaba el Código del ramo, y se ocupó de las personas jurídicas de derecho público, para situar a todas ellas dentro de una clara categorización, integrándolas dentro de un mismo género próximo: las personas comerciales como "sociedades", al igual que las civiles; las personas públicas como "corporaciones o fundaciones de derecho público", siguiendo el mismo criterio.

Así, las normas del título XXXIII del libro I del Código Civil juridizaron el ser de las personas públicas, en particular del Estado, al incluirlas dentro de la esfera del derecho de las personas jurídicas como una persona más, con lo cual el Estado chileno en su acepción más amplia, como organización de la nación toda, se mostró sujeto al derecho, sometido al ordenamiento jurídico, en un plano de igualdad con los otros sujetos de derecho que se desenvolvían en el ámbito jurídico.

Simultáneamente, las disposiciones de sus libros II, III y IV juridizaron el actuar de estas personas, situándolas en las relaciones jurídicas civiles en la misma posición de igualdad que tienen los particulares en sus propias negociaciones, cuidando de eliminar toda diferencia que no fuera consubstancial a la naturaleza jurídica del asunto normado por ellas.

Y es de destacar que esta posición de igualdad ante el derecho civil en que pasaron a hallarse las personas jurídicas públicas y las personas privadas, se logró sin desconocer la existencia de los dos grandes hemisferios jurídicos que caracterizaron al Estado constitucional de la primera generación, el hemisferio del derecho público y el hemisferio del derecho privado, sino que aceptándolos, puesto que no hay antecedente alguno que permita sostener, tras los artículos 547, inciso 2º, y 4º, del Código Civil, la búsqueda de un monismo jurídico que eliminara esa tradicional dualidad de campos reconocida en la ciencia del derecho para establecer la aplicación rígida de la ley común a la autoridad y a los particulares.

Nada indica que así fuera. Las mismas opiniones de don Andrés Bello demuestran lo contrario. Conocedor de los sistemas comparados y de sus raíces, pensaba que el derecho occidental reconocía de antiguo esos dos grandes ámbitos. Para formarse una opinión precisa sobre el derecho romano, decía, con clara conciencia de la naturaleza que había presentado en su etapa de recepción, debía empezar distinguiéndose "el derecho público del privado", porque "el primero, que es el malo, nadie lo estudia en las Pandectas; pero el derecho privado de los romanos es bueno, es el nuestro, y apenas hay en él una u otra cosa que necesita simplificarse o mejorarse", haciendo una clara alusión al autoritarismo justinianeo y a la estructura voluntaria de las relaciones particulares. Al defender la necesidad de legislar en materia civil, reiteró esa visión de lo jurídico, al acotar que era conveniente emprender cuanto antes la nueva obra legislativa, porque "las leyes fundamentales, y las leyes orgánicas de nuestro derecho público han absorbido, como era natural, casi toda la atención del Congreso en estas primeras épocas de nuestra existencia política; y sus miradas no han podido fijarse, sino muy pocas veces, en las leyes civiles que conciernen

al derecho privado, para examinarlas y perfeccionarlas".⁵

Hay claridad, pues, por aquellos años, en la apreciación de la arquitectura del derecho, levantada sobre las dos grandes columnas clásicas consagradas por el constitucionalismo moderno: el derecho público y el derecho privado; el campo de la autoridad y el de la propiedad; la esfera de los actos de autoridad, como los llamaría la escuela francesa, y la de los actos de gestión.

No podía ser de otra manera. Bastaba escuchar la versada opinión de Montesquieu, uno de los padres del constitucionalismo, para comprobar que ése era el diseño admitido por la ciencia en aquellos tiempos. En su clásica obra de 1748, decía este gran pensador francés que el derecho político estaba conformado por "las leyes que establecen las relaciones entre los gobernantes y los gobernados", y que "para regular las relaciones de todos los ciudadanos unos con otros, tienen otras leyes: las que constituyen el llamado derecho civil".

"Así como los hombres han renunciado a su independencia natural para vivir sujetos a leyes políticas —decía—, de igual modo han renunciado a la natural comunidad de bienes para vivir sujetos a leyes civiles."

"Si las primeras les aseguran la libertad, las últimas les aseguran la propiedad. Y no conviene que las leyes de libertad, o de la ciudadanía, hayan de decidir lo que corresponde a las leyes de la propiedad", como "tampoco ha de decidirse por las reglas del derecho civil lo que debe arreglarse por las del político; es ridícula pretensión la de querer decidir sobre derechos de los reinos, de las naciones y del universo, por las mismas reglas que deciden entre particulares acerca del derecho a un canal, para servirme de los términos de Cicerón".

Don Andrés Bello se movía dentro de estos grandes parámetros caracterizado-

res del sistema constitucional, que eran los aceptados por toda la intelectualidad de esos tiempos. Por eso, luego de reconocer en su *Derecho Internacional* que la "nación o Estado es una sociedad de hombres que tiene por objeto la conservación y felicidad de los asociados; que se gobierna por leyes positivas emanadas de ella misma, y es dueña de una porción de territorio", agregaba el señor Bello que "la cualidad especial que hace a la nación un verdadero cuerpo político, una persona, es la facultad de gobernarse a sí misma, que la constituye independiente y soberana".

El Estado es soberano en cuanto se gobierna a sí mismo, pues "tiene, con exclusión de cualquier otro, la facultad de dar leyes sobre los derechos personales de sus súbditos o ciudadanos, y sobre los bienes raíces o muebles situados en su propio territorio y pertenecientes a sus súbditos o a personas extranjeras".

"En cuanto da leyes y órdenes a las personas, la soberanía se llama imperio", "en cuanto dispone de las cosas, se llama dominio".

Imperio y dominio son las dos expresiones del poder jurídico.

El dominio se ejerce sobre las cosas. Las cosas o "bienes de la nación son de varias especies. Los unos pertenecen a individuos o a comunidades particulares y se llaman bienes particulares; los otros a la comunidad entera y se llaman públicos. Diviéndese estos últimos en bienes comunes de la nación, cuyo uso es indistintamente de todos los individuos de ella, como son las calles, plazas, ríos, lagos, canales; y bienes de la corona o república, los cuales, o están destinados a diferentes objetos de servicio público, verbigracia, las fortificaciones y arsenales, o pueden consistir, como los bienes de los particulares, en tierras, haciendas, bosques, minas, que se administran por cuenta del Estado, en muebles, en derechos y acciones".⁶

⁶ BELLO, Andrés, *Derecho Internacional. Obras Completas*, volumen 10, 1886, págs. 27, 31, 81 y 45.

La ley civil, la ley de la propiedad, en cuanto reguladora del dominio, se extiende así a los bienes particulares y a los bienes públicos del Estado, entre los cuales se cuentan aquellos que posee en igual forma que los particulares, "como los bienes de los particulares" consistentes en "tierras, haciendas, bosques, minas, en muebles, en derechos y acciones".

¿Y qué ocurre con el otro gran ámbito de la soberanía, aquel en que no actúa como un particular, en que ejerce imperio, en que "da órdenes a las personas"?

El Código Civil no lo dice directamente. Pero en el artículo 45, al definir lo que para él es el caso fortuito o fuerza mayor, reveló la intinidad de su pensamiento sobre los actos de la autoridad, cómo apreciaba el acto de imperio. "Se llama fuerza mayor o caso fortuito —dice este artículo— el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

El mundo social es un mundo jurídico, sólo en su hemisferio privado o particular, pues allí, tratándose de la propiedad y sus circunstancias relacionales, existen convenciones que garantizan el ejercicio de los derechos que implica el dominio, bajo un orden jurídico de coordinación; en su otro hemisferio, en el lado público de la juridicidad, hay un mundo político, regido por el *ius politiae*, como decían los doctores del antiguo régimen, en el cual el ser humano se encontraba ante la razón de Estado en igual situación que ante un naufragio o un terremoto.

He aquí el punto crítico de la construcción civilista. En su juridicidad, que desea plena e inmota, no cabe la autoridad, pero no juzga adecuado tener tal franqueza como para decirlo. Siente que cruzando la superficie civilista y entrando a "dar órdenes", la autoridad se hace acivil, ajurídica: política, y escapa a su mundo, que es el mundo del derecho, para adentrarse en el de la conveniencia, la oportunidad, la variabilidad de parece-

res, tal vez la subjetividad humana, factores que inducen la existencia de una esfera de imprevisibilidad que escapa a las normas permanentes, estables y obligatorias de un Código Civil, por no responder a los diseños de la lógica romana, por no ser anticipables, previsibles.

Para entender el derecho, parece seguir el Código, debe partirse de una base subentendida acerca de cuál es la naturaleza civil del ordenamiento nacional, y actuar en consecuencia con ese supuesto. El *ius civile* no es la disciplina que regula la organización y la actuación de las autoridades del Estado en cuanto tales, porque esas materias son propias del derecho público; el *ius civile* se refiere única y exclusivamente a las relaciones patrimoniales, a aquellas que dicen relación con los bienes y con los actos jurídicos mediante los cuales se dispone de esas cosas cuya posesión estimula el comercio jurídico.

En efecto, el Código Civil fue el gran Código republicano del mundo civil, que es el de la propiedad y de las relaciones patrimoniales. Por ello, cuando su artículo 4° habla del Código del Ejército y Armada no puede estar refiriéndose, atendido su contexto jurídico, al otro hemisferio del derecho, al derecho público, para hacerse supletorio de la organización militar o de sus estructuras de mando, sino que a un código de compras y ventas, a un código de aprovisionamiento o, a lo más, de administración de bienes, al margen de la regulación organizacional o jerárquica de las instituciones armadas.

La verdad "es que las diversas ramas del derecho tienen entre sí múltiples y recíprocas relaciones —manifestó la Corte Suprema de Justicia en el considerando doce de su fallo de casación de fondo del 8 de noviembre de 1944, en los autos caratulados Aqueveque con Fisco—, y más constantes o íntimas con las del Derecho Civil que con las de otro cualquiera en las diversas subdivisiones del Público, como es fácil verificarlo desde notar que en la más principal de éstas, el constitucional, se contienen los fundamentos pri-

⁵ BELLO, Andrés, *Obras Completas*, volúmenes VIII y IX, 1885, págs. 211 y 271, respectivamente.

marios de grandes instituciones de derecho privado, sobre el derecho de propiedad en sus varias especies, de asociación, de residencia, de trabajo, hasta otras ramas como el Municipal, el Administrativo y sus subdivisiones, el Rentístico, el Aduanero, etc., que no podrían actuar prácticamente en forma alguna sin el gran supuesto del derecho común que da las normas en el inmenso campo de lo patrimonial, no sólo a las personas naturales y jurídicas, sino a todas las de derecho público, pues para eso las hizo capaces la amplia ordenación del artículo 545 del Código Civil; a lo que se puede agregar que aun en las innumerables leyes especiales y reglamentos de estos órdenes del derecho público, se legisla creando lo menos, pues lo más fundamental ya se encuentra previsto en el gran Código y leyes no codificadas de derecho privado.

La regulación que el Código hace de la actuación de las personas de derecho público en sus libros II, III y IV, reafirma cuanto hasta aquí se ha dicho. Al incluirlas en su normativa, a propósito de distintas situaciones e instituciones, el Código no entiende estar refiriéndose a ellas desde el punto de vista de su actuación *iure imperii*, sino a corporaciones y fundaciones que se desenvuelven en el campo patrimonial al igual que lo hacen los particulares en el ámbito pecuniario; lo que la doctrina francesa llamó actuación, *iure gestionis*, actos de gestión, oponiéndola a la actividad propiamente de autoridad, que calificó como de *iure imperii*, y lo que la doctrina alemana denominó *fiscus ageret*, por oposición al Estado poder.

"Durante el siglo XIX —confirma André de Laubadère— el derecho administrativo se considera fundado en la idea del poder público que ejerce el Estado y que le caracteriza. Pero dentro de la actividad que desarrolla, no todo es poder público, de modo que la doctrina distinguió la actividad de poder público de la actividad de gestión. Según ella, precisamente, debe delimitarse el campo de aplicación del derecho administrativo y del derecho privado."

"La teoría de los actos de autoridad y de gestión ha sido una de las ideas fundamentales sostenidas por los principales autores del siglo XIX: Batbié, Ducroq, Aucoq. Incluso el mismo Laferrière y Berthélemy construyeron sobre ella todo el derecho administrativo. No vieron en esa doctrina solamente un criterio de repartición de competencias entre tribunales administrativos y ordinarios: la utilizaron en todos los dominios de la disciplina, particularmente en el de la función pública, distinguiendo entre funcionarios de autoridad (los titularizados para dictar actos de autoridad) y funcionarios de gestión (el resto)."

La discreción de que da muestras el Código Civil lo hace entrar en este caso en una contradicción, cuando en sus artículos 547, inciso 2º, y 4º, atribuye a todo el ordenamiento regulador de la organización administrativa del Estado el carácter de especial frente a la visión que tiene de sí mismo como ley general.

Todos los antecedentes que ilustran la gestación y dictación del Código Civil llevan a la conclusión de que las normas positivas que regían a la organización administrativa no guardaban equivalencia alguna con las reglas civiles, como tampoco la guardan en la actualidad, de modo que éstas de alguna manera pueden prestarle alguna utilidad para suplir una laguna o vacío normativo. En ningún caso podían o pueden desempeñar el rol de un derecho supletorio del derecho directamente regulador de las corporaciones o fundaciones de derecho público.

Según lo expresado, ya en 1855 el derecho administrativo se mostraba ante el país como un derecho original, sometido a sus propias normas y principios, que eran las normas y los principios del derecho público del naciente Estado constitucional, e independientes de las del tradicional tronco civil.

⁷ DE LAUBADÈRE, André, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, volumen I, 4ª edición, LGDJ, París, 1967, pág. 39.

24. El derecho administrativo es un derecho de naturaleza potestativa. La segunda característica que presenta el derecho administrativo chileno es la de ser un conjunto de normas y principios de carácter potestativo.

Con ello se quiere decir que mientras los particulares desarrollan sus relaciones jurídicas en un plano de coordinación dominado por sus voluntades, por el particular querer de los participantes en esos vínculos mediales, conforme a un ordenamiento jurídico erigido sobre la permisividad, en el ámbito del derecho público administrativo no hay niveles de coordinación, sino de subordinación, de obligado acatamiento, en la medida que la autoridad expresa el querer colectivo de la sociedad, lo que la hace ser depositaria de prerrogativas o potestades públicas que la colocan justamente por sobre los otros sujetos de derecho, obligándolos a ceñirse a sus mandatos, conforme a un ordenamiento que regula precisamente el ejercicio de esa imperatividad.

Como ocurre en otras materias, no es ésta una característica nacida de la sola teoría iusadministrativista; es, en verdad, una consecuencia del sistema mismo establecido por el Estado constitucional de la primera generación, por el Estado liberal, y un efecto de esa separación que él hace en una forma tan tajante de la realidad, entre la sociedad y la estatalidad, liberando a la primera, es su propósito, de la segunda.

Como recuerda Alexis de Tocqueville, "la Revolución Francesa no tendió en absoluto a perpetuar el desorden, a estabilizarlo en cierto modo; a metodizar la anarquía, como decía uno de sus principales adversarios, sino más bien a acrecentar el poder y los derechos de la autoridad. No nos extrañemos, pues, de ver con qué maravillosa facilidad se ha restablecido la centralización a comienzos de este siglo XIX. Los hombres de 1789 derribaron el edificio, pero sus fundamentos permanecieron en el alma de sus mismos destructores, sobre estos fun-

damentos ha sido posible volverlo a construir más sólidamente que nunca".⁸

Este acrecentamiento del poder de la autoridad fue una consecuencia más de la filosofía política en que se basó la Revolución para estructurar el naciente Estado constitucional, o sea efecto, solamente, del modernismo, ya que al rechazar y luego derrocar al soberano-monarca lo reemplazó por la idea de base democrática del soberano-nación, que sin embargo siguió siendo soberano, distinto del anterior, pero titular también de igual poder superior de determinación, tanto por sí cuanto a través de sus autoridades constituidas; y por lo mismo "soberanas" en todo el radio de su acción.

Por esos tiempos, señala Duguit, se consideraba que "la nación posee una personalidad distinta de los individuos que la componen. Como tal, tiene una voluntad que naturalmente es superior a la de las voluntades individuales, pues que la colectividad es superior al individuo. Esta superioridad es la soberanía o poder público. La nación se organiza, constituye un gobierno que la representa, que quiere por ella y que ejerce en su nombre la soberanía, de la que queda siempre titular inmutable. La nación soberana y organizada en gobierno, situada en determinado territorio, es el Estado. No siendo éste sino la nación organizada, es titular de la soberanía, del poder público, que constituye para él un derecho subjetivo. En virtud de este derecho, tiene la potestad de mando sobre los particulares. Las órdenes que formula no son más que el ejercicio de este mismo derecho".⁹

Y esta potestad de mando, expresada en las órdenes que imparte la autoridad, se formaliza a través de actos de derecho público que en cuanto conciernen a la Administración Pública toman el nombre

⁸ TOCQUEVILLE, Alexis de, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Ediciones Guadarrama S. A., Madrid, 1969, págs. 48 y 108.

⁹ DUGUIT, León, *Las transformaciones del derecho público*, Francisco Beitrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1915, pág. 44.

de actos administrativos, que son los actos *iure imperii* que ésta emite sometida al derecho administrativo.

Los actos administrativos o actos de autoridad, *iure imperii*, se oponen entonces a los actos de gestión, *iure gestionis*, que están sujetos al derecho privado.

“Este distinguo —anotan Paul Duez y Guy Debeyre— deriva de la distinción entre Estado poder y Estado persona jurídica civil, preocupada de la gestión de su patrimonio. Los actos de autoridad, que entonces se denominan actos de poder público, son aquellos en los cuales la Administración actúa por la vía del mando, en tanto depositaria de una fracción de poder público. Carecen de toda analogía con cualquier figura del derecho privado; no se concibe que un particular pueda ejecutar un acto parecido a éste. Los actos de gestión, por el contrario, son los que realizan los agentes administrativos dentro del dominio privado de la administración y para el funcionamiento de sus servicios públicos. Toman la forma de actos semejantes a los que todo el mundo puede efectuar en la administración de sus propios bienes o en los de una empresa particular.”¹⁹

De esta manera, el derecho público opuso al círculo de la voluntad, característico del derecho privado, el círculo de la potestad, propio del derecho administrativo; al de la autonomía de la voluntad, el de la legalidad; al de la permisividad, el de la imperatividad.

La existencia del mundo jurídico de los dos hemisferios ha sido reconocida en numerosas oportunidades por los tribunales de justicia y por la Contraloría General de la República.

Así, en el fallo Aqueveque con Fisco, de 8 de noviembre de 1944, la Corte Suprema de Justicia plantea el tema *sub examine* diciendo que no existe “controversia alguna —en esos autos— acerca de que el Estado-Fisco es una persona jurídica de

derecho público... y por eso se ve claro que no se trata en la presente litis de responsabilidad alguna del Estado-Poder por daños causados por funcionarios que realizan actos de autoridad ejerciendo funciones que corresponden sólo a los poderes públicos; casos en que ciertamente, por ser esos actos ajenos al Derecho Privado, no podría ser aplicado el Código Civil y sería necesario que una ley especial creara la correspondiente responsabilidad estatal”. En la especie, agrega, “los hechos establecidos en la sentencia reclamada acreditan que el chofer causante del cuasidelito trabajaba como empleado dependiente de la Dirección General de Correos en actos de gestión que el Estado-Fisco realiza por medio de dicha repartición, encargada de atender un servicio de utilidad común, del todo ajeno a las funciones del Poder; y de ahí que no sea aceptable que el fallo reclamado califique el hecho del chofer diciendo que éste, al manejar la camioneta del Correo, ‘actuaba en una gestión pública de esa persona jurídica de derecho público’”.

La Contraloría General, en su dictamen N° 13.592, de 1971, manifestó una misma orientación jurisprudencial. Señaló en él que cuando la doctrina privatista delimitaba el campo de lo civil estableciendo hasta dónde llegaban sus disposiciones, no hacía “más que reforzar la distinta perspectiva en que se mueven esas dos grandes esferas del derecho que son el derecho privado y el derecho público. En efecto, mientras las personas privadas se rigen por el derecho privado, particularmente por el derecho civil, las personas públicas se rigen por leyes especiales, por leyes de derecho público. Mientras la actuación de las personas privadas se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad, en términos que los actos que la ley prohíbe son nulos y de ningún valor, la actuación de las personas públicas se fundamenta en el principio de la legalidad, según el cual ninguna magistratura, ninguna persona ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias,

otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido por las leyes. En tanto las personas privadas se mueven en el mundo jurídico según sus particulares intereses, las personas públicas actúan y han sido creadas para atender finalidades de índole pública, como que la doctrina de derecho administrativo nacional y extranjera está unánimemente de acuerdo en que el servicio público está destinado a satisfacer necesidades públicas en los diversos campos que abarca lo social, lo económico y lo garantizador”.

El mundo del derecho se hizo, pues, bipolar en el Estado liberal, y de este modo lo heredó el constitucionalismo posterior, entendiéndolo conformado por aquellos dos grandes hemisferios, el público y el privado, caracterizados por la conjunción soberanía-legalidad-potestad, el primero, y por la de la libertad-voluntad-derecho subjetivo, el segundo.

¿Y qué hace que lo público sea propiamente público y por lo tanto susceptible de ser categorizado de una manera distinta y diferenciada de lo privado?

La doctrina contestará que es su actuación, en cuanto constituye la fuente creadora de la relación público administrativa, autoridad-particular.

Esta actuación es pública, se precisará por ella, cuando consiste en dar órdenes, cuando es imperativo-prohibitiva, cuando impone una conducta o prohíbe otra. Es una actuación *iure imperii*. En cambio, cuando la autoridad compra, vende, arrienda, presta, cambia, etc., se mueve en el comercio jurídico como lo hace cualquier particular, no hay nota alguna caracterizable de un modo distinto al de las relaciones privadas, por lo que dándose esos supuestos, el derecho regulador de los actos jurídicos así formados debe ser el derecho privado, ámbito en que nada tiene que hacer la normativa pública, que es la normativa del poder público.

La Constitución Política de la República contribuye a cimentar esta visión jurídica. En el artículo 19, numeral 21, había anticipado que en el país existía una “legislación común aplicable a los par-

ticulares”; en el artículo 7°, inciso 2°, había distinguido entre autoridad, como atributo de las magistraturas, y derecho, como facultad de las personas o grupos de personas; y en el artículo 5°, inciso 1°, había sido explícita al expresar que las autoridades ejercen soberanía, atributo superior que se manifiesta jurídicamente en el ejercicio de potestades públicas, y del cual carecen los particulares.

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

21°. 2. El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.

Artículo 7°. 2. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Artículo 5°. 1. La soberanía reside esencialmente en la Nación —dispone este precepto—. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y también por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

En otros términos, bien puede sostenerse que por la sola pero insoslayable circunstancia de estar establecidas en el texto constitucional, las autoridades públicas ejercen soberanía, son representantes de la nación soberana y en ese carácter se hallan autorizadas para querer en nombre de la soberana nación como si fuera ella misma quien actuara, irguiéndose en él escenario jurídico como sujetos titulares de facultades potestativas, no de meros derechos subjetivos.

El artículo 6° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado apoyándose en

¹⁹ DUEZ, Paul y DEBEYRE, Guy, *Traité de Droit Administratif, op. cit.*, pág. 239.

este precepto, dispone en seguida que "las entidades a que se refiere el inciso anterior —las privadas del Estado— no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas".

¿Por qué?

Porque al ser entidades privadas no son autoridades y la Constitución, desde esta perspectiva, como puede advertirse, reserva sólo a las autoridades el ejercicio del poder público.

En efecto, concluyó la Corte de Apelaciones de Concepción en los autos protectores Alcalde de la Municipalidad de Concepción con Erco Maquinarias Ltda. y otros, por sentencia del 23 de mayo de 1994, confirmada por la Corte Suprema de Justicia en fallo de 13 de junio de ese mismo año, "por Administración Pública debemos entender aquella que dice relación con los intereses generales de una determinada población", para lo cual goza de algunos específicos medios de acción. Si nos encontramos ante relaciones entre particulares prima el principio de la igualdad jurídica, de manera que ninguna persona puede imponerse sobre otra que es su igual. Si nos encontramos con relaciones entre particulares con el Administrador, éste no opera en un plano de igualdad con los particulares y, en consecuencia, su medio de acción no será el contrato o la convención entre partes, sino que, por el contrario, hace presente su superioridad a través de lo que se ha dado en llamar su potestad o poder público".

"El Administrador está dotado por la ley del poder de doblegar la resistencia de intereses particulares en aras de la satisfacción del interés general, traduciéndose tal poder en potestades que, en definitiva, significan que sus decisiones van a tener carácter obligatorio para quienes están dirigidas, pudiendo cumplirlas sin el consentimiento de los particulares y, más aún, con la oposición de éstos".

Para actuar, el Administrador dispone de "ciertas herramientas legales", como "la potestad de dictar determinadas resoluciones que tiendan al cumplimiento de su función" y "para hacer cumplir los re-

glamentos y resoluciones e incluso para establecer multas para los infractores, que se aplicarán en los casos y en la forma prescritos por la ley".

Esta peculiaridad de lo público ha llevado, asimismo, a la Contraloría General a apuntar que la función pública implica "una asignación de poder legalmente regulado", como lo hizo en el oficio N° 80.102, de 1969, queriendo significar con ello que para alcanzar los fines que le corresponden, la autoridad administrativa tiene reconocido el ejercicio de poderes públicos.

Y estos poderes públicos, que son las potestades administrativas, pueden ser de diferentes tipos, según esta misma jurisprudencia administrativa, tomando el nombre de potestad de mando, potestad reglamentaria, potestad ejecutiva y potestad sancionadora, según los casos (dictámenes N°s 43.085, de 1976, y 72.049, de 1977).

"a) Potestad imperativa o de mando. En virtud de ella las municipalidades se encuentran legalmente habilitadas para dictar resoluciones de carácter particular que constituyen órdenes obligatorias para quienes van dirigidas, respecto de las funciones del municipio y limitadas por las normas constitucionales y legales vigentes. Pueden afectar a un grupo de vecinos o a la comunidad entera: Esta potestad se ejerce por medio de decretos."

"b) Potestad reglamentaria. Este poder jurídico permite a las municipalidades dictar resoluciones obligatorias de carácter general y permanente que se denominan ordenanzas y reglamentos, relacionados con las funciones municipales, sin más límite que los establecidos por la Constitución Política y en la ley. El ejercicio de ella permite a los municipios ordenar y adaptar su organización interna para atender eficazmente los requerimientos de la comunidad, al mismo tiempo que materializar su misión de administrar y procurar el progreso de la comuna de un modo general."

"c) Potestad ejecutiva. Les permite hacer cumplir los reglamentos y resoluciones municipales en la forma prevista por la ley, incluso con el auxilio de la fuerza pública si el alcalde lo estima oportuno. No debe excluirse en este punto a las ordenanzas, puesto que, como su observancia lleva aparejada una sanción de carácter pecuniario, es naturalmente posible exigir coercitivamente su cumplimiento."

"d) Potestad sancionadora. En virtud de ella los municipios pueden aplicar medidas disciplinarias a los funcionarios de su dependencia, de acuerdo con las normas del Estatuto Administrativo, y aplicar sanciones a los particulares en los casos y formas que determine la ley" (dictamen N° 72.049, de 1977).

Las potestades administrativas son, así, poderes jurídicos impositivos de acción que permiten a las autoridades alcanzar los fines que les ha encomendado el ordenamiento positivo. Pero la jurisprudencia administrativa, basándose precisamente en el carácter instrumental que presentan las atribuciones administrativas, ha agregado que ellas no sólo facultan para actuar, sino también para volver sobre sus pasos y reaccionar frente a los actos ya dictados para modificarlos o derogarlos. Las potestades, en estas condiciones, implican, por naturaleza, poderes de acción y de reacción, de imperio y de contrario imperio, aunque no exista un texto constitucional o legal que así lo disponga expresamente.

"Las normas que confieren potestades administrativas —indicó el dictamen N° 36.089, de 1988— no consignan separada y explícitamente de la facultad de ejercerlas, la facultad de modificar las medidas adoptadas en virtud de tales potestades. Esta omisión en modo alguno las hace inmodificables. Los actos administrativos, por regla general, son revocables, vale decir, las atribuciones que habilitan a los organismos de la Administración para actuar los autorizan igualmente para reaccionar sobre las medidas

dictadas, sea para alterarlas, sea para privarlas de efecto, salvo situaciones excepcionales."

Si la situación verificada por la autoridad administrativa consiste en un vicio de inconstitucionalidad o de ilegalidad, este poder implícito en las potestades de actuación se transforma en un deber, ha dicho la misma jurisprudencia. En tal supuesto, "la Administración se encuentra en la obligación de ejercer sus potestades invalidatorias y dejar sin efecto sus actos administrativos contrarios a derecho —señaló el dictamen N° 10.230, de 1983— para restablecer el orden jurídico alterado."¹¹

El derecho administrativo, entonces, es el conjunto de normas y principios reguladores de la actuación administrativa propiamente tal, la regida por el derecho público; por lo mismo, recoge y regula el carácter potestativo de dicha actuación, lo que lo hace ser un derecho de naturaleza potestativa, puesto que este es el carácter que reviste ese actuar, que se expresa a través de las potestades de acción y de reacción, de imperio y de contrario imperio, tomando el nombre de potestad de mando, potestad reglamentaria, potestad ejecutiva o potestad sancionadora, según ha tenido ocasión de expresarlo la jurisprudencia judicial y administrativa.

¹¹ Cabe advertir que la jurisprudencia judicial tiene una posición diferente a la asumida por la jurisprudencia administrativa. Sólo a título ejemplar citaremos el fallo de protección recaído en los autos "Barahona Pérez, Margarita, con Municipalidad de San Ramón", de 29 de agosto de 1994, de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1.522-94, confirmado por la Corte Suprema de Justicia el 15 de septiembre del mismo año, Rol N° 23.681, cuyos considerandos 11 y 12 establecen que la municipalidad "no se sometió a la ley" al "dejar sin efecto unilateralmente la relación laboral con la recurrente", aunque la Contraloría General la hubiere instruido de adoptar "las medidas conducentes a invalidar los decretos" considerados ilegales, pues el municipio, obligado a cumplir esa instrucción sólo "debió cumplirla de acuerdo a la ley", y la ley aplicable no establecía expresamente la respectiva potestad invalidatoria. Es esta una orientación bastante estable de la jurisprudencia judicial.

25. El derecho administrativo es un derecho de interpretación restrictiva. En tercer lugar, el derecho administrativo se caracteriza por estar constituido por normas que deben ser interpretadas restrictivamente; su alcance no admite ser establecido por vía extensiva o analógica.

Esta característica iusadministrativa es también una consecuencia de la filosofía que inspiró al Estado liberal. Los racionalistas franceses, dominados por la idea de la naturaleza, miraron con desconfianza todo ser que fuera fruto de la convención o de la ideación, por verlo como un factor de disturbio, perturbador de la armonía que componían las leyes naturales, del macrocosmos, del microcosmos, de la sociedad, de la economía y del derecho, y por consiguiente tendieron a restringir su campo de acción a la misión esencial para la cual esa artificialidad había sido creada, limitación que jurídicamente se expresó en el principio de la especialidad de las personas jurídicas, según el cual estas personas consideradas fictas no podían actuar sino dentro del ámbito delimitado por el acto fundacional que les había dado vida.

El hombre, ser de la naturaleza, era el depositario inmediato de las leyes naturales, titular de derechos inmanentes que estaban escritos en la mente y en el corazón de todo ser humano por el solo hecho de nacer de mujer.

El Estado, en cambio, era una creación de los hombres, un producto del contrato social. Como ser artificial, era semejante a todas las personas jurídicas: "la persona jurídica es una persona ficticia", dirá el artículo 545 del Código Civil aplicando los principios de aquel tiempo. Su papel era asegurar el ejercicio de los derechos naturales y mantener la paz social. Para ello, la Constitución y la ley le otorgaban ciertas atribuciones que marcaban su posibilidad de actuación. No podía ni debía transgredir esos límites, porque de hacerlo, traicionaría su propia razón de ser.

La visión jusracionalista del Estado constitucional de la primera generación

marcó la evolución posterior del derecho público. Ella explica que hasta el día de hoy se sostenga en los diversos círculos nacionales que en el campo del derecho público sólo puede hacerse lo que la ley expresamente permite, oponiendo esta norma de clausura a la imperante en el derecho privado, según la cual en este otro ámbito puede hacerse todo, salvo lo que esté expresamente prohibido, criterio interpretativo que lleva a afirmar que en aquella esfera las normas han de aplicarse de acuerdo con lo estrictamente prescrito en su texto proposicional, sin que quepa considerar otros antecedentes ni menos aún extender su cobertura por la vía analógica a casos no previstos en ellas.

Básase esta posición en el artículo 7º, inciso 2º, de la Constitución Política de la República, que reitera lo prescrito por los artículos 160 y 4º de las Cartas de 1833 y de 1925, respectivamente, y en el artículo 1545 del Código Civil, que consagra el principio de autonomía de la voluntad.

Artículo 7º.2. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Artículo 1545. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

La autoridad, pues, está sometida al principio de la legalidad que la constriñe a actuar siempre *secundum legem*: los particulares, al principio de autonomía de la voluntad, según el cual en el campo privado puede hacerse cuanto se quiera, salvo que esté prohibido.

Dentro de la cosmovisión naturalista que dominaba la construcción de la institucionalidad y del derecho del Estado liberal, el derecho regulador de la autoridad presenta entonces un carácter distinto al del derecho común: el derecho público era el derecho regulador de la potes-

tatividad; el derecho privado, el de la normalidad.

Siguiendo este orden de pensamientos no es extraño, entonces, que tal diferenciación de campos y de naturaleza haya traído consigo una óptica también diferente en materia de interpretación de las normas jurídicas que conforman uno y otro hemisferio del mundo del derecho.

Don Valentín Letelier, quien admitía esa diferente manera de ser de lo público y de lo privado, sostuvo, en sus dictámenes de 11 de julio de 1892 y de 10 de enero de 1918, que la interpretación de la ley administrativa no se sujetaba a las mismas disposiciones que regían la de la ley civil. "En el derecho público —afirmaba— no rige aquella disposición del derecho civil, según la cual no puede la autoridad desentenderse del tenor literal de las leyes para consultar preferentemente su espíritu. En el derecho privado, esta figura de la ley es una garantía salvadora para los intereses particulares. Pero en la Administración Pública, lo que permite dar flexibilidad al derecho, amoldarlo al desarrollo social, conformarlo con las más variadas situaciones, es esta facultad inherente a todo gobierno de atender más al espíritu que a la letra de la ley. Si bajo una misma legislación no es indiferente que gobiernen radicales o conservadores, es justamente porque unos la interpretan de una manera y los otros de otra. Filosóficamente aun esta facultad de atender al espíritu de las leyes es lo que da lugar a la política, que es la parte discrecional o prudencial del gobierno de los Estados".

Esta forma de interpretar las disposiciones de derecho administrativo corresponde al método que don Moisés Vargas llamó positivo, y que hizo suyo, también, el profesor Ernesto Merino.¹² Consiste, en sus palabras, en averiguar previamente si los hechos que configuran una determinada situación son similares a los

¹² VARGAS, Moisés, *Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 48; MERINO, Ernesto, *Derecho Administrativo*, Imprenta Universitaria, 1936, pág. 47.

que existían a la fecha de dictación de la ley, de manera que si son diferentes habría que determinar qué solución le daría el legislador si debiera darle en el presente caso una adecuada regulación, reconstitución jurídica para la cual el intérprete debe valerse de los métodos lógico e histórico.

Se ha admitido entonces en nuestro derecho una variedad de criterios en materia de interpretación jurídica, según se trate de interpretar las normas reguladoras del campo privado o las de la esfera pública. Los señores Letelier, Vargas y Merino se inclinaron por aceptar el método positivo para el derecho público, considerándolo más dúctil, más flexible en su adaptación de los textos proposicionales a la realidad administrativa, que las reglas de interpretación contenidas en el Código Civil, dentro de una construcción jurídica de base sociológica que tendía a liberar las normas legales del espíritu del legislador, representativo de un pasado inmovilizador del presente.

Sin embargo, esta tendencia progresista no se compadecía con la rigidez del Estado gendarme, que había escindido el mundo social en dos hemisferios de distinta caracterización, relegando al Estado Administración a un rol de poder ejecutivo y a una misión de mantenedor del orden y de la seguridad, para lo cual le reconocía el monopolio del poder público.

Por ello no ha de extrañar que la praxis nacional no estimulara la amplificación de esta posición doctrinaria y que por lo mismo los autores posteriores a los antes nombrados se sintieran autorizados a reaccionar en contra de ella, armonizando tradición con interpretación. Don Guillermo Varas discreparía de la tesis positiva "por ser contraria a un principio fundamental de hermenéutica —consignado en el artículo 19 del Código Civil— y entrañar gravísimos peligros, y puede ser fuente de numerosas arbitrariedades", y don Enrique Silva, admitiendo que "respecto de la ley administrativa rigen, al igual que respecto de cualquiera otra, las

normas generales de interpretación de las leyes que establece el Código Civil", destacó, asimismo, la existencia de "algunos preceptos interpretativos que cobran relevos de mayor importancia en el Derecho Administrativo", como el que afirma que "la interpretación de la ley administrativa debe ser, en términos generales, restrictiva, sin que puedan aceptarse deducciones analógicas ni extensivas, puesto que las leyes que crean servicios o los organizan siempre deben constituir un solo cuerpo, armónico en su aplicación".¹³

Desde la perspectiva de las normas vigentes en materia de interpretación de la ley, este criterio expresaba con mayor fidelidad el sentir del Estado liberal y del derecho clásico recogido por el Código Civil, pues partía de la base de admitir la normalidad del derecho común y su tendencia a expandirse, frente a la excepcionalidad del derecho público y el llamado que se le hacía a restringirse.

De esta manera se introdujo al ámbito del derecho público aquella antigua máxima de hermenéutica jurídica según la cual la excepcionalidad normativa debía y debe considerarse siempre como de derecho estricto: *exceptio est strictissimae interpretationis*, sin que en su campo pueda ser aplicable la analogía o argumento a pari, que postula aplicar la misma disposición donde existe la misma razón: *ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio*.

La práctica continuó sancionando este criterio en la interpretación de las reglas de derecho público.

Así, al cuestionarse en el Senado de la República el alcance del artículo 25 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, su Presidente, don Gabriel Valdés, manifestó, en la sesión del 27 de noviembre de 1991, que la posición que asumía se fundaba en que "en derecho público no es posible hacer raciocinios por analogía", criterio que rei-

teró el senador señor Andrés Zaldívar en la sesión del 6 de agosto de 1991, a propósito del proyecto de ley que fijaba el procedimiento concursal para proveer cargos profesionales funcionarios, al señalar "que la interpretación de la Carta Fundamental debe hacerse siempre en forma restrictiva y no por analogía".

En una posterior ocasión, en la sesión ordinaria del jueves 6 de abril de 1995, al discutirse la posibilidad de confiar a las municipalidades atribuciones relativas a la seguridad de los vecinos, el senador don Vicente Huerta, inclinándose en el mismo sentido anteriormente señalado, manifestó que cualquier precisión que hicieran los parlamentarios respecto de que la norma debatida no iba a afectar a las facultades que en esta materia asistían a las fuerzas de orden y de seguridad pública, no eran suficientes para asegurar que esa interpretación posteriormente fuera aceptada y tuviera valor, "porque estamos frente a normas de derecho público, las que deben interpretarse restrictivamente, esto es, conforme a lo que su texto dispone y no de acuerdo a las intenciones que se manifiesten".

La jurisprudencia administrativa también ha hecho suya esta perspectiva interpretativa, como se desprende de los dictámenes N°s 33.635, de 1990, y 29.075, de 1991, entre muchos otros.

El primero de ellos concluyó que la facultad de "ejecutar los actos y contratos necesarios para el adecuado cumplimiento de las funciones de las municipalidades", que reconoce a estas corporaciones territoriales el artículo 56, letra II), de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.695, no las autorizaba para celebrar contratos de comodato con particulares, sino sólo con organismos de la Administración del Estado, dando como razón para sostener esta tesis que "la aplicación de un criterio restrictivo acerca de los contratos que pueden celebrar los municipios no implica una limitación de las funciones y atribuciones del municipio, ya que en derecho público sólo puede hacerse aquello que la ley expresamente permite".

El segundo indicó que para acceder válidamente a la franquicia tributaria de la Ley N° 18.595, los interesados debían solicitarla al momento de requerir el permiso municipal de construcción del inmueble, pues, dijo, fundamentando su parecer, "tales disposiciones deben interpretarse restrictivamente, dado su carácter excepcional y de derecho público".

Al aplicar este criterio a las empresas, el resultado aparece más enfático, si se considera que la Constitución Política de la República dispone expresamente en su artículo 19, numeral 21, que cuando el Estado y sus organismos desarrollen actividades empresariales o participen en ellas, para lo cual se requiere contar con una ley de quórum calificado que así lo permita, "esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares".

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

N° 21.2. El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.

El Código del Trabajo, ley laboral del sector privado de base contractual, cobra así una dimensión diferente en el ámbito del derecho público, según la jurisprudencia administrativa. De aquí que los dictámenes N°s 18.422, de 1968, 71.978, de 1972, y 2.096, de 1988, sostuvieran la tesis de que una empresa del Estado carecía de facultades para pactar derechos económicos con sus empleados de acuerdo con las necesidades de la empresa y las capacidades del trabajador, porque al aplicarse en el sector administrativo, afirmaron, ese Código pasa a tener "el carácter de normas estatutarias de derecho público, constituyendo mandatos imperativos para la autoridad administrativa, razón por la cual ésta no se encuentra facultada para otorgar franquicias supe-

riores o inferiores a las establecidas, precisamente, en sus preceptos, a diferencia, de lo que ocurre en el sector privado, en que las partes pueden acordar derechos superiores a aquellos mínimos que contempla la ley laboral". Ello, aunque la ley orgánica de la empresa la faculte para celebrar todo tipo de actos y contratos tendientes a alcanzar las finalidades económicas propias de su giro.

Existe, pues, una conciencia generalizada en el país que se inclina a identificar las normas de derecho público administrativo como reglas de sujeción, por lo mismo, de interpretación restrictiva. Esta es la herencia dejada por el pensamiento de los racionalistas del mil setecientos, al circunscribir al Estado Administración a una función garantizadora de los derechos individuales y conservadora del orden público en el interior y de la seguridad exterior de la República, sin más facultades que las apuntadas a estas precisas finalidades.

26. El derecho administrativo es un derecho de aplicación formal. En cuarto término, el derecho administrativo se caracteriza por ser una disciplina cuyas normas han de recibir aplicación formal.

Así se desprende del artículo 7°, inciso 1°, de la Constitución Política de la República, que subordina la validez de los actos de las autoridades del Estado a que se emitan "en la forma que prescriba la ley".

Artículo 7°.1. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

La palabra forma en el derecho administrativo chileno admite dos acepciones. En un primer sentido, forma es sinónima de procedimiento, de conjunto de diligencias encaminadas a obtener la dictación de un acto público. En un segundo sentido, la palabra forma alude a la solemnidad de expresión del acto, a la externalidad que debe observar, a cómo se manifiesta documentalmente hacia el exterior la voluntad de la autoridad administrativa.

¹³ VARAS CONTRERAS, Guillermo, *Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 33. SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, tomo 1°, op. cit., págs. 151 y 152.

Así aplicaba la palabra forma ya el artículo 1º del Código Civil, al definir la ley.

Artículo 1º. La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

En efecto, el Código Civil primero, en el párrafo segundo de su título preliminar, y la Constitución de 1980, ahora, no sólo parten del supuesto y establecen cuáles son esos órganos legislativos capaces de expresar la voluntad soberana a que se refiere ese artículo 1º, sino que prescriben teniendo presente la regulación de su procedimiento de formación: iniciativa, discusión, aprobación, promulgación y publicación, o sea, el procedimiento, a través de la fijación de los trámites que debe cumplir un mensaje o moción para llegar a ser ley, y su externalidad: decreto promulgatorio que la sancione y la dé a conocer a la sociedad toda.

Cuando se dice, entonces, que el derecho administrativo presenta como rasgo propio suyo el ser de carácter formal, se quiere significar que para la válida aplicación de las reglas que lo constituyen es preciso que la autoridad administrativa se atenga al procedimiento y a la solemnidad de expresión previstos por la Constitución o la ley.

La Corte Suprema de Justicia ha sancionado esta característica de la esfera ius-administrativa. Por sentencia de 10 de octubre de 1990, recaída en el asunto East Fernández, Alberto, con Ministro de Relaciones Exteriores y Contralor General de la República, recurso de protección, admitió, por la vía confirmatoria, que el procedimiento de elaboración de los actos administrativos constaba de tres fases, la de dictación, la de toma de razón y la de cumplimiento. La de dictación, expresó, corresponde a la emisión de "la declaración escrita y unilateral de un sujeto dotado de potestades públicas, que en el ejercicio de ellas la expresa para satisfacer determinadas necesidades públicas. En el caso de los decretos supremos, deberá ir firmado, en su caso, por el Presidente de

la República y por el Ministro correspondiente, numerado y anotado en el Ministerio de origen. Esta expresión de voluntad debe enviarse para su examen y anotación a la Contraloría General".

Y en el fallo de 17 de agosto de 1987, en los autos protectores Fast Air Carrier S. A. con Banco Central, también por la vía confirmatoria, sostuvo que "la Administración Pública actúa por medio de actos administrativos y para que éstos alcancen su real efecto y proyección, necesario es que tales actos emanen de autoridad responsable, que se concreten en un contenido bien determinado y que se les dé a conocer debidamente, pues sólo así, resultarán ser obligatorios, con manifestaciones precisas y concretas que les permitirán ser cumplidos o acatados, o, por último, susceptibles de ser impugnados mediante los recursos jurisdiccionales establecidos en la ley o en la Constitución Política de la República".

En igual sentido se ha inclinado la Contraloría General. Su dictamen N° 40.966, de 1956, ya había sostenido que "la potestad de ejecución de que gozan las autoridades administrativas debe revestirse de ciertas formas sin las cuales no tendría expresión externa. Los decretos y las resoluciones son, precisamente, las formas que el acto ejecutivo adopta en la Administración del Estado, y la ley los somete a una tramitación determinada para su plena eficacia".

"Constituye un principio básico de procedimiento administrativo -agregaron los dictámenes N° 70.970, de 1970, y 39.905, de 1971- que los actos de los servicios públicos sean esencialmente solemnes, ya sea por razones de buena técnica administrativa o como una mejor garantía de protección y amparo de los derechos de los administrados y, en definitiva, de un fiel y exacto cumplimiento de la ley."

En efecto, continuaron argumentando los dictámenes N° 2.886, de 1969, 24.665, de 1981, y 199, de 1983, "las atribuciones conferidas al Presidente de la República y a los Ministerios como unidades orgánicas deben materializarse con-

forme a los artículos 33 y 35 de la Constitución, en decretos denominados decretos supremos. Las atribuciones que el ordenamiento jurídico radica en los Ministros en cuanto titulares del cargo respectivo, deben materializarse en un documento llamado resolución ministerial o simplemente resolución".

"Conforme lo ha señalado una abundante y reiterada jurisprudencia -resumió el dictamen N° 2.096, de 1988-, contenida, entre otros, en los dictámenes N° 72.197, de 1968; 39.905, de 1971; 19.920, de 1972; 18.449, de 1984, y 9.763, de 1985, la voluntad de los órganos de la Administración debe manifestarse a través de actos administrativos, los cuales deben revestir ciertas formas sin las cuales no tendrían expresión externa". "Las decisiones que las autoridades dotadas de facultad adopten para llevar a cabo las mismas, deben traducirse en resoluciones formales, ya sea por razones de buena técnica administrativa o como una mejor garantía de protección y amparo de los derechos de los administrados y, en definitiva, de un fiel y exacto cumplimiento de la ley". "Esta exteriorización de las facultades administrativas que competen a los Jefes Superiores de los órganos que integran la Administración del Estado, mediante actos administrativos afectos a un procedimiento preestablecido, es la que permite, por una parte, que el acto se baste a sí mismo y, por la otra, que su cumplimiento le otorgue a esos instrumentos la validez o eficacia jurídica necesaria, pues de lo contrario su omisión impediría, precisamente, el examen de juridicidad correspondiente."

El derecho administrativo tiene, pues, una aplicación formal, en la medida que las normas que constituyen su ser proposicional sólo pueden ser válidamente puestas en movimiento por medio de decretos supremos, tratándose del Jefe de Estado, o de resoluciones, en el caso de las demás autoridades, distintas del Presidente de la República, y sometidos a la tramitación prevista en el ordenamiento jurídico.

A su vez, tratándose de la actuación de los particulares frente a las autoridades públicas, también se ha impuesto la exigencia formal de condicionar las decisiones y actuaciones administrativas a la presentación previa de una solicitud por parte de los interesados o afectados, en atención a una práctica que hunde sus raíces en tiempos que se pierden en el pasado. La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado parece entenderlo también de esta manera, al decir en su artículo 8º que "los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, o a petición de parte cuando la ley lo exija expresamente o se haga uso del derecho de petición o reclamo, procurando la simplificación y rapidez de los trámites".

"Los procedimientos administrativos deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos."

En efecto, dentro de su aparente amplitud, esta norma se demuestra más limitativa que confirmatoria del derecho de petición que consagra la Constitución Política, pues establece que este derecho, que la Carta Fundamental consagra en términos amplios a favor de todos los habitantes de la nación, está regulado en los mismos términos que el derecho de reclamo, y éste necesariamente ha de ser formal, desde el momento que concreta la impugnación de un acto administrativo que afecta al reclamante, dando origen a un procedimiento administrativo.

Llama la atención, asimismo, que su inciso segundo haya previsto la obligatoriedad de las formalidades procedimentales establecidas en "las leyes y reglamentos", porque con esta frase no hace más que manifestar su voluntad de que los procedimientos administrativos sean dispuestos tanto por la ley como por los reglamentos administrativos, lo que bien puede contribuir desde una óptica tradicional, a mantener un exceso de normas reguladoras de las tramitaciones administrativas, al no haber habilitado el legisla-

dor el rol con que lo caracterizó la Constitución Política de la República.¹⁴

CPR

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

14°. El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.

LOCBGAE

Artículo 8°. Los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, o a petición de parte cuando la ley lo exija expresamente o se haga uso del derecho de petición o reclamo, procurando la simplificación y rapidez de los trámites.

Los procedimientos administrativos deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos.

Artículo 10. Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar.

El artículo 5° del Reglamento sobre Oficinas de Información para el público usuario de la Administración del Estado, dispone, en relación con estas oficinas, que "las sugerencias y reclamos —que los particulares hagan ante ellas— deberán presentarse, preferentemente, en forma escrita, sin otra formalidad que la individualización, domicilio y firma del interesado", para lo cual "habrá formularios especiales", con lo que entiende facilitar la comunicación ciudadana con la Administración, pero sin liberarla de formalidades, y los Reglamentos del Senado y de la Cámara de Diputados, en sus artículos 78, N° 7, y 94, N° 13, respectivamente, previenen que se dará cuenta de "las comunicaciones" dirigidas a ellas en un orden determinado, considerando en los numerandos que se han indicado "Las presentaciones de los particulares".

Cabe hacer presente que las secretarías de las diversas jefaturas de la Administración, así como las Oficinas de Partes de los ministerios y servicios públicos, tienen establecida la costumbre de recibir las solicitudes particulares dejando constancia de su recepción bajo timbre y firma del funcionario a cargo de realizar este trámite, en oportunidades incluso con acuse recibo de fecha y hora de recepción, única manera, por lo demás, de acreditar la efectividad de la presentación.

El aspecto formal de la Administración del Estado lleva a concluir, entonces, que de acuerdo con las ideas generalmente aceptadas las autoridades administrativas sólo pueden manifestar válidamente su voluntad orgánica a través de los procedimientos y formas de documentación previstos por la Constitución y la ley, y que, para obligar a la autoridad administrativa a pronunciarse sobre una solicitud o reclamo, estas peticiones deben formularse en forma, esto es, por escrito, incluyendo la individualización del recurrente.

SEGUNDA PARTE

LA PROSPECCIÓN JURÍDICA DEL CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, DE ACUERDO CON SU EVOLUCIÓN EN EL TIEMPO

¹⁴ En efecto, el artículo 63 de la Constitución de 1980 concibe al legislador como una autoridad encargada de los grandes problemas legislativos, abocado a la aprobación de "toda otra norma de carácter general y obligatorio que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico". Sin embargo, al no haberse operacionalizado el mandato desregulador contenido en la disposición sexta transitoria del mismo Código Político, que dejó vigente el ordenamiento anterior en tanto no "se dicten los correspondientes cuerpos legales", se han mantenido las antiguas prácticas de aprobar leyes y reglamentos de detalle.

EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Caracteres
sistemáticos
presupuestos

Segunda edición
revisada

ROLANDO
PANTOJA
BAUZÁ



EDITORIAL
JURIDICA
DE CHILE

COLECCIÓN MANUALES JURÍDICOS