

LAS MODALIDADES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Dra. Gladys Camacho Céspedes

SUMARIO: 1. La complejidad de la actuación sustancial de la Administración y las modalidades en que se clasifica. 2. Los principios de la actuación administrativa. 3. El Principio de Legalidad o el sometimiento pleno de la actividad de la Administración al Derecho. A. El significado del Principio de Legalidad en el Derecho chileno: del Principio de Legalidad al Principio de Juridicidad. B. El Principio de Legalidad y su concordancia con la reserva de ley. 4. El Principio de Igualdad. 5. El Principio de Respeto a la Libertad Individual. 6. El Principio de Servicialidad. 7. El Principio de Probidad Administrativa. 8. El Principio de Imparcialidad. 9. El Principio de Razonabilidad. 10. El Principio de Proporcionalidad. 11. Los Principios de Publicidad y Transparencia. A. El significado de los términos Publicidad y Transparencia. B. Los fundamentos y objetivos de la Publicidad y Transparencia. 12. Los Principios de eficacia y eficiencia. A. El significado de los conceptos de eficacia y eficiencia administrativas. B. Ámbito y contenido de la eficacia y eficiencia administrativas.

1. LA COMPLEJIDAD DE LA ACTUACIÓN SUSTANCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y LAS MODALIDADES EN QUE SE CLASIFICA

La perspectiva tradicional de la actividad de la Administración del Estado muestra la forma en que ella actúa acudiendo a la triple clasificación que formula de la actividad jurídica en general, el Derecho Civil, distinguiendo, por consiguiente, los hechos, los actos y los contratos administrativos.

Reconociendo el valor que en sí representa este ángulo constructivo del Derecho, la escuela administrativa sin embargo, impulsada por exigencias de su propia naturaleza, ha intentado desde los últimos años del siglo XX clasificar las formas de actuación de la Administración de una manera más acorde con su accionar, reconociéndola desde luego como una función del Estado al servicio de la comunidad



nacional. Se busca, así, generar una plantilla ordenada que permita identificar las distintas clases de actuación administrativa.

Los problemas que enfrenta la clasificación de la actividad sustancial de la Administración Pública son de diversa índole. Van desde las dificultades del lenguaje hasta la evaluación de los dinámicos cambios sociales.

Con todo, los obstáculos más difíciles de sortear provienen de la "riqueza tipológica" (BERMEJO)¹ de las acciones administrativas, ya que no existe una noción de actividad administrativa que pueda ser teórica sustentada como unitaria.

Lo que sí puede afirmarse, por supuesto, es que la característica que hace de la función administrativa ser lo que es, es la circunstancia de constituir una actividad del Estado encaminada a obtener la realización de los fines que constitucionalmente le han sido fijados dentro de él a dicha Administración, aserto que no obstante acercarnos al tema, nos deja, empero, sólo en un plano de abstracción muy general.

La actividad de la Administración se puede clasificar teniendo en cuenta una diversidad muy amplia de criterios, que pueden referirse a la actividad administrativa en sí misma y a la efectividad de su actuación, la forma como ésta se externaliza, la legalidad vigente, la perspectiva desde la que se observa y el régimen jurídico que se le aplica, entre otros.²

¹ BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo Especial*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 41.

² Considerando estos elementos, la clasificación de la actuación administrativa variará según el enfoque adoptado. Así:

1º. Desde la perspectiva de la efectividad, la actuación administrativa puede ser positiva (real, manifiesta) o negativa (también llamada omisión o inactividad de la Administración) ahí donde existe un deber jurídico de actuación.

2º. Desde la perspectiva de cómo se externaliza la actuación, ésta puede ser: actuación jurídica o formal (actos administrativos y contratos) o actuación sustancial, comprendiendo dentro de ésta aquellas actuaciones que se reconocen como hechos administrativos a través de los cuales se hace efectivo el comportamiento material o actividad física de los órganos administrativos, en cuya virtud realizan su actividad administrativa.

3º. Desde el punto de vista de la legalidad, la actuación administrativa puede ser legal o ilegal.

4º. Desde la perspectiva de las partes que intervienen para su perfeccionamiento, puede ser: unilateral o convencional.

5º. Desde la perspectiva de la que se observa, la actuación administrativa puede ser interna o externa; y

6º. Desde la perspectiva del régimen jurídico que se le aplica, ésta puede ser de derecho público o sujeta al derecho privado.



En este estudio nos ocuparemos de esbozar una tipología de la actividad sustancial de la Administración destacando las arduas dificultades que se presentan para clasificarla y los esfuerzos más conocidos para ordenarla. Éstos han utilizado el criterio fundado en el sector administrativo de intervención en que inciden, lo que tiene la ventaja de coadyuvar a la sistematización de la legislación sectorial, ya que el enfoque se dirige a analizar la intervención que se produce en sanidad, obras públicas, transportes, telecomunicaciones, trabajo, mujer, infancia, etc.

Sin embargo, este criterio no permite generar categorías conceptuales que permitan ordenar de un modo transversal la actividad de la Administración. Esta virtud tiene la clasificación formulada en primer lugar por el profesor español JORDANA DE POZAS y enriquecida por el aporte de otro ilustre catedrático peninsular, VILLAR PALASÍ.³ El esfuerzo de ambos profesores toma como criterio ordenador el efecto que la actuación administrativa tiene sobre la esfera subjetiva y otras garantías de los particulares, clasificando las tareas del Estado en actividad de policía, fomento, servicio público, industrial y de planificación.

Ahora bien, tomando esta clasificación como punto de partida de nuestra reflexión y actualizándola a la luz de las nuevas funciones del Estado con los datos que nos proporciona la realidad de la actuación administrativa contemporánea, se puede postular una nueva clasificación de dicha actividad manteniendo la perspectiva señalada que proponían los profesores ibéricos, esto es la incidencia que dicha actuación tiene sobre la esfera subjetiva de los particulares. Consiguientemente, las categorías que se proponen para examinar la actividad administrativa son de limitación o de intervención sobre las actividades de los particulares, servicio público, regulación, fomento y gestión económica.

Uno de los rasgos más característicos de estas formas de actuación administrativa es que todas ellas pueden ser empleadas por la Administración independientemente del ámbito concreto en que tiene lugar la intervención. En tal sentido, en el sector minero, por ejemplo, pueden concurrir actuaciones de tipo limitativo, de servicio público, de fomento o de gestión empresarial.

Una definición básica de las funciones administrativas relativas a la actividad sustancial de la Administración Pública es la siguiente:

³ VILLAR PALASÍ, J. L., *La Intervención Administrativa en la Industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.



–Actividad administrativa de limitación o de intervención sobre la actividad de los particulares, referida a toda actuación orientada a restringir la libertad de acción de los particulares⁴ con el objetivo de asegurar que ésta se ajuste al interés común;

–Actividad de servicio público, aquella orientada a asegurar la prestación de determinados servicios que resultan esenciales para la vida en sociedad. En la actualidad, este tipo de actividad es objeto de revisión e incluso de redefinición, por cuanto algunas de sus características, especialmente la titularidad pública de algunas actividades, son cuestionadas e incluso actividades típicas de servicio público han sido sustraídas del ámbito de lo público a partir de las privatizaciones;

–Actividad de regulación, que ha cobrado auge con la liberalización de la economía y la cláusula de Estado subsidiario. Es la actividad que desarrolla el Estado a fin de asegurar que la actividad económica se realice con arreglo a la libre competencia para lo cual utiliza técnicas diversificadas que combinan aquellas clásicas con otras de nueva factura, caracterizadas por su adaptabilidad al fin perseguido;

–Actividad de fomento de actividades particulares, que busca promover e incentivar el desarrollo o ejecución por parte de los particulares de determinadas actividades prioritarias para la realización de los intereses públicos, y

–Actividad de gestión económica, dirigida a la producción de bienes o servicios con la proscripción de gozar de mayores prerrogativas en relación con los competidores privados.

2. LOS PRINCIPIOS DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Precediendo el examen de las formas de actuación administrativa se ha visto conveniente referirse a los principios que informan la actuación de la Administración Pública porque ellos son los que

⁴ Autores como SANTAMARÍA PASTOR, A., prefieren llamarla actividad ordenadora por considerar que esta denominación es más neutra y permite examinar las diferentes técnicas de intervención sobre la conducta de los ciudadanos, sin la carga peyorativa del término policía. Vid. *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, 1999, vol. II, pp. 255 y ss. Por su parte, PARADA VÁSQUEZ, R., en *Derecho Administrativo*, Parte General, 8ª edición, 1996, pp. 445-446, opta por la denominación de “actividad administrativa de limitación” y MARTÍN MATEO, R., elige la nomenclatura de “actividad administrativa de garantía” en *Manual de Derecho Administrativo*, p. 438.



determinarán los términos en los que la actividad administrativa se desarrolla legítimamente con arreglo al Ordenamiento Jurídico y los valores que le sirven de sustento. Los principios, por consiguiente, proporcionan herramientas para poder contrastar la conformidad de dicha actuación con la materialización del bien común a cuya consecución se consagra la naturaleza servicial de la organización. Ahora bien, los principios deben interpretarse en su contexto constitucional entendiendo que las normas no constituyen compartimentos estancos, sino que por el contrario cobran sentido en función de las demás, ya que “la Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía”.⁵

3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD O EL SOMETIMIENTO PLENO DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN AL DERECHO

El Estado contemporáneo debe hacer frente a nuevas funciones que en gran parte se materializan a través de la Administración y que tienen como exigencia buscar la colaboración social en el marco de un Estado al que se configura como subsidiario. La materialización del bien común finalidad a la que la Administración está afecta, sólo la puede efectivizar mediante su actuación. Pero esta actuación sólo será legítima si se produce con arreglo al principio de legalidad, pues el aspecto formal es el que enlaza jurídicamente la acción administrativa con las potestades o atribuciones que el Ordenamiento le habilita no sólo en sentido facultativo sino como un deber de actuación para la Administración, configurando lo que se define como potestades-función.

El principio de legalidad está reconocido en la Constitución Política (CPR) en los artículos 6º y 7º,⁶ pero la interpretación de

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 254, de 26 de abril de 1997, considerando II.

⁶ Estos preceptos disponen: “Artículo 6º. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.



estas disposiciones que consagran formalmente el principio debe ser realizada a la luz del valor central del Ordenamiento jurídico radicado en la *persona* que se erige como basamento y justificativo de la existencia del Estado servicial.⁷

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

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.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”

⁷ Algunas notas que se desprenden de estas normas constitucionales constituyen los criterios conforme a los cuales la Norma Fundamental condiciona la actuación de la Administración. Éstas son:

–La orden contenida en el artículo 6º está dirigida a todos los órganos, sin distinción, que integran el Estado, comprendiéndose dentro de éstos las Cámaras Legislativas, el Gobierno y la Administración del Estado, el Poder Judicial, el Tribunal Calificador de Elecciones, las Fuerzas Armadas y de Orden, y las autonomías constitucionales como el Banco Central, Gobiernos Regionales, Municipalidades, Ministerio Público y la Contraloría General de la República.

–Los artículos 6º y 7º de la CPR no se refieren únicamente a la conformidad con la ley *sensu strictu* sino que aluden al término en la acepción más general de norma jurídica integrante del Ordenamiento. Con ello, se aleja de la tradición de ligar al principio de legalidad exclusivamente con la ley-formal como expresión de la voluntad general, sino que se aviene a una interpretación del mismo como principio de juridicidad.

–En virtud de la consagración del principio de legalidad como de juridicidad, ha de interpretarse que la Administración está sometida de pleno a todo el sistema normativo, precedido por la Constitución y que está integrado por las normas dictadas conforme a ella. Comprende, pues, a las leyes en general (de diverso tipo), los Convenios internacionales ratificados, así como también los reglamentos o normas dictadas por la propia Administración, los cuales pueden ser modificados o derogados válidamente por ella, pero no por actos administrativos singulares (principio de inderogabilidad singular de los reglamentos). En otras palabras, la Constitución impone el sometimiento de la Administración al orden jurídico normativo, constitucional, legal y reglamentario, que la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), en su artículo 2º, caracteriza como observancia del “ordenamiento jurídico”.

–La plena juridicidad de la acción administrativa, so pena de nulidad de derecho público. La vinculación de la Administración a la ley significa, por de pronto, la interdicción de cualquier actuación de la misma en contradicción con ésta, de suerte que la infracción de tal prohibición lleva aparejada la invalidez de la medida en que se traduzca.

–De otro lado, el Derecho se convierte en un parámetro de toda la actuación administrativa: “nada puede hacerse en la Administración al margen del Derecho”, un criterio permanente de toda su actividad. De este modo, aun en los casos en que no se intercale una ley entre la Constitución y la actuación administrativa, la



A. *El significado del Principio de Legalidad en el Derecho chileno: del Principio de Legalidad al Principio de Juridicidad*

La cláusula de Estado de Derecho tiene por fundamento el reconocimiento y protección de los derechos y deberes de los ciudadanos. Así, la garantía de los derechos de las personas supone la protección de una esfera subjetiva que el Estado tiene vedado desconocer y aun, muy por el contrario, se encuentra obligado a asegurar su respeto tanto frente a actuaciones de terceros como frente a las intervenciones que como poder público realiza.

El principio de legalidad significa que no hay potestades “naturales” de la Administración sino que todos sus poderes están finalizados, subordinados al bien común. El Derecho es ineludible al funcionamiento de los poderes públicos y en especial del poder Administrativo “la cara visible del Estado”, por cuanto es con el que más en contacto está el ciudadano. De ahí la importancia del Derecho Administrativo como Derecho público encargado de normar la actuación y organización de ese complejo de órganos que integran la Administración.

Lo que combate el principio de legalidad es la atribución a la Administración de un poder para actuar no vinculado a normas. Por eso, como afirma I. DE OTTO, “de ese principio nace todo el Derecho administrativo y la sujeción de la Administración al control de los Tribunales”.⁸ El Derecho administrativo, según MERKL, “es la regla de producción de la administración o, inversamente, la administra-

totalidad de esta actuación se encuentra vinculada directamente a la Constitución y es susceptible de control, bien sea por el Órgano Contralor en los términos que le fije la ley o por los tribunales de justicia, que siempre podrán revisar las decisiones administrativas en sede judicial.

–El artículo 99 de la Constitución precisa que “En el ejercicio del control de legalidad” que le confía el artículo precedente, “el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará su ilegalidad”, o, agrega el inciso 4º de esta norma, “por ser contrario a la Constitución”. Y el artículo 98 en concordancia con el artículo 76 de la Constitución, reconocen la competencia de los tribunales ordinarios para resolver las reclamaciones que se susciten contra los actos de la Administración del Estado.

–Para la validez de los actos de los órganos del Estado es importante dar cumplimiento a las exigencias formales como las de previa investidura, actuar dentro de los ámbitos de la competencia y ajustado a la forma (procedimiento) que establezca la ley.

⁸ DE OTTO, I., *Derecho constitucional: sistemas de fuentes*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1988.



ción es aplicación del derecho administrativo”, no caben espacios de libertad a la Administración, ésta siempre deberá realizar su actividad sujeta a vínculos jurídicos, pues “toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico” y “sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho”.

Lo que afirma el principio de legalidad es la plena juridicidad de toda la actuación administrativa so pena de sanciones. De este modo, el Derecho se convierte en un parámetro permanente de toda la acción administrativa y nada puede hacerse en la Administración al margen del Derecho, no hay espacios exentos de la acción administrativa al Derecho aunque, eso sí, la clase y medida de la vinculación pueda ser tanto particular como general o como también se acostumbra a caracterizarla reglada o discrecional.

Con todo, el principio de legalidad dista mucho de ser interpretado pacíficamente constituyendo una noción que padece una gran ambigüedad y equivocidad.⁹ Existe una controversia en torno a la verdadera interpretación del principio a partir de la contribución de MERKL quien diferencia el principio de juridicidad del principio de legalidad aunque los encuentra “emparentados”, posicionando a éste como un estadio posterior y superior a aquél, haciendo hincapié no en el rango de la norma habilitadora de la actuación administrativa sino en el carácter normativo del precepto habilitador independiente de su posición en la pirámide normativa. Así, este principio “significa, no sólo que la administración, considerada en su conjunto, está condicionada por la existencia de un derecho administrativo, sino que también cada acción administrativa aislada está condicionada por la existencia de un precepto administrativo que admite semejante acción”.¹⁰

Sin embargo, hay que tener cuidado con caer en el vaciamiento del contenido del principio y transformarlo meramente en una directriz formal, pues, como acertadamente alerta RUBIO LLORENTE

⁹ SANTAMARÍA PASTOR, A., define el principio de legalidad como un “concepto indiscutido, pero confuso” en *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Editorial Ceura, Madrid, 1988, pp. 195 y ss. En el mismo sentido NIETO, A., subraya la “prodigiosa ambigüedad de su contenido y la imprecisión de su concepto”, en *Derecho Administrativo Sancionador*, Editorial Tecnos, 2ª edición, Madrid, 1994, p. 204.

¹⁰ MERKL, A., “Teoría General del Derecho Administrativo”, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1935, p. 212.



frente a esta tendencia, la suplantación o identificación del principio de juridicidad por el de legalidad, que supone la vinculación no necesariamente a una ley formal sino a una norma jurídica con independencia del lugar que ésta ocupa en la pirámide normativa, podría llevar a incurrir en un absurdo:¹¹ “con la equiparación de legalidad y juridicidad la creación del Derecho queda desvinculada de la participación popular y tan Estado de Derecho resultaría ser aquél en el que existan leyes como aquél otro en el que la Administración actuase simplemente de conformidad con los Reglamentos, tan generales y abstractos como se quiera, dictados por ella misma”.¹²

El acentuado presidencialismo que marca la historia constitucional chilena ha hecho que la interpretación del principio de legalidad se haya tradicionalmente acercado más al modelo germánico,¹³ rechazando la tesis formal del principio de legalidad que exige para toda actuación administrativa una habilitación legal previa.¹⁴

¹¹ De este modo alerta que “entendido como principio de juridicidad, [la] sumisión al bloque de la legalidad, el principio de legalidad no ofrece información alguna acerca de la posición de la ley en el ordenamiento jurídico, porque el principio de juridicidad exige vinculación positiva a las normas jurídicas sin hacer distinción alguna en el rango de éstas”, en RUBIO LORENTE, R., “El principio de legalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 39, 1993, p. 15.

¹² *Ibidem*, p. 18.

¹³ La vinculación entre la Administración y la ley ha sido tradicionalmente planteada a través de dos modelos que se contraponen y que tienen su expresión en los brocardos “*quae non sunt permissae prohibita intelliguntur*” (o de vinculación positiva) y “*quae non sunt prohibita permissae intelliguntur*” (o de vinculación negativa). Francia, por ser la cuna del liberalismo y del dogma de la supremacía de la ley, fue la formuladora de la tesis de la necesaria habilitación previa de la Administración (vinculación positiva) como técnica para asegurar el respeto a las posiciones jurídicas de los administrados. La configuración del monarca y la Administración como Poder Ejecutivo (de la ley) hacen necesario que toda acción de ambos deba justificarse en una ley aprobada por el Parlamento (vinculación positiva). La ley previa, en el modelo francés, se convertía en una condición *sine qua non* para la actuación de la Administración. Por su parte, en Alemania que permaneció más tiempo bajo un régimen de monarquía limitada se reconocían ciertas facultades propias a favor del monarca denominadas “materias administrativas”, en las que éste no requería de intervención del legislativo para actuar, sino que ellas constituían su ámbito de competencia natural (por ejemplo, en materia organizatoria). En este contexto, el modelo germánico tomaba a la ley como un marco para su actuación (vinculación negativa), dentro del cual el Monarca, poseedor de ciertos poderes originarios, estaba habilitado para intervenir. Como contrapartida, el soberano estaba limitado sólo en casos puntuales por la Constitución, requiriendo la intervención del Parlamento cuando sus decisiones podían afectar la libertad o la propiedad de los súbditos.

¹⁴ Vid. PANTOJA BAUZÁ, R., en *El Principio de Legalidad*, apuntes de Cátedra de Derecho Administrativo, Universidad de Chile. En este estudio el autor resalta la



La jurisprudencia administrativa emanada desde la Contraloría ha reforzado esta forma de aplicación del principio de legalidad.¹⁵ Estos antecedentes han permitido concluir a PANTOJA que “Conforme a la tradición chilena, enseguida, siempre que media una habilitación legal para actuar, se entiende que esta habilitación no sólo autoriza la realización específica de aquello a que se refiere concretamente su mandato o contenido, sino que conlleva la facultad consiguiente de adoptar toda otra medida que sea antecedente necesario o consecuencia inmediata para su viabilización, puesto que esta manera de entender la ley es la única que permite alcanzar el resultado querido por el legislador”.¹⁶ En concordancia con estas afirmaciones, seguidamente, colige que la solución chilena al tipo de vinculación de las autoridades administrativas a la ley es la actuación *intra jus*, lo que –continúa advirtiendo PANTOJA– en modo alguno equivale a postular la existencia de zonas exentas del Derecho “que habiliten a la autoridad administrativa para decidir por sí y ante sí qué ha de hacerse en el mundo administrativo, ni de justificar una razón de Estado que justifique el arbitrio administrativo; la discusión-precisión del criterio determinador del principio de la juridicidad, en cuanto a si es el de la habilitación legal previa o el de la actuación dentro del orden jurídico, se reduce más bien a establecer el criterio de aceptación de los reales márgenes de actuación que al día de hoy tiene la Administración Pública según la Constitución y la ley, en el Estado chileno de derecho, atendidas las características que lo hacen ser lo que es”.¹⁷

A partir del establecimiento de la jurisdicción constitucional que mediante sus pronunciamientos ha venido aclarando el sentido y la

singular aplicación jurídica de este principio impregnado por el peso especial que la figura presidencial tradicionalmente ha tenido en el sistema institucional.

¹⁵ En tal sentido el Órgano Contralor afirma en los Dictámenes N° 79.151, de 1960; N° 60.062, de 1967, y N° 12.859, de 1981 que “cuando el legislador confiere una determinada facultad, implícitamente otorga las atribuciones necesarias para ejercerla aun cuando ello implique usar mecanismos que no aparezcan expresamente mencionados en la ley”. En la misma línea de interpretación, el Dictamen N° 2.296, de 1985, asevera: “... al concederse ... facultades para disponer medidas extraordinarias de cualquier naturaleza, sin limitaciones, obviamente han quedado comprendidas acciones que no son las que comúnmente se requieren para el funcionamiento de un servicio ..., sino cualquier otra medida relacionada con la mejor gestión de la empresa, sin distinción, quedando englobadas entre éstas, por ende, ...”.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 21.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 22.



correcta aplicación de los preceptos constitucionales, se ha hecho patente que el principio de legalidad no tiene un sentido unívoco y que exige en algunos casos su aplicación flexible atendiendo a lo que el constituyente en cada caso ha buscado alcanzar. Una de las directas consecuencias de ello es la mayor o menor amplitud que puede tener la potestad reglamentaria en cada caso lo que no es otra cosa que calibrar la institución de la reserva de ley.

Siendo el fundamento último de la CPR la persona humana, es decir, garantizar su libertad e igualdad en dignidad y derechos, la interpretación del principio de legalidad se verá afectada *ab initio* por esta determinación básica del constituyente, corrigiendo la interpretación tradicional de la que se ha dado cuenta en los párrafos precedentes y que tiene como punto de partida el reconocimiento de atribuciones implícitas a favor de la Administración, afirmación que no puede hacerse sin matizaciones a partir del Texto Constitucional de 1980, confirmado por el del año 2005, pues debemos entender que las supuestas potestades implícitas contrarían la Constitución cuando su contenido desborda el marco de posibilidades regulatorias que brinda la Norma Fundamental, ya que no resulta “razonable” aceptar que el legislador ha reconocido facultades implícitas a los órganos gubernamentales que pugnen con la Carta Fundamental.

En realidad, lo que resulta adecuado discutir a este respecto es en qué casos a la Administración le basta que la norma atributiva de competencia sea de carácter general para habilitar un mayor o menor ámbito de discrecionalidad y en qué casos ello es insuficiente y, más aún, cuándo ha de exigirse que la norma sea una ley formal que reúna las condiciones de “precisión” y “especificidad” que el Tribunal Constitucional ha reiterado como necesarias cuando se afectan derechos fundamentales de la Constitución.

En el primer caso, la discusión se traslada a la problemática de las potestades discrecionales que más que potestades implícitas, cuya existencia misma puede estar en cuestionamiento, son potestades cuyos contornos no son precisos y son de difícil control.¹⁸

En el segundo caso, se vinculará con el juego del instituto de la reserva legal que la Carta Política va conformando en cada caso y que a su vez modula la configuración del principio de legalidad como de juridicidad que introduce la Constitución. La armonización

¹⁸ Vid. DESDENTADO CAROCA, E., *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*, Editorial Aranzadi, 2ª edición, Navarra, 2005.



de los institutos reserva legal-juridicidad logra neutralizar el riesgo que advierte RUBIO LLORENTE de calificar como Estado de Derecho, tanto aquel que se expresa democráticamente a través de leyes como aquel Estado autoritario fundado en normas reglamentarias.

Evidentemente nuestro sistema no responde con puridad a uno u otro modelo de los expresados (de vinculación positiva o negativa), sino que hay ciertas pautas que la propia Constitución contiene y que hay que tener en cuenta para describir con mayor propiedad la forma de vinculación a la legalidad de los poderes públicos que nuestra Constitución diseña. En realidad, el problema al que hay que enfrentar para una correcta aplicación del principio de legalidad es determinar en qué casos se exige que la actuación de la Administración tenga una premisa jurídica que la habilite de forma más precisa para actuar.

El Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, ha determinado que las referencias a la ley en la Norma Fundamental no siempre exigen que sea ésta el texto que agote la materia. Un claro ejemplo de ello es la propia ley de presupuesto, a la que el Tribunal califica en su Sentencia Rol N° 254, de 26 de abril de 1997, como “ley marco” que “disminuye las atribuciones legislativas del Congreso y amplía las facultades colegisladoras del Presidente de la República” (considerando 21), ya que “corresponde al organismo administrativo detallar su ejecución” (considerando 22). Así, el máximo Tribunal entiende que “la Constitución establece que, en ciertos casos, la regulación de algunas materias por parte del legislador no debe tener la misma amplitud y profundidad que otras” (considerando 26).

Pero respecto de los derechos calificados como fundamentales, establecidos por el artículo 19 de la Constitución Política de acuerdo a lo dispuesto por la Norma Fundamental sólo se permite que sea la ley la que pueda establecer límites o regulaciones a los mismos. La Carta Política contiene en estos casos un mandato expreso y restrictivo al legislador para complementar, regular, limitar o restringir tales derechos e imponer obligaciones a su respecto. En este sentido, las normas legales que se dicten no pueden afectar los derechos en su esencia ni significar obstáculos que impidan su libre ejercicio (art. 19 N° 26° CPR). Por ello, de acuerdo a lo interpretado por el Tribunal Constitucional, las disposiciones que dicte el legislador que afecten los derechos fundamentales establecidos en la Constitución deben cumplir una doble exigencia: la “determinación” y la “especificidad”.



El criterio reiterado en la jurisprudencia constitucional –observa el máximo Tribunal en su Sentencia Rol N° 325, de 26 de junio de 2001– se refiere “en cuanto a que las disposiciones legales que regulen el ejercicio de estos derechos, deben reunir los requisitos de ‘determinación’ y ‘especificidad’”. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad. Por último, los derechos no podrán ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio” (considerando 40).

No obstante, ha sido el propio Tribunal el que ha matizado sus afirmaciones, lo que nos indica que los textos de la Constitución y los que de ella se derivan (leyes y reglamentos) no pueden interpretarse sólo bajo una óptica literal sino, principalmente, por la finalidad que persiguen. Así, en la Sentencia Rol N° 325, de 2001, cuando el Tribunal dirime la pugna entre el “derecho más apreciado por nuestro Código Político, cual es la vida humana y la integridad física y psíquica” (considerando 46) y las exigencias formales de la regulación que afectan otros derechos constitucionales como es el de propiedad, dicha magistratura ha aceptado la validez de las normas contenidas en un decreto supremo que en su criterio “no cumplen a cabalidad con los requisitos de ‘determinación’ de los derechos que podrán ser afectados y ‘especificidad’ de las medidas que se autorizan para llevar a cabo tal objetivo que la Carta Fundamental exige a fin de restringir o limitar los derechos comprometidos en el caso sub-lite, [pese a lo cual] esta Magistratura ha llegado a la convicción que tales requisitos resultan aceptables en este caso y sólo para aplicación a él” (considerando 46).

A mayor abundamiento, en la citada sentencia el Tribunal Constitucional ha admitido que en determinadas circunstancias especiales, como las que se generan en materia medioambiental, el Poder administrador ha de contar con una *inevitable flexibilidad que le permita cumplir sus deberes constitucionales* ya que “obrar de otra manera y declarar la inconstitucionalidad del D.S. N° 20 podría generar una vulneración de mayor entidad de nuestra Carta Fundamental” (considerando 46).

En conclusión, para determinar el sentido en que el principio de legalidad vincula a la Administración se han de considerar no sólo los derechos individuales que pudieran ser afectados sino también los deberes que la propia Carta Constitucional consigna como



propios del Estado. De acuerdo con las normas constitucionales, el Estado no está diseñado como una organización que tiene intereses contrapuestos con los de los ciudadanos, sino que por el contrario él se halla afectado a la consecución de un bien superior que es el bien común. El Estado desde la perspectiva jurídica, como entidad servicial, tiene como objetivo exclusivo la promoción de las condiciones que permitan la mayor realización material y espiritual de sus ciudadanos. Este deber último es el que también debe ser considerado al momento de juzgar el tipo de vinculación que afecta a la Administración, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional.

B. El Principio de Legalidad y su concordancia con la reserva de ley

No obstante su importancia clave para la efectividad del principio de división de poderes y por consiguiente del Estado de Derecho la reserva de ley es uno de los problemas irresueltos del constitucionalismo (OSSENBÜHL).¹⁹

Con el nuevo constitucionalismo, centrado en garantizar los derechos que califica como fundamentales al estar reconocidos por la Constitución, la reserva de ley se ha extendido a muchas más materias como las sujetas a codificación, el régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social, los emblemas nacionales, las bases de los procedimientos administrativos, la contratación de empréstitos por el Estado o sus organismos, etc. Más aún, el artículo 5º de la Constitución utiliza una terminología más general que rebasa los derechos de libertad y propiedad, reconociendo que “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” limitan el ejercicio de la soberanía razón por la cual se debe interpretar que sólo la ley podría afectar aquellos derechos esenciales.

¹⁹ El desarrollo histórico del instituto de reserva de ley está ligado a la pugna entre el principio monárquico y el representativo, resultando su formulación una vez que el segundo se impuso sobre el primero, con el objetivo de proporcionar garantías a la libertad y a la propiedad de los ciudadanos frente a las intervenciones del ejecutivo. Por el triunfo del principio representativo se impide que por decisión exclusiva del monarca se pueda imponer nuevos tributos o detener o encarcelarse a un ciudadano, reservándose a la ley –expresión de la voluntad soberana– estas decisiones. De ahí queda estatuido que los límites a la libertad y a la propiedad sólo pueden ser establecidos por la ley, siendo ésta la única que puede afectar estos derechos.



Por el principio de reserva legal se delimita constitucionalmente un campo exclusivo de regulación normativa que está confiado al poder legislador.²⁰ Ello, concordado con el principio de la primacía de la ley que expresa la superioridad jerárquica de la norma legal respecto de los productos normativos de la Administración, permite concluir que la Administración está especialmente subordinada a la ley en sentido formal.

El fundamento de la reserva legal es garantizar que aquellas cuestiones esenciales que la Constitución designa sean resueltas a través del procedimiento legislativo que asegura una mayor transparencia y objetividad en la valoración y ponderación de los derechos de los ciudadanos que pudieren ser afectados. Sin embargo, hay varios aspectos que mediatizan la efectividad de este fundamento. Por un lado, la interpretación actual del principio de separación de poderes y su supuesta transformación en separación de funciones no puede obviar la determinante influencia que posee el Presidente de la República-Gobierno sobre los resultados legislativos. Lo cual se aprecia directamente al constatar que la gran mayoría de las leyes parlamentarias se han iniciado como proposiciones de ley del Presidente. Además, la preponderancia institucional de la figura presidencial también se percibe al gozar, mediante el mecanismo de las urgencias, de una amplia discrecionalidad para manejar la agenda legislativa. Igualmente, el liderazgo político del Presidente de la República influye cuando éste se logra traspasar a los partidos de gobierno lo que obtiene si consigue configurar con eficacia una cadena de transmisión de sus decisiones al Congreso. Con gran preponderancia, destaca la posibilidad de que el Gobierno produzca previa habilitación legal normas con fuerza de ley con competencia para regular las materias reservadas por la Constitución a la norma legal, salvo expresas excepciones que la propia Carta Política establece.

Por ello, para completar y suplir, en su caso, las garantías del procedimiento legislativo están en primer lugar las propias previsiones constitucionales que impiden habilitar facultades legislativas al Gobierno.²¹ Complementada por la jurisdicción constitucional

²⁰ De acuerdo a la CPR, el ejercicio del poder legislativo se ejerce regularmente en colaboración entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional lo que le imprime un rasgo peculiar al sistema chileno derivado del régimen presidencialista. El Jefe de Estado tiene iniciativa legislativa, poder de veto de los proyectos aprobados y resortes para manejar la agenda del Congreso.

²¹ Estos casos están referidos a materias relativas a "la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni al plebiscito" así como tampoco pueden extenderse a las



que viene a ser la máxima intérprete de las disposiciones constitucionales y es la encargada de velar por el principio de supremacía constitucional. Esta magistratura es la que ha ido esclareciendo el contenido de la institución de la reserva de ley precisando cuáles son las exigencias que se derivan de la misma, estableciendo que no siempre el principio de reserva de ley conlleva el agotamiento de la regulación por parte del legislador sobre una materia –excluyendo en todos los casos la colaboración de la potestad reglamentaria– sino que por el contrario, la exigencia de mayor densidad regulatoria por parte de la ley dependerá de cómo el constituyente haya configurado dicha reserva.²²

“materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado” (art. 64, inciso 2º CPR). Tampoco podrá autorizarse a legislar sobre materias que “afecten a la organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial, del Congreso Nacional, del Tribunal Constitucional ni de la Contraloría General de la República” (art. 64, inciso 3º CPR).

²² El Tribunal Constitucional en sus diversos pronunciamientos no se ha referido a la existencia de poderes implícitos a la Administración sino que ha analizado el principio de legalidad a la luz del mayor o menor ámbito de discrecionalidad que la Constitución faculta. Así, en algunos casos el máximo tribunal ha aceptado una interpretación constitucional flexible del principio de legalidad como es en el caso de la ley presupuestaria. Conforme observa el Tribunal Constitucional: “La Constitución establece que, en ciertos casos, la regulación de algunas materias por parte del legislador no debe tener la misma amplitud y profundidad que otras. Es por ello que hay casos en que la fuerza de la reserva legal puede ser calificada de absoluta o relativa. En este último caso, incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar sólo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de aquella potestad. Ello ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como “con arreglo a la ley”, “de acuerdo con las leyes”, “con sujeción a la ley”, “de acuerdo a lo que determine la ley” o “en conformidad a la ley”, *v. gr.*: en los artículos 10, Nº 4; 24 inciso segundo; 32, Nº 22; 87(98) y 94 (10%) de la Constitución en vigor”. En otros casos, el Tribunal Constitucional ha señalado que la ley que afecte los derechos fundamentales garantizados por la Constitución debe cumplir con los requisitos de determinación y especificidad, afirmando que “El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad. Por último, los derechos no podrán ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”, pero aun, en algunos casos ha flexibilizado estas exigencias porque ello podría generar una vulneración de mayor entidad de la Carta Constitucional e incluso ha aceptado que “La diversidad de situaciones que pueden presentarse en la ejecución de la Ley de Presupuestos imposibilitan una previsión total por parte del legislador”



Lo señalado hace evidente que el principio de legalidad no debe ser interpretado ni como una exigencia insoslayable de intercalación de la ley entre la Constitución y la actuación de la Administración, lo que admite un ámbito donde se desarrolle el reglamento independiente, ni que en virtud del principio de reserva de ley el legislador deba agotar la regulación de la materia excluyendo la colaboración de la potestad reglamentaria. En concordancia con ello, la Constitución ha radicado en la figura Presidencial capacidad reglamentaria sobre “todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”. Así, pues, ha sido la propia realidad la que impide que todos los ámbitos en los que se hace presente la Administración se encuentren regulados por la ley parlamentaria. De ahí que el Gobierno y dependiente de él, la Administración pública, se ordene a la Constitución tanto indirectamente (por intermedio de la ley), como incluso directamente al no estar cubiertos todos sus ámbitos de actuación por el legislador.

En definitiva, la configuración del principio de legalidad en concordancia con la institución de reserva de ley permite afirmar que para la Administración es necesario contar con apoderamientos otorgados por ley formal que cumpla con los requisitos de determinación y especificidad para los casos en que su actuación tenga eficacia limitativa o ablatoria de los derechos fundamentales. En esta situación se encuentran las actuaciones relativas a la expropiación forzosa, las exigencias de obligaciones personales (prestaciones tributarias, contribuciones a la seguridad social, etc) pero, también, aquellas intervenciones que inciden en cualquier situación jurídica de los particulares que supongan la materialización de un control o supervisión a través de técnicas de ordenación como la inspección y la eventual imposición de sanciones.

En los demás casos, cuando se trata de actuaciones que no tienen esa implicancia limitativa o ablatoria sobre las posiciones jurídicas de los particulares el principio de legalidad se flexibiliza y se acepta que la regulación de algunas materias por parte del legislador no tenga la misma amplitud y profundidad que otras. En estos casos, como acepta el Tribunal Constitucional, la fuerza de la reserva legal

porque el Tribunal encuentra que “En efecto, lo complejo y dinámico no puede regularse íntegramente con anticipación, ni puede tampoco su normativa reducirse a esquemas interpretativos apriorísticos.”



puede ser calificada como de relativa.²³ Ello se fundamenta en que todas estas actuaciones no inciden sobre las situaciones jurídicas de los sujetos que integran su esfera de libertad.

4. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Éste constituye un principio de carácter general que aparece desde el primer artículo de la Constitución: “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.²⁴ Ciertamente es uno de los valores básicos de la Constitución que ejerce una influencia hermenéutica y heurística vital sobre las demás disposiciones constitucionales.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente en el mismo sentido sobre el principio general de igualdad ante la ley establecido en la Constitución.²⁵ De este modo, citando al constitucionalista argentino SEGUNDO LINARES QUINTANA el Tribunal afirma que:

“... la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las

²³ A este género pertenecen: a) la mayor parte de las actividades que la doctrina alemana engloba bajo el rótulo de administración prestacional o también identificada como administración no autoritaria, en cuanto opuesta a administración interventora (por ejemplo, la admisión a una universidad pública o la convocatoria a un concurso para obtener en propiedad una plaza); b) las actividades tradicionalmente definidas como de fomento (por ejemplo, el establecimiento de un premio o subsidio a una determinada actividad, el otorgamiento de una beca, o la determinación de hacia dónde se amplía el metro o cuáles carreteras se reparan, etc.); y c) las relativas a la actividad organizatoria interna de las administraciones (la determinación de cuántos departamentos y oficinas tendrá un ministerio, por ejemplo).

²⁴ Las formulaciones especiales del principio se encuentran en diversas disposiciones constitucionales, como aquella que lo liga a “la participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (art. 1º inciso 5º); a “la igualdad ante la ley” (art. 19 N° 2º); al “igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud (art. 19 N° 9º); al acceso al goce de prestaciones básicas uniformes en materia de seguridad social” (art. 19 N° 18º); a “la igual repartición de los tributos” (art. 19 N° 20º). Igualmente, se encuentra este principio formulado en forma negativa proscribiendo la discriminación en materia de contratación laboral que no se funde en la capacidad o idoneidad de la persona (art. 19, N° 16º, inciso 3º); y prohibiendo la discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica (art. 19 N° 21º).

²⁵ Vid. Sentencia Rol N° 53, de 5 de abril de 1988, considerando N° 72º y Sentencia Rol N° 219, de 31 de julio de 1995, considerando N° 17º.



LAS MODALIDADES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN...

mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentran en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición...”.

“Es decir, la igualdad ante la ley presupone que se trate en forma igual a quienes son efectivamente iguales, y sólo a ellos, y en forma desigual a quienes no lo sean. Ahora, si se hacen diferencias, pues la igualdad no es absoluta, es necesario que ellas no sean arbitrarias, y es por ello que este Tribunal en la misma sentencia hizo suyas otras expresiones del mismo tratadista LINARES QUINTANA sobre este punto, señalando que “la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”.

La reiteración de este principio en diversos pasajes de la Constitución no hace sino reforzar su importancia en el campo de la actuación de la Administración. Es claro que toda la actuación administrativa está sometida a la ley conforme lo determina el principio de legalidad ya examinado en los párrafos precedentes, pero el principio de igualdad es capaz de informar de un modo determinante la aplicación de las normas legales cuando ellas contengan cláusulas generales de atribución o conceptos jurídicos indeterminados que confieren un ámbito más o menos amplio de discrecionalidad a la Administración.

La proscripción constitucional expresa de la discriminación arbitraria (en materia laboral y económica) busca traducir la igualdad ante la ley en la necesaria igualdad de trato por parte del Estado y de sus organismos, lo que aproxima la igualdad al principio de confianza legítima –aquella que es generada por la propia Administración con su conducta reiterada en un sentido– y con el principio de la buena fe en las relaciones jurídico-administrativas que se constituye como un sustrato de las relaciones con la Administración.

Finalmente, el principio de igualdad permite exigir coherencia y razonabilidad a las decisiones de la Administración expresadas en los precedentes cuyo apartamiento en casos análogos constituye indicio de infracción a este principio central, por lo que se exige a la Administración fundamentar y justificar adecuadamente este cambio de criterio.



5. EL PRINCIPIO DE RESPETO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL

La libertad y la igualdad de las personas son dos valores que presiden la Constitución desde su primer articulado. Así, este artículo 1º prescribe: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. A partir de estos valores fundamentales es que se configura el principio de respeto de la libertad y se tornan más exigentes las habilitaciones que pueda ostentar la Administración para intervenir en la esfera individual de los particulares, especialmente con técnicas limitadoras de su libertad o de policía. Estas habilitaciones tienen que tener una justificación clara, ser proporcionadas al fin que persiguen, deben interpretarse restrictivamente y no de forma extensiva ni analógica guiándose por la interpretación *“favor libertatis”*.

Por su parte, el reconocimiento de la libertad económica, esto es, “el derecho a desarrollar cualquier actividad económica”, ha merecido sanción expresa por parte del constituyente en el artículo 19 N° 21º CPR. Al respecto, es de notar que este derecho desde su reconocimiento ha sido limitado y condicionado ya que se exceptúan actividades que “sean contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional” condicionándose su ejercicio al pleno respeto de las normas legales que regulen la correspondiente actividad.

Por consiguiente, debe repararse que el principio que aquí se comenta protege una libertad que no es ilimitada, sino una que admite su configuración legítima, es decir, su regulación a través de normas legales, lo que no significa en todos los casos ley en sentido estricto con arreglo al principio de juridicidad debidamente graduado por el Tribunal Constitucional. Las disposiciones legales tienen la facultad de regular la actividad y el ejercicio de los derechos de las personas por lo que la libertad protegida será la que en cada caso esté reconocida por el Ordenamiento jurídico.

6. EL PRINCIPIO DE SERVICIALIDAD

El principio de Servicialidad del Estado instituido en el artículo 1º inciso 4º de la Constitución Política es reproducido por el legislador en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), predicándolo en los mismos términos de la Administración Pública. Así, el artículo 3º de la citada



ley formula la misma definición: "La Administración del Estado está al servicio de la persona humana".

La esencia de este principio sólo se puede comprender a la luz del valor central del Ordenamiento constitucional, esto es: la persona, cuya libertad y dignidad constituyen derechos fundamentales a cuyo "servicio" el constituyente dispone que ha de estar el Estado y con él, entre otros, su instrumento de gobierno y administración identificado como la Administración Pública. Si bien la noción de persona que está contenida en el Texto constitucional es distinta a la noción liberal de los modernos, tampoco ésta se refiere a un significado exclusivamente colectivo. La noción que el constituyente estatuye es compleja y superadora de sus antecesoras ya que tanto la noción liberal como la noción colectivista resultan ser reductoras del concepto persona que trasunta la filosofía que emana del Texto constitucional. Esta noción tiene presente al ser humano en su dimensión individual y social porque aunque resulta obvio señalarlo somos personas con intereses propios que vivimos en sociedad para lograr objetivos comunes y ninguna de estas dimensiones puede acallar ni borrar por completo la otra. El equilibrio entre ambas es uno de difícil concreción pero no por ello los poderes públicos que están al servicio de la persona humana están exentos de buscarlo, muy por el contrario, es una tensión a la que deben permanentemente estar sujetos en su actuación y sus decisiones deberán siempre tener presente esta búsqueda del equilibrio.

Los derechos y garantías de la persona humana se constituyen, pues, en fundamento y criterio de estructuración del Ordenamiento jurídico en su conjunto y tienen la virtud de constituir límites a la soberanía (art. 5º CPR) modificando este concepto que ya no es en modo alguno ese poder ilimitado como fue concebido en sus orígenes desde los escritos de BODIN.

El principio de servicialidad hace evidente la nueva concepción de Estado que trasunta la Norma Fundamental. Éste no es concebido como un ser sustancial con objetivos nacionales propios distintos y contrapuestos a los objetivos e intereses individuales de quienes lo integran sino que el Estado, al que alude la Carta constitucional, está constituido como un elemento de carácter instrumental, vale decir, un medio para el perfeccionamiento de la persona humana y un mecanismo para la satisfacción de las necesidades públicas. En otras palabras, el Estado está instituido para la materialización del bien común.

El bien común se constituye como un deber jurídico del Estado y su Administración por lo que éstos sólo hallan su razón de ser en



su materialización. Fuera del bien común éstos no tienen justificación de ser, en suma, de existir. El bien común es definido de forma abstracta en la Constitución como aquellas “condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”. A la luz de lo señalado anteriormente podemos colegir que el bien común tampoco es el resultado de la sumatoria de los intereses individuales ni tampoco supone intereses colectivos opuestos a los intereses individuales. Desde las deliberaciones en la CENC se hizo notar que ésta era una noción compleja que “se orienta a la comunidad entera, pero al mismo tiempo no desconoce y deja a salvo el bien personal de cada uno de sus integrantes”.²⁶ Así configurado el bien común, para su materialización requiere no sólo de la acción del Estado sino también de sus integrantes generándose la necesidad de una mutua colaboración entre individuos y Estado. De este modo, aquellas condiciones sociales a las que se atribuyen la posibilidad de propender al perfeccionamiento y desarrollo integral de la persona se constituyen en “valores” que deben ser promovidos, protegidos y perfeccionados permanentemente en una acción compartida entre las personas y el Estado. Estos valores que también emanan de la Carta Política son: libertad, igualdad, justicia, familia, participación, integración armónica, seguridad nacional, orden, consignados en el Capítulo I de las Bases de la Institucionalidad, pero que se complementan con otros valores referidos en diversos preceptos de la Constitución como son: salud, educación, trabajo, medio ambiente, etc. De este modo, el Ordenamiento constitucional proporciona variadas pautas de alcance general que animan la acción del Estado *in totum*, pero que en especial se traducen en tareas públicas de la Administración a cuya realización deberá ajustarse la organización administrativa.²⁷

²⁶ Comisionado Guzmán citado por SALAZAR SÁNCHEZ, M., “Génesis de la frase ‘El Estado está al servicio de la persona’ en las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución”, en *Revista de Derecho Público* N° 57-58, 1995, p. 60.

²⁷ Algunas de estas tareas consignadas en la Constitución son:

- Defensa y asesoramiento jurídico gratuito (art. 19 N° 3°, inciso 3°).
- Medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8°).
- Protección a la salud (art. 19 N° 9°).
- Educación básica y media obligatorias (art. 19 N° 10°).
- Medios de comunicación social libres de monopolio oficial (art. 19 N° 12°, inciso 2°).
- Pluralismo político (art. 19 N° 15°, inciso 6°).
- Protección a la libertad de trabajo (art. 19 N° 18°, inciso 3°).
- Principio de libre actividad económica (art. 19 N° 21°).
- Función social del dominio (art. 19 N° 24°, inciso 3°).



El principio de servicialidad, pues, hace que el Estado se consagre a la realización de tareas públicas en las que se expresan los valores constitucionales y en virtud de los cuales se imponen estas pautas que dinamizan la organización y la actuación de los poderes públicos. La Administración Pública como poder público debe cumplir con esos deberes positivizados, es decir, debe satisfacer las necesidades públicas pero con sujeción a la probidad administrativa, de un modo eficaz y eficiente, de manera idónea, coordinada y proporcionada, razonable y no arbitraria, sin discriminaciones o diferencias carentes de fundamento, de forma transparente y con publicidad.

7. EL PRINCIPIO DE PROBIDAD ADMINISTRATIVA

El nuevo artículo 8º de la Constitución introducido por las reformas constitucionales practicadas en 2005 estatuye el principio de probidad como una base de la institucionalidad y lo liga al ejercicio de toda función pública sin exclusión. Nótese que el término función pública es más amplio que la noción de funcionario público cuyo ámbito es mucho más acotado. En el primer caso, quien ejerce función pública es todo aquel a través del cual el Estado se expresa y se relaciona independientemente del tipo de relación (estatutaria o no) que dicha persona tenga con el Estado, comprendiéndose entre ellos los parlamentarios, magistrados, autoridades gubernamentales y administrativas y funcionarios públicos en general.

En el ámbito administrativo, este principio fue formalizado por la Ley Nº 19.653, de 1999. Por medio de esta norma legal el legislador configura la probidad como un supra principio de la actuación administrativa porque hace depender de él otros "*sub principios*" como la publicidad y transparencia, imparcialidad, razonabilidad, proporcionalidad, abstención y eficacia y eficiencia.

La formalización del principio de probidad administrativa se encuentra en el artículo 13 LOCBCAE, que instituye: "Los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan". Más adelante, en el artículo 52, inciso 2º el legislador orgánico introduce una definición de la probidad diciendo que "El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular". Ambos preceptos se deben interpretar a la luz de lo que



el artículo 53 define como exigencias del interés general, esto es “El interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley”. De los preceptos transcritos se desprenden importantes lineamientos para la interpretación del principio de probidad y los principios que se fundan o derivan de él.

La regulación general del principio de probidad administrativa está contenida en el Título III LOCBGAE, artículos 52 y siguientes. Así, su campo de aplicación está establecido en el artículos 52 inciso 1° el cual lo establece como una obligación de toda autoridad de gobierno y administrativa vinculando al principio de probidad desde el Presidente de la República como a toda autoridad cualquiera que sea su denominación y a todo funcionario de la administración sin excepción.

Los responsables de fiscalizar su cumplimiento son las reparticiones de control interno de los órganos administrativos con independencia de las atribuciones de la CCR (art. 61 inciso 1° LOCBGAE). Cuando se produzca infracción a este principio se deberá establecer la correspondiente responsabilidad administrativa e imponer las sanciones que sean convenientes en concordancia con las normas estatutarias respectivas.

El legislador fue cuidadoso al establecer una gama de instrumentos que están orientados a garantizar la vigencia de este principio. En primer lugar, destacan como medidas preventivas las inhabilidades para ingresar a la Administración del Estado contenidas en el artículo 54 LOCBGAE. Dirigida a cautelar la operatividad de estas restricciones está la declaración de inhabilidades que ha de presentar todo postulante a un cargo público y que se encuentra regulada en los artículos 57 a 60 de la ley orgánica. A las inhabilidades referidas hay que añadir una específica dirigida a impedir que cargos de autoridad superior desde subsecretarios hasta el nivel de jefe de división sean ejercidos por personas que padezcan de dependencia a sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas (art. 55 bis LOCBGAE). Para ello el legislador establece, igualmente, la obligatoriedad de declarar que



no se está afecto a esta inhabilidad antes de asumir alguno de los cargos afectos a ella.

Adicionalmente hay una serie de mecanismos establecidos para cautelar el respeto del principio de probidad por quienes desempeñan un cargo administrativo. El primero de ellos es el establecimiento de incompatibilidades o prohibiciones en el artículo 56 LOCBGAE. A ello se añade por el artículo 57 LOCBGAE la exigencia a ciertas autoridades gubernamentales y administrativas que van desde el Presidente de la República hasta el nivel de jefe de departamento de presentar una declaración de intereses y de patrimonio.²⁸ En el primer caso la declaración de intereses debe contener todas las actividades profesionales y económicas en que dichas personas participen (art. 58 LOCBGAE). Por su parte, la declaración de patrimonio deberá individualizar los bienes indicados por la ley tanto del titular de la obligación como de su cónyuge (art. 60 C LOCBGAE). Igualmente, para prevenir el consumo de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas el legislador ha estatuido un procedimiento de control de consumo de estas sustancias que deberá aplicarse en forma reservada, aleatoria y resguardando la dignidad e intimidad de los funcionarios examinados (art. 61 inciso 4º LOCBGAE).

Finalmente, se complementan los mecanismos de garantía enunciados con la identificación de actuaciones que la ley orgánica directamente configura como atentatorias a la probidad administrativa y que harán surgir la responsabilidad administrativa y darán lugar a las correspondientes sanciones (art. 62 LOCBGAE).

8. EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

El principio de imparcialidad constituye un parámetro de valoración jurídica de toda la actuación de la administración, en especial de la actuación material y técnica que son de difícil control. En ese sentido, se puede afirmar que en relación con este tipo de actuaciones posee una eficacia mayor que el principio de legalidad.

La imparcialidad alude al aspecto subjetivo del deber que involucra. Así, es definida por el Diccionario de la Real Academia Española (1992) como la “falta de designio anticipado o de prevención a favor

²⁸ La Ley N° 20.088 (D.O. 5.01.2006) establece como obligatoria la declaración jurada patrimonial de bienes de las autoridades que ejercen función pública, introduciendo sendos artículos y modificaciones a la LOCBGAE.



o en contra de personas o cosas, que permite juzgar o proceder con rectitud". Es una exigencia del interés general que "Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones..." (art. 53 LOCBGAE). Por su parte, la Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos (LBPA), en su artículo 11, define el principio de imparcialidad como el deber de "actuar con objetividad y respetar el principio de probidad". La objetividad es la cualidad de ser objetivo por lo que es conveniente recordar que el vocablo objetivo en el Diccionario de la Real Academia queda definido como "perteneciente o relativo al objeto en sí y no a nuestro modo de pensar o de sentir" y "desinteresado, desapasionado". Imparcialidad y objetividad quedan, pues, en nuestro ordenamiento, implicados en el mismo principio cuyas consecuencias se examinan a continuación.

El principio de imparcialidad se predica tanto de la Administración Pública, que como organización debe resguardarlo, como de las autoridades que toman decisiones por la Administración.

Por lo que a la Administración se refiere la imparcialidad y objetividad son consecuencia del carácter servicial a la consecución del bien común que se impone a la Administración Pública. La Constitución refuerza estos principios a través de su opción por constituir una Administración profesionalizada y de carácter técnico avalada por una carrera administrativa (art. 38 inciso 1° CPR) que supondrá la capacitación permanente de sus funcionarios para que puedan cumplir a cabalidad sus funciones. No obstante, estas medidas aseguradoras de la tecnificación de la Administración no conllevan en modo alguno enervar la sujeción que ésta debe al poder político (Congreso y Presidente de la República) bajo pretexto de la necesidad de resguardar la neutralidad política de la organización administrativa. La Administración como ya se ha señalado es una entidad servicial al bien común, pero una cosa importante a tener en cuenta es que ella carece de legitimidad para determinarlo. El bien común sólo puede ser definido por el poder político democráticamente elegido, de tal modo que es en el legislador en quien recae mayormente esta definición que luego es actualizada por el gobierno, mientras que a la Administración sólo le cabe materializarlo y en esa materialización debe actuar como una organización profesionalizada que actúa imparcialmente. La Administración constituye, pues, la organización que está al servicio del Presidente de la República para que éste pueda cumplir sus funciones de gobierno



y administración que la Constitución le asigna en el artículo 24 CPR y artículo 1º, inciso 1º LOCBGAE).

Por lo que respecta a la vinculación que el principio de imparcialidad supone para los funcionarios y autoridades administrativas ésta se remite al deber personal de actuar de forma objetiva dentro del Ordenamiento jurídico de tal modo que las decisiones administrativas sean fieles a la finalidad de la potestad que actualizan evitando el vicio de desviación de poder; se realice sin apasionamientos y sopesando todos los intereses en juego; y respeten el principio de igualdad evitando otorgar preferencias o desfavores no autorizados por el legislador.

La imparcialidad constituye el fundamento de una serie de técnicas orientadas a garantizar su vigencia, entre ellas: la instauración de un sistema burocrático que se constituye con criterios de selección objetivos basados en la igualdad de oportunidades, mérito y capacidad (art. 19 N° 16° inciso 3° y N° 17° CPR y artículo 44 LOCBGAE). En el mismo sentido se orienta el procedimiento administrativo que constituye un *iter* formalizado necesario a seguir para producir decisiones válidas. Finalmente, a garantizar este principio también se orientan las inhabilidades establecidas en el artículo 54 LOCBGAE que no sólo previenen de incurrir en nepotismo sino intentan evitar que se configuren circunstancias que contravengan este principio. En igual sentido operan las incompatibilidades (art. 56 LOCBGAE), las causales de abstención reguladas en el artículo 12 LBPA y la tipificación de actuaciones que afectan la imparcialidad de autoridades y funcionarios como contravinentes del principio de probidad y generadoras de responsabilidad administrativa y las correspondientes eventuales sanciones.

9. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

El principio de razonabilidad constituye el correlato natural del principio de igualdad ante la ley y expresa la inadmisibilidad, en el marco de nuestro Ordenamiento jurídico, de la arbitrariedad pro venga de quien provenga y en especial si ella procede de algún poder público como es la Administración, pues la arbitrariedad supone el quebrantamiento del Derecho y éste es básico para aquélla.

Según la Real Academia lo razonable alude a aquello que tiene la cualidad de ser “arreglado, justo, conforme a razón”, o también lo “racional”. Por eso es que este principio ligado al de igualdad



permite admitir el establecimiento de diferencias pero éstas sólo serán admisibles dependiendo de su “razonabilidad” y configuración legítima, lo que los aleja de la arbitrariedad.

La razonabilidad de la Administración igualmente constituye exigencia del interés general dando cumplimiento de lo que dispone el artículo 53 LOCBAE que ordena “el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar una gestión eficiente y eficaz”. Procurar la idoneidad de los medios empleados supone el uso de una racionalidad compleja siempre presidida por los valores que el Ordenamiento establece en cada caso. De tal modo, el principio de razonabilidad informa la actuación de la Administración contribuyendo al correcto uso de las facultades públicas y evitar la desviación de poder, preservando el valor justicia y que los derechos fundamentales prevalezcan.

El profesor PANTOJA ha destacado que sobre la base de lo prescrito por la CPR, al regular el recurso de protección, la “tesis judicial es consistente en la idea central de que advertimos en el plano de la teoría jurídica pública, de encontrarnos ante un nuevo principio incorporado al Derecho administrativo chileno por la jurisprudencia judicial: el principio de la razonabilidad en la actuación de las autoridades administrativas”.²⁹

El Ordenamiento contiene diversos instrumentos para cautelar la vigencia de este principio. Desde la Carta constitucional se instituye una acción especial cautelar contra la arbitrariedad: el Recurso de Protección, que protege en el artículo 20 CPR, entre otras, la garantía contenida en el artículo 19 N° 2° CPR y ordena que el Tribunal en su caso deberá ordenar todas las medidas tendientes a restablecer el Derecho. Complementariamente, el artículo 19 N° 22° CPR estatuye una reserva legal, obligando a que en materia económica sea el legislador el único habilitado para establecer “discriminaciones o determinados beneficios directos o indirectos a favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras”.

Finalmente, a asegurar la racionalidad de las determinaciones administrativas está orientado el establecimiento del procedimiento administrativo, en cuanto *iter* jurídicamente regulado que la Administración debe seguir para la producción de sus decisiones que cobran la forma de decretos o resoluciones. De este modo, sólo

²⁹ PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *El Derecho Administrativo. Clasicismo y modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 249.



una vez que los actos administrativos que contienen estas decisiones han sido emitidos pueden configurarse como títulos habilitadores de la actuación-ejecución administrativa (art. 50 LBPA). Por ello, la expresión de las razones de las decisiones administrativas es lo que permite el control efectivo de las mismas. No basta sólo invocar la norma atributiva de la competencia o de la potestad que se ejerce como la jurisprudencia administrativa había venido propugnando al reservar, en exclusiva, la exigencia de motivación sólo para los casos en que la ley ordenara la dictación de “decretos fundados”. El legislador básico ha quitado sustento a esta interpretación jurisprudencial, pues, al estatuir el principio de imparcialidad el artículo 11 LBPA exige que “los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”. Esta medida se complementa con la previsión general del artículo 42, inciso 4º LBPA en virtud de la cual se dispone que las resoluciones finales, es decir, aquellas que ponen fin al procedimiento administrativo deberán contener, entre otras prescripciones, “la decisión, que será fundada”, prescripción que sólo se cumple, evidentemente, con la expresión de los antecedentes de hecho y las razones jurídicas que tuvo en consideración la Administración para adoptar tal decisión.

10. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad está vinculado intrínsecamente al principio de razonabilidad que se ha explicado en el párrafo precedente. Su ámbito de aplicación es extenso; sin embargo, su funcionalidad destaca especialmente en el control de las actuaciones administrativas de naturaleza interventora y sancionadora.

El Diccionario de la Real Academia (1992) define proporcionalidad, palabra derivada del latín *proportionalitas*, como “conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí”, lo que nos permite relacionar la noción con la idea de adecuación, concordancia, equilibrio y justeza. Así, el principio de proporcionalidad alude a la adecuación cuantitativa entre la satisfacción de la finalidad pública perseguida y el contenido y el alcance de la decisión administrativa adoptada para tal efecto. La adecuación se logra a través de una idónea ponderación de los medios a emplear,



lo que permite que la intervención administrativa se componga por todo y además, por solo lo que sea necesario y suficiente para la satisfacción del interés general que en cada caso la Administración debe servir. De este modo, la proporcionalidad se complementa con el principio *favor libertatis* que promueve la adopción, entre todas las medidas posibles, de aquella que resulte ser menos restrictiva a la libertad de los particulares afectados.

El principio de proporcionalidad se conecta directamente con el principio de respeto a la libertad individual, libertad que no es ilimitada como ya se ha mencionado sino que es modulada y configurada por el Ordenamiento jurídico. Pero, como dice el Tribunal Constitucional en la Sentencia Rol N° 146 de 21 de abril de 1992, “sujetar una actividad a una regulación significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse, pero en caso alguno puede ser que bajo el pretexto de regular se llegue a impedir el ejercicio de una actividad” (considerando 9). En tal virtud, las intervenciones administrativas que se realicen en ejecución de la regulación de la actividad deben guardar la adecuación a los fines y deben ser las estrictamente necesarias.

El principio de proporcionalidad se complementa con el comando de eficacia de las decisiones administrativas por lo que éstas deberán contener todo lo que sea necesario para lograr su fin pero al mismo tiempo deben contener sólo lo suficiente para obtener este objetivo o la satisfacción del interés público que en cada caso persigue.

II. LOS PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA

A. *El significado de los términos publicidad y transparencia*

Estos principios han sido constitucionalizados en el nuevo artículo 8° CPR³⁰ introducido por las reformas constitucionales de 2005, destacando

³⁰ El citado precepto establece: “Artículo 8°. El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.”



su ubicación en el Capítulo I de las Bases de la Institucionalidad. La citada disposición, liga la publicidad de las actuaciones públicas con el principio de probidad y hace de la transparencia un principio general para todos los órganos del Estado que sólo puede exceptuarse por el legislador mediante una Ley de Quórum Calificado fundada en causales tasadas por el propio texto constitucional, relativas a la afectación del debido cumplimiento de las funciones públicas, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Para determinar qué se debe entender por publicidad y transparencia podemos acudir al Diccionario de la Real Academia (1992), que nos señala que “publicidad” indica “cualidad o estado de público” y “público” es lo “notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos”, por lo que principalmente este principio cobra sentido en relación con la información objetivamente hablando. La publicidad, consiguientemente, se predica de la información pública y el grado de su realización no se debe medir exclusivamente por la voluntad o disposición a la entrega de la misma una vez que ha sido solicitada sino porque ésta tenga el estado de público, lo que involucra que esté a disposición de cualquier persona a medida de que se vaya generando. Facilitar la publicidad tiene un efecto positivo inmediato de desburocratizar y de allanar al ciudadano el ejercicio de su derecho a la información pública.

Respecto del término transparencia, es útil remitirse a lo consignado por el inciso 2º del artículo 13 LOCBCAE, el cual define la transparencia como cualidad del ejercicio de la función pública, señalando que ésta conlleva ejercer dicha función de modo que se “permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones adoptadas”.³¹ Por lo que si la publicidad se refiere especialmente a la cualidad pública de la información la transparencia se predica sobre los procedimientos, conductas y fundamentos que hacen posible la accesibilidad a la información, tornándola comprensible, escrutable y controlable por terceros.

B. *Los Fundamentos y Objetivos de la Publicidad y Transparencia*

Desde los inicios de su formación histórica, la Administración siempre ha sido depositaria de información valiosa para el sostenimiento

³¹ Para la Real Academia, “transparencia” es la “cualidad de transparente” y “transparente” es aquello “claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad”.



del Estado. En gran parte, la información es provista por los propios ciudadanos en cumplimiento de deberes que expresan la aplicación de técnicas de ordenación o de policía. En otras ocasiones, la información es generada por la propia Administración autónomamente o con colaboración de terceros (*v. gr.* estudios, informes, estadísticas, etc.). Ahora bien, lo importante es asegurar que la información obtenida o generada por la Administración con recursos públicos en un Estado de Derecho, Democrático y Servicial como el fundado por la Constitución Política de la República, sea utilizada para el adecuado diseño de políticas públicas o el cumplimiento oportuno y eficiente del control que la Administración debe ejercer sobre ciertas actividades o sujetos.

En relación con esta problemática de amplios ribetes hay un aspecto que marca la situación actual, esto es, la sociedad de la información en que vivimos. En relación con esta nueva realidad no se puede obviar que ella determina que el volumen de la información en manos de la Administración sea colosal, por lo que el derecho a acceder a la misma cobra especial relevancia. Igualmente, las nuevas tecnologías de las telecomunicaciones pueden proporcionar los instrumentos que sirvan para solventar las crecientes demandas de información a las que debe responder la Administración.

Sistematizando los fundamentos que tienen los principios de publicidad y transparencia, podemos señalar que ellos se afirman en:

a) *La promoción del sistema democrático.* De partida el sistema democrático fundado en la igualdad y el principio representativo instituye a los gobernantes como servidores temporales depositarios de un poder público que no es ilimitado sino finalizado. Arrumbada la antigua concepción de la persona como súbdito y transformado éste en un ciudadano pleno cuyos derechos el Estado no sólo debe respetar sino coadyuvar a que se hagan efectivos, se espera que el poder no tenga secretos frente a ellos que son los que en última instancia le han delegado el poder. La transparencia y el suministro de información constituyen piezas básicas de la búsqueda de una nueva legitimidad racionalizada, de un nuevo consenso por convicción. El acceso a la información debe garantizarse aunque duela, pues ello facilita la prevención y el control (*accountability*) de la conducta de los integrantes de los órganos y entes públicos. También y más importante aún, permite ingresar al círculo virtuoso



LAS MODALIDADES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN...

que genera la transparencia, cuyos efectos son directamente proporcionales a la "incomodidad" de las autoridades que se pretende examinar.³²

b) *Respeto a los Derechos Humanos*. La Constitución Política de la República se diseña desde una óptica garantista de los derechos ciudadanos afectando el poder del Estado a la consecución del interés general. En tal sentido, cobran vital importancia la publicidad y transparencia, pues ellas son presupuestos para el ejercicio y defensa de otros derechos fundamentales.

c) *Estabilidad de los mercados económicos y justicia socio-económica*. El sistema económico vigente definido como una economía social de mercado busca en primer lugar la eficiencia de los mercados y corregir sus imperfecciones. En la procura de estos objetivos la transparencia es la cualidad que permite conocer, comparar y tomar decisiones consecuentes a los agentes económicos, lo que hace más eficientes tanto la oferta como la demanda. Igualmente, ellas permiten que los ciudadanos conozcan los objetivos del Estado, los fundamentos de sus acciones y los costos sociales que ello implica, propiciando un tratamiento más justo y armónico en beneficio de quienes menos poder tienen. Todo lo cual coadyuva a construir una sociedad más cohesionada.

d) *La profesionalización de la Administración*. La Constitución Política en su artículo 38, inciso 1º tiene una clara opción por constituir una Administración Pública profesional que actúe sobre la base de criterios técnicos, lo cual supone que las decisiones que adopten las autoridades además de otras valoraciones que el Ordenamiento condicione deberán ser técnicamente correctas y examinables objetivamente con arreglo a las reglas propias de la técnica, ciencia o arte que se les aplique.

Por su parte, los objetivos que persiguen los principios de publicidad y transparencia están orientados principalmente a terminar con el secretismo tradicional; favorecer el control sobre las autoridades

³² Vid. FERREIRO, A., *Razones para promover la Transparencia Pública y Privada*, presentación power point en el Seminario Internacional sobre Acceso a la Información, Santiago, 3 y 4 de octubre de 2005, en www.proacceso.cl (consulta 24 de octubre de 2005).



y los órganos estatales³³ y favorecer la participación ciudadana y mejorar la gestión pública.³⁴

12. LOS PRINCIPIOS DE EFICACIA Y EFICIENCIA³⁵

Los principios de eficacia y eficiencia administrativas se estatuyen por el legislador orgánico en los artículos 3º, inciso 2º³⁶ y 5º, inciso 1º³⁷ LOCBAE. Cabe enfatizar que ambos se encuentran vinculados en una relación de interdependencia con otros principios de la actuación administrativa, esto quiere decir que el cumplimiento de unos es necesario para la materialización de los otros. Entre estos principios relacionados podemos destacar los de coordinación, control y probidad.

A. El significado de los conceptos de eficacia y eficiencia administrativas

En el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (1992), se define:

- *eficacia* como “virtud, actividad, fuerza y poder para obrar”; y
- *eficiencia* como “virtud y facultad para lograr un efecto determinado”.

³³ La transparencia a lo que apunta es reforzar este primer nivel de control ciudadano, que es el menos costoso y más efectivo. Un sistema de transparencia efectivo reduce los costos de control burocrático, siendo éste asistido por los particulares a través del control social. Un sistema diáfano evita que se desvíen los fondos del objetivo para el cual fueron asignados, neutralizando los riesgos de corrupción; riesgos que la experiencia comparada indica que se acrecientan a medida que el sistema tenga grietas que faciliten espacios de opacidad que no puedan ser escrutados por los ciudadanos.

³⁴ La participación permite lograr mejores decisiones y también que sean menos resistidas por los propios afectados, llenando el vacío que existe entre la decisión y la ejecución, por lo que mientras de mejor calidad sea la participación, las contribuciones que reciba la Administración serán igualmente superiores, lográndose un claro efecto de mejora en la gestión pública.

³⁵ Sobre ambos principios nos hemos pronunciado en anterior oportunidad en CAMACHO CÉPEDA, G., “Los Principios de Eficacia y Eficiencia Administrativa” en la obra colectiva *La Administración del Estado en Chile: decenio 1990-2000*, Editorial ConoSur, Santiago, 2000.

³⁶ Este inciso dispone: “La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, ...”.

³⁷ Dicho precepto establece: “Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública”.



De este modo se reconoce a la *eficacia* como fuerza y poder para obrar encontrándose vinculada con la *efectividad*, término que entre nosotros es “lograr los resultados apetecidos o esperados”.³⁸ Consiguientemente, la palabra *eficacia* sugiere la obtención intencionada, en tanto deliberada y conscientemente orientada a un fin de un resultado o efecto determinado por parte de un agente con poder y fuerza para obrar. Mientras que la eficiencia alude a la idoneidad de la actividad dirigida a producir tal fin constituyendo por demás términos estrechamente interrelacionados.

Para la economía, como ciencia de la escasez, el término de mayor relevancia es la eficiencia ya que ella atiende a la consecución del máximo nivel de satisfacción posible a alcanzar con los recursos disponibles en el sistema económico. Mientras que para las ciencias de la administración, dado que la Administración pública constituye como toda organización una unidad social –intencionalmente construida para lograr objetivos específicos con la particularidad que ellos en su caso están dados por el propio Ordenamiento jurídico–, se le atribuirá los valores de eficacia y eficiencia organizacionales en la medida en que las metas propuestas se logren con mejores medios, a menor costo y menor esfuerzo.

Si bien para las ciencias de la administración ambos principios se relacionan con la noción de productividad ligada al principio de oportunidad de la actuación administrativa (tradicionalmente formulado en contraposición del principio de legalidad). Esta contraposición no tiene sustento por cuanto el legislador orgánico los ha formulado estatuyendo una colaboración entre ellos. De este modo, el control jerárquico deberá fiscalizar la oportunidad de las actuaciones controlando tanto la eficacia y eficiencia como la legalidad (art. 11 LOCBCAE). Asimismo, la oportunidad se liga a la “*la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales*”, la que debe producirse dentro del marco o mejor sin menoscabo del Ordenamiento Jurídico (art. 53 LOCBCAE). Finalmente, la oportunidad se relaciona por el legislador orgánico con las actuaciones, mientras que la eficacia y eficiencia se predicán de los fines y objetivos. De lo que se colige que los tres elementos son condiciones, entre otras enunciadas por el artículo 53 LOCBCAE, que se derivan de la búsqueda y preeminencia del interés general.

³⁸ Vid. Efectividad en Diccionario Ejemplificado de Chilenismos de la Academia Superior de Ciencias Pedagógicas de Valparaíso, 1985.



B. *Ámbito y contenido de la eficacia y eficiencia administrativas*

En la LOCBGAE, los principios de eficacia y eficiencia administrativas se estatuyen por el legislador orgánico como deberes de doble concreción: primero, como deber jurídico de la Administración en cuanto organización sustantivada (art. 3º, inciso 2º); y segundo, en cuanto deber de las autoridades y funcionarios (art. 5º, inciso 1º).

Tal como se encuentran formulados los principios de eficacia y eficiencia administrativas en los preceptos de la LOCBGAE no cabe duda que se refieren a toda la actuación de la Administración del Estado, operando en los siguientes ámbitos: a) El propio de cada actuación administrativa concreta, determinada por un fin específico orientado a la procura del bien común; b) El referido a la actividad de una organización o ente administrativo (aludiendo tanto a las entidades personificadas como a los órganos administrativos que la integran); y c) El ámbito constituido por la actuación global de cada una de las Administraciones públicas integradas también en subsistemas administrativos (nacional, regional y municipal) sin que ello menoscabe la unidad del Estado, según lo preceptúa la Carta Política.

Ahora bien, si la eficacia y eficiencia administrativas operan en cada uno de estos ámbitos habrá de tenerse en cuenta la posibilidad que en su concreción puedan suscitarse diferencias o contradicciones, según el ámbito de aplicación en el que nos movemos, emanadas de las exigencias que simultáneamente derivan de los mismos principios para cada uno de los niveles aludidos. De ello se deriva que estos principios no son unívocos a consecuencia de la amplitud y la falta de homogeneidad de su ámbito de aplicación.



