

CAPITULO PRIMERO

LA EVOLUCION DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO DE CHILE

SUMARIO: 1. La raíz cultural de la Administración del Estado de Chile. 2. La organización de la Administración del Estado de Chile en la Constitución Política de 1833. 2. A. El entorno político. 2. B. La visión administrativa. 2. C. La organización de la Administración del Estado en la Constitución de 1833. 2. C. a) El Estado. 2. C. b) Las municipalidades. 2. C. c) Los establecimientos públicos. 3. El Código Civil sistematizó la organización administrativa contenida en la Constitución Política de 1833. 4. El factor administrativo de cambio: de la administración por cargos públicos a la administración por servicios públicos, fiscales, dependientes o de administración central. 5. La mayoría de los servicios fiscales nació en Chile por decreto supremo, no por ley. 6. El factor social de cambio: de la administración por servicios públicos fiscales a la administración, además, por instituciones semifiscales y fiscales, llamadas también autónomas (1920-1937). 6. A. El entorno político. 6. B. La visión administrativa. 6. C. La Ley Orgánica de Ministerios, DFL N° 7.912, de 1927. 6. D. Los logros administrativos de la etapa social de cambio. 6. E. Las instituciones semifiscales. 6. F. La Ley N° 7.200, de 18 de julio de 1942, distinguió las instituciones semifiscales de las instituciones fiscales. Criterio de distinción. 7. El factor socioeconómico de cambio: de la administración por servicios públicos centralizados y descentralizados, a la administración, además, por empresas fiscales, estatales, autónomas o del Estado, y organizaciones sometidas al derecho común (1938-1970). 7. A. El entorno político. 7. B. La visión administrativa. 8. La evolución de la Administración del Estado de Chile, reflejo del consenso societario.

I. LA RAÍZ CULTURAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO DE CHILE. La Administración Pública o Administración del Estado, términos sinónimos para la Constitución Política de la República,¹ es una de las grandes actividades del Estado inserta dentro del

¹Véase Pantoja Bauzá, Rolando, *El Derecho Administrativo, concepto, características, sistematización, prospección*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, págs. 57 y sgts.

tradicionalmente llamado poder ejecutivo, ese complejo orgánico que la Constitución Política de 1980 en su capítulo cuarto denomina Gobierno.

En este carácter, su organización no puede considerarse como una cuestión de diseño estructural susceptible de analizarse sólo como una pieza de dibujo político o intelectual. Para cumplir el rol social que le asigna la Carta Fundamental, la Administración ha debido adoptar una morfología adecuada a las ideas matrices de cada tiempo histórico y a las exigencias que le imponga el cumplimiento de los deberes que en cada etapa se le reconozcan frente al grupo social.

Siendo la Administración Pública la parte actuante del Estado, la forma que asuma para cumplir sus finalidades, la estructura que adopte para alcanzar los fines que le compete cumplir y el como adecua a esos objetivos las partes que la constituyen, esto es cómo se articula en categorías y tipos organizacionales, será, en verdad, una resultante de la filosofía-visión que de sí mismo tenga el Estado respecto de su rol en la sociedad y de la misión que ha de cumplir en ella, como protagonista social que es de la obra societal, depositario del poder público.

La Administración del Estado no es, entonces, un producto cultural autónomo ni autóctono que se autoabastezca a sí mismo; nació dentro del Estado de Chile y creció alimentándose de las nutrientes que maduraron en todo el mundo occidental, en un proceso de democracia juridizada en creciente perfeccionamiento, que tuvo amplificados ecos en el país.

Por eso, por depender de factores políticos, sociales y económicos, la Administración Pública no pudo menos que ser hasta cierto punto de vista y en determinados aspectos tributaria de los organismos coloniales que antecedieron a la República, pero especialmente desde 1810 en adelante, por citar una fecha histórica que habla elocuentemente a la memoria ciudadana, lo fue del ideario republicano-democrático que ondeó en las banderas de la Patria Vieja y que es el que hasta el día de hoy le ha fijado su impronta, con los cambios que le ha incorporado el transcurso del tiempo y el paso de cada edad.

De aquí que para estudiar la estructura de la Administración no sea necesario remontarse a la administración polisinódica de los Austria, luego remozada por el despotismo ilustrado de los Borbones, que innovó en ella al incorporar las autorida-

des unipersonales al ámbito administrativo, sino comenzar su análisis más bien desde la época republicana.

En realidad, desde el momento que el país incorporó a sus cartas constitucionales la filosofía liberal, característica de la Ilustración, exaltada por la gesta de los Estados Unidos y de Francia en 1776 y 1789, respectivamente, se transformó el fundamento, la organicidad y la funcionalidad de las instituciones monárquicas para acoger los del sistema de gobierno republicano y la separación de los poderes del Estado, con la consiguiente división e independencia de las funciones públicas, radicadas en órganos estatales diferenciados y dotado, cada uno de ellos, de potestades públicas concretadas en actos legislativos, administrativos y judiciales, los cuales estuvieron sometidos, a su vez, a regímenes jurídicos propios de cada categoría de actos.

De este modo, el entorno y contenido de la Administración Pública republicana alteró los ejes maestros de la administración colonial, transformándola en otro tipo de administración. Sus postulados de igualdad ante el derecho y de sujeción de la autoridad a la ley inyectaron al ser y al actuar administrativos nuevos sentidos que desdibujaron los puntos de referencia que la orientaban en el pasado, dejando reducidas las estructuras monárquicas a simples lineamientos externos, a un esquema organizacional que aunque mantuviera su estructura exterior, en su sentido y actuación se demostró desprovisto de contenido monárquico para emerger impregnado de la nueva sensibilidad cívica surgente en el mundo occidental, institucionalizada por el movimiento constitucional que se enraizó en el Estado moderno.

2. LA ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO DE CHILE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1833. Si bien la Administración del Estado de Chile, en su contenido, respondió al ideario independentista, su organización fue adaptándose en el tiempo a las circunstancias históricas que vivió el país.

Como se sabe, no fue fácil la recomposición de la República después de la gesta de Chacabuco.

Al Gobierno de Bernardo O'Higgins, elegido Director Supremo por los vecinos de Santiago el 17 de febrero de 1817, que culminaría con su abdicación al cargo supremo el 28 de enero de 1823, habría de advenir esa época de búsqueda

institucional que se extendió desde 1823 hasta el mes de abril de 1830, en que el país vio sucederse una tras otra a Constituciones de diferente signo: a las o'higginianas de 1818 y 1822 sucedió la moralista de 1823, reemplazada por las leyes federales de 1826, abrogadas por la Constitución liberal de 1828, texto que a su vez fue derogado en 1833, a raíz de la petición de una nueva Constitución impulsada por el Cabildo de Santiago en 1831, en una iniciativa que, compartida por el gobierno, condujo a la formación de la Gran Convención. Este cuerpo ciudadano elaboró la Constitución promulgada el 25 de mayo de 1833, y bajo sus preceptos maduró una conciencia ciudadana que cristalizó en reformas que prolongarían su vida jurídica hasta 1925, en que también fue reemplazada, ahora por el Código Político de aquel año, antecesor del actual, que es, como se sabe, de 1980 y empezó a regir el 11 de marzo de 1981.

De lo anterior fluye la conveniencia de que el estudio organizacional de la Administración del Estado de Chile se comience más bien con la Constitución de 1833. La estabilidad de que gozó esta Carta Fundamental hará que desde 1833 en adelante el país cuente con un paisaje administrativo consolidado, contra cuyo escenario se gestarán las transformaciones estructurales que darán rostro a la Administración Pública del país hasta hacerla lo que es hoy día, en una secuencia que discurre a lo largo de los años, recogiendo el sentir de la ciudadanía ante la vivencia societaria y adaptándose a ella en el ámbito de lo social y lo económico.

2. A. EL ENTORNO POLÍTICO. En la Constitución de 1833, la Administración Pública se estructuró sobre la base de las ideas que dominaron su dictación y que llevaron a considerarla como un texto conservador y autoritario.

Estas ideas no fueron misterio para su época. Fueron expuestas con abierta franqueza por el Presidente Prieto al presentar la nueva Carta. Los constituyentes, dijo en el manifiesto que precedió a la Constitución, “despreciando teorías tan alucinadoras como impracticables, sólo han fijado su atención en los medios de asegurar para siempre el orden i la tranquilidad pública contra los riesgos de vaivenes de partidos a que han estado espuestos. La reforma no es más que el modo de poner fin a las revoluciones i disturbios a que daba origen el desarre-

glo del sistema político en que nos colocó el triunfo de la independencia. Es el medio de hacer efectiva la libertad nacional, que jamás podríamos obtener en su estado verdadero mientras no estuviesen deslindadas con exactitud las facultades del gobierno i se hubiesen opuesto diques a la licencia”.²

En los mismos términos se había referido a este tema el Presidente Prieto el 20 de octubre de 1831, al inaugurar las sesiones de la Gran Convención, que estudió el nuevo texto fundamental. “Recordad en todo momento –expresó en aquella oportunidad– que sois legisladores y que el fin de las leyes es la ventura de los hombres y de los pueblos, i no la ostentación de los principios.”

En este contexto de orden, la Constitución no pudo menos que asignar un papel relevante al Presidente de la República, autoridad a cargo del orden público en el interior y la seguridad exterior del país, y a quien su artículo 59 reconocía el carácter de “Jefe Supremo de la nación”.

Se le estableció como un “monarca constitucional”, dirá Feliú Cruz: instituyóse, en la Carta de 1833, un “ejecutivo todopoderoso”.³ Fue una “verdadera actualización del autoritarismo de los mandatarios borbónicos del despotismo ilustrado”, agregará Julio Heise.⁴

Los constituyentes de 1833, consignará Alberto Edwards, “no disfrazaron su pensamiento”; “toda su obra gira alrededor de la autoridad presidencial”. “Comprendieron que los males inseparables de toda dictadura, y aun de todo poder demasiado vigoroso, serían reducidos a su minimum, si legitimaban constitucionalmente esa forma –cesárea– de gobierno, la única entonces practicable. El Presidente no iba a ejercer el poder absoluto en virtud de una usurpación y de un abuso, sino por ministerio de la ley. Su autoridad sería más sólida y más respetable. Los elementos de desorden no se encontrarían delante de un revolucionario como ellos, que por obra de su audacia y

² Galdames, Luis, *Evolución constitucional de Chile*, tomo I, 1810-1833, págs. 957 y 958.

³ Feliú Cruz, Guillermo, *Durante la República. Perfiles de la evolución política, social y constitucional*, en: “La Constitución de 1925 y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales”, Editorial Jurídica de Chile, 1951, pág. 112.

⁴ Heise González, Julio, *150 años de evolución institucional*, 4ª edición, Editorial Andrés Bello, 1979, pág. 55.

sin más derecho aparente que su capricho usurpa la soberanía del pueblo y pisotea las leyes fundamentales. El poder absoluto que ejercieran antes los Presidentes coloniales en nombre del soberano legítimo que era el rey de España, lo ejercerían ahora los Presidentes de la República, delegatarios también, en teoría, del nuevo soberano que era el pueblo. Nada iba a cambiar, Chile seguiría gobernándose en la forma a que estaba acostumbrado”.⁵

2. B. LA VISIÓN ADMINISTRATIVA. El ideario de orden que inspiró a los constituyentes de 1833 modeló un mundo administrativo estructurado en torno al poder central radicado en el Presidente de la República.

“La administración debe ser centralizada”, confirmará don Santiago Prado en su obra de 1859, al exponer los “Principios de la organización administrativa”, porque “la suerte de la libertad, así política como civil, está ligada al predominio de un régimen administrativo que ensalce el bien común disminuyendo i ordenando los intereses locales. Ninguna parcial resistencia debe entorpecer la acción administrativa central, cuando fiel intérprete de las necesidades i deseos de la nación, la encamina hacia su prosperidad. Una sola voluntad i una sola fuerza constituyen el todo político a que llamamos Estado”.

“La centralización administrativa es la concentración en el poder ejecutivo de cuantas fuerzas son necesarias para dirigir los intereses comunes de una manera uniforme. La centralización es la unidad en la nación i en el poder, o la unidad en el territorio, en la legislación i en el gobierno. Centralizar es someter todas las personas i todos los intereses a la lei de la igualdad, i distribuir equitativamente los beneficios i las cargas anexas a la cualidad de ciudadano. Es al mismo tiempo establecer una regla de orden, imprimiendo a las fuerzas sociales una dirección única i robusteciendo el poder que vela por la paz interior i por la independencia nacional”.

“La centralización es un sistema de reacción contra el sistema de incoherencia antiguo, pues el período histórico donde se advierte una descentralización mayor es la época del

⁵ Edwards Vives, Alberto, *Organización política de Chile*, 3ª edición, Editorial del Pacífico S.A., 1972, págs. 128 y 129.

régimen feudal, cuando los señores, los prelados i las corporaciones ejercían el derecho de acuñar moneda i administrar justicia en sus respectivos territorios. Es también una reacción contra el régimen no menos enérgico de la independencia municipal, cuando cada ciudad i aun cada villa tenía un fuero particular i constituía un pequeño Estado con sus privilegios i sus majistrados cada uno, sin vínculos que los ligaran entre sí y sin subordinación a un poder común. Entonces no había espíritu nacional ni existencia colectiva; sólo se reconocían grupos de intereses diverjentes o concentrados i sentimientos de un egoísmo local, incapaces de elevarse hasta la idea jenerosa de un bien público.”⁶

El sistema centralizado de organización administrativa es prototípicamente de origen francés. “Surgió con la destrucción del feudalismo y el establecimiento de la monarquía absoluta, que concentró en manos del Estado –el príncipe– las más importantes y numerosas funciones públicas. Los principios individualistas y de exaltación de la ley, expresión de la voluntad general, de la Revolución Francesa, favorecieron el desenvolvimiento del sistema. Posteriormente, Napoleón modeló en Francia, según este sistema, la forma de las instituciones locales del país, pues estimaba que los principios sociales de la Revolución no podían afianzarse sin un sistema de administración y gobierno en que el impulso para la acción partiese del centro y cuya marcha fuese vigilada por los que simpatizaban con el nuevo orden de cosas.”⁷

Sus raíces se encuentran en la monarquía absoluta, bajo Luis XIV, con la ordenación que Richelieu dio a la administración francesa.

Como señala Tocqueville, es posible que al observar la administración del reino de Francia se llegara a pensar que no era más que una maraña de poderes y una diversidad de autoridades, pues existía toda suerte de cuerpos administrativos, funcionarios aislados, magistrados que gobernaban las ciudades con diferentes nombres: alcaldes, cónsules, síndicos; fun-

⁶ Prado, Santiago, *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno*, publicado anónimo, Imprenta Nacional, 1859, págs. 14 y 15.

⁷ Varas Contreras, Guillermo, *Derecho Administrativo*, Editorial Nascimento, 1948, pág. 73.

cionarios elegidos por sus conciudadanos, otros designados por el señor del lugar o incluso por el rey, pero todo este anárquico panorama, agrega, fue decantándose en un esquema administrativo centralizado, modelado bajo el sistema richelieano de los intendentes.

En el centro del reino funcionaba el Consejo del Rey, “cuerpo administrativo de singular poderío”, en el cual, aunque con carácter asesor, se concentraban todos los poderes del monarca, fuesen gubernativos, legislativos, judiciales o administrativos. Junto al monarca se hallaba el inspector general, funcionario encargado de todos los asuntos interiores del reino. “Si abrimos un anuario del antiguo régimen encontraremos que cada provincia tenía su ministro particular; pero si estudiamos la administración en los expedientes, muy pronto advertiremos que el ministro de la provincia sólo tenía que actuar en algunas ocasiones poco importantes. La marcha ordinaria de los negocios dependía del inspector general; éste había ido asumiendo poco a poco la dirección de todos los asuntos económicos, es decir, la administración pública casi por entero. De este modo, actúa sucesivamente como ministro de Hacienda, del Interior, de Obras Públicas y de Comercio.”

A nivel territorial y mezclado entre los gobernadores de provincia, que eran grandes señores de la nobleza, y las autoridades municipales, estructuradas en la asamblea de la villa y la asamblea general, surgió la figura del intendente, “hombre de cuna ordinaria, siempre forastero en la provincia, joven, con su fortuna por hacer. Era designado por el gobierno entre los miembros inferiores del Consejo de Estado y era siempre revocable. Separado de este cuerpo, lo representaba en la provincia, razón por la cual en el lenguaje administrativo de la época se le llamaba comisario destacado. En sus manos se acumulaban casi todos los poderes que poseía el mismo Consejo y los ejercía todos en primera instancia. Igual que dicho Consejo, era al mismo tiempo administrador y juez. Era el agente único en la provincia de todas las decisiones del gobierno”.

El intendente designaba y removía al subdelegado, funcionario que era la réplica del intendente en el ámbito de su circunscripción.

La monarquía, por consiguiente, dentro de su filosofía política, había alcanzado un determinado grado de organización estatal en la creación de una línea de gobierno, que le permi-

tía actuar eficientemente en el campo de la información y de la tributación, aunque en un esquema confuso de autoridades de diversa índole.

Cuenta Tocqueville que un conocido hombre público confesaba que “nunca hubiera creído lo que he visto siendo inspector de Hacienda. Sabed que este reino de Francia está gobernado por treinta intendentes. Aquí no encontraréis ni parlamento, ni estados, ni gobernadores, es de treinta letrados del Consejo de Estado, comisionados en provincias, de quienes depende la desgracia o felicidad de estas provincias, su abundancia o su esterilidad”.

Los hombres de la revolución, concluye diciendo Tocqueville, terminaron con los intendentes y subdelegados, y con las antiguas provincias de Francia, “dividiendo metódicamente el reino en ochenta y tres partes distintas, como si se hubiera tratado del suelo virgen del Nuevo Mundo”,⁸ pero perfeccionaron el modelo de administración centralizada.

En Chile, la Ley de Régimen Interior de 1844 complementó la Constitución Política de 1833, viabilizando en todo el territorio nacional el sistema centralizador en ella contenido. Fue, como se dijo en su tiempo, “la gran cañería del autoritarismo y de la disciplina administrativa extendida desde el Ministerio del Interior hasta los más remotos rincones del país”, pasando naturalmente por las municipalidades, que “dependían exclusivamente de los agentes del ejecutivo”.⁹

De este modo, el autoritarismo presidencial trajo consigo y se expresó administrativamente en un sistema de centralización administrativa, caracterizado por articularse en una línea jerárquica que recorría verticalmente toda la estructura administrativa y dentro de la cual se ordenaban las diversas oficinas y reparticiones que constituían lo administrativo en el Chile del siglo pasado.

2. C. LA ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1833. Apoyada en la columna vertebral de la

⁸ Tocqueville, Alexis de, *El antiguo régimen y la revolución*, Ediciones Guadarrama S.A., Madrid, 1969; págs. 64 a 68, 77-78, 112.

⁹ Amunátegui Rivera, José D., *Tratado Jeneral de Derecho Administrativo*, Litografía y Encuadernación Barcelona, 1907, págs. 81 y 82.

centralización administrativa, la Constitución de 1833 concibió un mundo organizacional administrativo integrado por tres tipos de grandes estructuras administrativas: el Estado, las municipalidades y los establecimientos públicos.

El Estado, persona jurídica mayor, personificaba a la nación. Su representante era el Presidente de la República, según lo prescrito por sus artículos 59 y 81.

Las municipalidades eran personas jurídicas menores de carácter territorial, subordinadas a los gobernadores y subdelegados, conforme a los artículos 122 y 123.

Los establecimientos públicos, a que se referían los artículos 82, N° 1, y 128, N° 4, eran corporaciones o fundaciones subvencionadas por el Estado fisco o por las municipalidades.

2. C. A) EL ESTADO. La persona jurídica Estado se estructuraba en forma de una pirámide jerárquica. Su vértice lo ocupaba el Presidente de la República, “Jefe Supremo de la nación”, quien se encontraba auxiliado en sus labores de gobierno y administración por aquellos grandes personeros públicos que eran los Ministros de Estado.

Artículo 59. Un ciudadano con el título de Presidente de la República administra el Estado, i es el Jefe Supremo de la nación.

Artículo 81. Al Presidente de la República está confiada la administración i gobierno del Estado; i su autoridad se estiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior i la seguridad exterior de la República, guardando i haciendo guardar la Constitución i las leyes.

Artículo 84. El número de Ministros i sus respectivos Departamentos serán determinados por la lei.

A 1833, los ministerios eran tres: Interior y Relaciones Exteriores, Hacienda, Guerra y Marina.

Estos ministerios constaban de un determinado número de reparticiones o unidades internas que la misma Constitución denominaba Departamentos, a cargo de Oficiales Mayores. Este personal dependía del ministro, al cual asesoraba. A 1833, los Departamentos eran cinco: de Interior, de Relaciones Exteriores, de Hacienda, de Guerra y Marina.

El decreto con fuerza de ley de 25 de mayo de 1837 dio una nueva organización a los ministerios, creándose el de Justicia, Culto e Instrucción Pública, al separarse estas materias del Ministerio del Interior y Relaciones Exteriores. Estos cuatro mi-

nisterios se mantuvieron hasta el año 1871, en que la ley del 2 de diciembre de ese año creó el Ministerio de Relaciones Exteriores.

A fines del siglo pasado, por ley de 21 de junio de 1887 se establecieron siete ministerios: Interior, Relaciones Exteriores y Culto, Justicia e Instrucción Pública, Hacienda, Guerra, Marina e Industria y Obras Públicas.

¿Qué atribuciones tenían los ministros?

“Ninguna lei determina las atribuciones de los Ministros –señala el profesor Amunátegui Rivera–; realmente no tienen especiales; les corresponde las del Jefe del Estado, con quien acuerdan todos los actos de gobierno i administración. ‘Todas las órdenes del Presidente de la República –dice la Constitución– deberán firmarse por el Ministro del departamento respectivo; i no podrán ser obedecidas sin este esencial requisito.’ Establece nuestra Constitución estrecha unión entre el Jefe de Estado i los Ministros; sin el acuerdo de voluntades de aquél con éstos no puede dictarse resolución alguna. Particularmente –como prescribe la ley de 21 de junio de 1887–, ‘los Ministros podrán tomar a nombre del Presidente de la República todas las providencias relativas a la ejecución de las disposiciones ya adoptadas por el Gobierno’.”

“Los Ministerios son el centro de toda la tramitación administrativa i no la tienen reglamentada, sino en ciertas materias con procedimientos variables i ceñidos a la rutina.”¹⁰

La Carta de 1833 estableció además una línea de gobierno, encuadrada jerárquicamente dentro del Ministerio del Interior, encargada del orden público y de la seguridad en el país. Estaba formada por los intendentes, gobernadores, subdelegados e inspectores, representantes del ejecutivo en las provincias, los departamentos, las subdelegaciones y las inspecciones, respectivamente.

Artículo 115. El territorio de la República se divide en provincias, las provincias en departamentos, los departamentos en subdelegaciones i las subdelegaciones en distritos.

Artículo 116. El gobierno superior de cada provincia, en todos los ramos de la administración, residirá en un Intendente, quien lo ejercerá con arreglo a las

¹⁰ Amunátegui Rivera, J. Domingo, *op. cit.*, págs. 86 y 103.

leyes i a las órdenes e instrucciones del Presidente de la República, de quien es agente natural e inmediato.

Artículo 117. El gobierno de cada departamento reside en un Gobernador subordinado al Intendente de la provincia.

Artículo 118. Los Gobernadores son nombrados por el Presidente de la República...

Artículo 120. Las subdelegaciones son rejidas por un subdelegado subordinado al Gobernador del departamento, i nombrado por él.

Artículo 121. Los distritos son rejidos por un inspector bajo las órdenes del subdelegado, que éste nombra i remueve dando cuenta al Gobernador.

La Ley General de Régimen Interior, de 10 de enero de 1844, desarrollaría estas facultades presidenciales, inspirada en el propósito, como dijo su artículo 1º, de “facilitar la acción del Poder Ejecutivo en toda su extensión” territorial.

Para ello, en su artículo 42, confió al Intendente “el gobierno superior de la provincia que se le ha confiado en todos los ramos de la administración; le corresponde en jeneral dentro de los límites de ella, velar atentamente sobre la conservación del orden público; sobre la seguridad de los individuos i de las propiedades; sobre la pronta i recta administración de justicia; sobre la legal recaudación e inversión de los impuestos i rentas públicas; sobre los establecimientos públicos de educación, de beneficencia i cualesquiera otros, sobre la policía de todo jénero, sobre la conducta administrativa de todos los funcionarios que sirvan a la causa pública en el territorio de la misma provincia; i finalmente, sobre la puntual observancia de la Constitución, de las disposiciones legales i de las que emanaren del Supremo Poder Ejecutivo, procediendo en cada uno de los particulares indicados con arreglo a las leyes, a las órdenes e instrucciones del Presidente de la República, i a los artículos siguientes en lo que en ellos se hallare especificado”.

El intendente era el responsable directo del cumplimiento de las obligaciones funcionarias por parte de los empleados del Estado, prescribía el artículo 82 de la ley: “siendo los intendentes responsables de la puntual ejecución de tales disposiciones, i debiendo privárseles de sus empleos, sin perjuicio de cualquiera otra pena que se les impusiere en caso que el Gobierno Supremo tuviere a bien mandarles formar causa, si por su culpable omisión o tolerancia dejasen de cumplimentarse a

tiempo oportuno dichas órdenes superiores” impartidas a dichos funcionarios.

El artículo 102 de la Ley de Régimen Interior señalaba las atribuciones de los gobernadores: “ejercen el gobierno interior de los departamentos en todos los ramos de la administración, i les corresponde en ellos, así como los intendentes en la provincia, la más activa vijilancia sobre la conservación del orden público i seguridad individual i de las propiedades; sobre la espedita i recta administración de justicia; sobre la pura i legal recaudación e inversión de los impuestos establecidos i de las rentas nacionales; sobre los establecimientos públicos de educación, de beneficencia i cualesquiera otros; sobre la policía de todo jénero; sobre la conducta funcionaria de todos los empleados de los departamentos; sobre la estricta observancia de la Constitución, de las leyes i de las órdenes del Presidente de la República i de los intendentes; i por último, sobre el adelantamiento i prosperidad de la parte de provincia confiada a cada uno de dichos gobernadores”.

“Uno de los objetos a que deben prestar los gobernadores la más escrupulosa atención –precisaba el artículo 119–, es la policía en todas sus ramificaciones; i en esta materia les ligan respectivamente todos los deberes que están impuestos a los intendentes, pudiendo también destituir, cuando lo hallaren necesario, a cualquiera de los empleados de policía que hayan nombrado ellos mismos, i debiendo informar a la primera autoridad de la provincia sobre los excesos o faltas porque alguno de los otros mereciere se le destituya; lo que no debe entenderse que debilita la dependencia de los gobernadores a que están sometidos así éstos como aquellos empleados.”

Mutatis mutandis, estas facultades se extendían a los subdelegados e inspectores, llevando a don José Domingo Amunátegui a recordar que se había llamado a esta Ley de Régimen Interior la gran cañería del autoritarismo.

De esta manera, una función estatal orientada a mantener el orden y garantizar la seguridad externa apareció congruentemente articulada en un sistema de centralización administrativa, sostenido por la gran columna vertebral del poder jerárquico, instrumentalizado en los elementos mando-obediencia, que permite el funcionamiento escalonado de toda la cadena funcionaria, desde su cúspide hasta su base, bajo las órdenes del Jefe de Estado.

2. C. B) LAS MUNICIPALIDADES. Junto al Estado, la Constitución de 1833 reconoció la existencia de corporaciones territoriales a cargo de la administración comunal: las municipalidades, compuestas por directivos llamados alcalde y regidores, quienes accedían a la municipalidad por votación directa.

“Las Municipalidades no constituyen un Poder Público; son corporaciones netamente administrativas que atienden intereses radicados en limitadas extensiones del territorio.” “La atención correcta de los servicios locales es su único papel.”¹¹

Dentro del estricto régimen de centralización administrativa establecido por la Carta Política, las municipalidades aparecieron concebidas como organismos dependientes del gobernador o del subdelegado, encargadas de cuidar de la policía de salubridad, comodidad, ornato y recreo de la capital de los departamentos y de las localidades en que se establecieren por decreto del Presidente de la República, oyendo al Consejo de Estado; de promover la educación, la agricultura, la industria y el comercio en esos mismos territorios, así como cuidar, dentro de esos mismos límites, de las obras públicas y de los establecimientos públicos de educación y de beneficencia.

Artículo 122. Habrá una Municipalidad en todas las capitales de departamento i en las demás poblaciones en que el Presidente de la República, oyendo a su Consejo de Estado, tuviere por conveniente establecerla.

Artículo 123. Las municipalidades se compondrán del número de alcaldes i rejidores que determine la ley con arreglo a la población del departamento o del territorio señalado a cada una.

Artículo 127. El Gobernador es el jefe superior de las municipalidades del departamento, i presidente de la que existe en la capital. El subdelegado es presidente de la Municipalidad de su respectiva subdelegación.

“La lei de 1887 introdujo en el régimen municipal la primera reforma destinada a separar las funciones locales de las jenerales. Al efecto, asignó al primer alcalde, quitándolas al Gobernador, atribuciones privativas de algunos servicios municipales, como el aseo de las poblaciones, la dirección de maderos i abastos i otras. El Gobernador o el subdelegado, continuó siendo presidente de la Municipalidad respectiva, según el pre-

¹¹ Amunátegui Rivera, J. Domingo, *vid. op. cit.*, págs. 210 y 197.

cepto constitucional, pero la lei le despojó del voto. Se conservó el servicio de policía de seguridad bajo sus órdenes.”

El Congreso elegido a fines de 1891 aprobó la ley de 22 de diciembre de ese año, que entró a regir en 1894. Mediante ella se buscó “fundar la autonomía municipal y procurar la libertad en las elecciones radicando en las Municipalidades como de origen independiente del Ejecutivo, el poder electoral”, de manera que desde esa fecha “los municipales son elejidos en votación popular i directa, en las mismas fechas en que se verifica la elección de diputados. Duran tres años en el ejercicio del cargo”. De entre los municipales, tres eran alcaldes. “La denominacion de alcalde viene del árabe. Los moros, durante su dominación en España, crearon el cargo de *al-kadic*, individuo encargado de administrar justicia, facultad que han ejercido también los alcaldes en España i en algunos países de América. La designación de los tres alcaldes i la fijación de su orden de precedencia son los primeros actos que ejecuta la Municipalidad inmediatamente después de constituida”.

“Las Municipalidades tienen tesorero, secretario i los empleados necesarios para la atención de los servicios que les están encomendados. Ellas fijan sus sueldos i detallan sus obligaciones.”¹²

2. C. c) LOS ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS. Junto al Estado y a las municipalidades, la Constitución de 1833 creó los establecimientos públicos.

Se refiere a estos establecimientos a propósito de la facultad inspectiva que reconoció sobre ellos al Presidente de la República, a nivel nacional, y al ponerlos bajo el cuidado de las municipalidades, en las diversas localidades del país.

Artículo 82. Son atribuciones especiales del Presidente:

Nº 21. Todos los objetos de policía y todos los establecimientos públicos, están bajo la suprema inspección del Presidente de la República, conforme a las particulares ordenanzas que los rijan.

Artículo 128. Corresponde a las municipalidades en su territorio:

Nº 4. Cuidar de los hospitales, hospicios, casas de espósitos, cárceles, casas de corrección i demás establecimientos de beneficencia, bajo las reglas que se prescriban.

¹² Amunátegui Rivera, J. Domingo, *vid. op. cit.*, págs. 202 a 205 y 209.

El señor Santiago Prado, en sus *Principios Elementales de Derecho Administrativo chileno*, cuenta que estos establecimientos públicos estaban destinados a auxiliar a las personas necesitadas de la ayuda pública y consistían en hospitales y hospicios, casas de maternidad y casas de huérfanos, todos ellos sostenidos por el Estado. Generalmente eran atendidos por órdenes religiosas.

“La beneficencia pública –dice– tiene por objeto aliviar los padecimientos de las clases indijentes a nombre i con recursos del Estado. Llámense establecimientos de beneficencia aquellos que en todo o en parte se sostienen a espensas de la nación. Distínguense entre sí por razón del servicio que prestan i por la procedencia de sus fondos.”

“Bajo el primer aspecto son: o casas de maternidad i huérfanos u hospitales i hospicios.”

Las casas de maternidad y huérfanos sirven de refugio a las mujeres embarazadas y paridas, y ofrecen asilo a los niños abandonados por sus padres, cuando nadie los ampara, dándoles crianza y educación. La Casa de Huérfanos de Santiago, por ejemplo, confiada por el Gobierno a las Hermanas de la Providencia, constaba a 1859 de tres departamentos: Sala de Maternidad, Departamento de Lactancia y Departamento de Crianza y Educación.

“Los hospitales son los establecimientos públicos de beneficencia destinados a la asistencia de los enfermos que no pueden ser curados en sus casas.” Normalmente son administrados en cada provincia por una junta formada por los más respetables vecinos y se sostienen a expensas de las provincias o pueblos. Su administración está a cargo de un director.

En Chile, todos los hospitales se llamaban San Juan de Dios. A 1818 los había en La Serena, Santiago, Talca, Chillán y Concepción. ¿Por qué todos los hospitales de Chile llevaban el nombre de San Juan de Dios?, se pregunta don Valentín Letelier. Porque, explica, “la beneficencia pública nació al amparo del cristianismo. La Iglesia dispuso que en cada convento hubiera un hospital, donde se albergaba a los viajeros i se atendían enfermos de todas clases. Cuando el Estado empezó a crear hospitales entregó su administración a las comunidades religiosas, porque, fuera del clero, no había jente preparada para atender a los enfermos. En Francia se entregó a la comunidad de San Vicente de Paul i en España a la de San Juan de

Dios. Los hospitales en Chile estaban a cargo de los frailes de la comunidad de San Juan de Dios, i de ahí que todos llevaran ese nombre.”¹³ A raíz de una serie de abusos, el Gobierno dispuso en 1821 que la administración de los hospitales estuviera a cargo de una Junta de Sanidad, y en tiempos de Bulnes ellos fueron entregados a Hermanas de la Caridad y a Hermanas de la Providencia.

“Los hospicios tienen por objeto proteger, bajo el amparo i tutela de la administración, a los ancianos, valetudinarios e incapaces de valerse por sí mismos, ya sea en razón de la edad o de los achaques crónicos, cuando son indijentes o carecen de hijos o deudos que velen por su existencia, de amigos o personas que los auxilien con los dones de la caridad.”

La ley de 31 de julio de 1856 creó los manicomios, obligando a su administrador a admitir en ellos sólo a quienes se vieran afectados por una resolución judicial u orden del gobernador del respectivo departamento, previa comprobación del estado de locura del ordenado recluir.

Don Luis Claro Solar coincidirá con lo expresado por don Santiago Prado. “Los establecimientos públicos –dice el distinguido jurista chileno– son administraciones públicas encargadas de funciones de derecho público de orden especial, como la asistencia, la curación de enfermedades, la instrucción, etc., y no se hallan ligadas necesariamente a un territorio determinado.” “Se presentan ordinariamente bajo la forma de una fundación proveniente del Estado o de la comuna, y bajo este aspecto se asemejan a las fundaciones de derecho privado; pero se diferencian de ellas en que su organización es obra de la ley y que para su creación y sostenimiento, como regla general, se dispone de recursos destinados a ello por el Estado o por las Municipalidades.”

El hecho de que estos establecimientos se sostengan con fondos del erario, “es el distintivo que los caracteriza y que los somete a la legislación especial en su régimen y administración”.¹⁴

¹³ Letelier, Valentín, *Apuntaciones de Derecho Administrativo*, Imprenta y Encuadernación Chile, 1907, pág. 247.

¹⁴ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, De las Personas, tomo quinto, Editorial Jurídica de Chile, volumen II, 1979, pág. 451.

3. EL CÓDIGO CIVIL SISTEMATIZÓ LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA CONTENIDA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1833. Al dictarse el Código Civil en 1855 –empezó a regir en 1857–, sus normas reconocieron y sancionaron la organización administrativa desarrollada por la Constitución Política de 1833, precisando que los organismos que la conformaban eran personas jurídicas de derecho público.

Su artículo 547, inciso 2º, consideró y hasta hoy caracteriza a las personas jurídicas de derecho público como corporaciones y fundaciones, comprendiendo, entre ellas, a título ejemplar, a “la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas, y los establecimientos que se costean con fondos del erario”. “Estas corporaciones y fundaciones –agrega– se rigen por leyes y reglamentos especiales.”

Artículo 547, inciso 2º. Tampoco se extienden las disposiciones de este título –XXXIII del libro primero– a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas y los establecimientos que se costean con fondos del erario: estas corporaciones y fundaciones se rigen por leyes y reglamentos especiales.

El Código Civil, pues, constata la existencia de las personas jurídicas de derecho público y junto con hacerlo, las margina de sus normas organizacionales, al disponer que ellas no se rigen por las disposiciones sobre constitución, organización y disolución que contempla en el título XXXIII de su libro primero para las corporaciones y fundaciones de derecho privado, por entenderlas sometidas a leyes y reglamentos especiales.

Esta exclusión no impide, naturalmente, que la actuación de estas personas jurídicas realizada dentro de su normativa común, como la de cualquier particular, se dirá, y constitutiva de actos de gestión, *iure gestionis*, precisará la doctrina francesa, se halle sometida a las demás disposiciones del Código, en la medida que esas corporaciones y fundaciones actúen en el campo jurídico civil.

Así, la Constitución de 1833 y el Código Civil de 1855 modelaron un cuadro jurídico organizacional de la nación chilena articulado en tres grandes tipos de personas jurídicas de derecho público: el Estado, las municipalidades y los establecimientos públicos.

4. EL FACTOR ADMINISTRATIVO DE CAMBIO: DE LA ADMINISTRACIÓN POR CARGOS PÚBLICOS A LA ADMINISTRACIÓN POR SERVICIOS PÚBLICOS, FISCALLES, DEPENDIENTES O DE ADMINISTRACIÓN CENTRAL. El factor administrativo de cambio estuvo dado por la creación legislativa de una serie de reparticiones al interior de los ministerios, concedidas como unidades organizacionales de la persona jurídica Estado, que vinieron a sumarse a los departamentos consultados por la Carta de 1833.

Estas reparticiones o unidades organizacionales fueron denominadas con los nombres de direcciones y direcciones generales.¹⁵

Se trató de los servicios que hoy día se conocen como fiscales, dependientes o centralizados, componentes de la Administración central o centralizada, y que surgieron al mundo administrativo precisamente a mediados del siglo pasado.

LOCBGAE. Artículo 26, inciso 2º. Los servicios centralizados actuarán bajo la personalidad jurídica y con los bienes y recursos del Fisco y estarán sometidos a la dependencia del Presidente de la República, a través del Ministerio correspondiente.

Dentro de un Estado pequeño, con un reducido campo de acción, como era el chileno de 1833, se desconocía la institución de los servicios públicos, esto es, de organizaciones dotadas de recursos humanos, materiales y financieros para alcanzar una determinada finalidad administrativa.

La Constitución de aquel año no los contemplaba y ni siquiera los mencionaba.

Su articulado se refería a la administración pública solo en dos artículos, a propósito del presupuesto fiscal, entendiendo que estaba constituida por cargos públicos creados por la ley y cuyas atribuciones también debían ser establecidas por el legislador.

Artículo 36. Son atribuciones exclusivas del Congreso:

1ª. Aprobar o reprobar anualmente la cuenta de la inversión de los fondos destinados para los gastos de la administración pública que debe presentar el Gobierno;

¹⁵ La evolución administrativa sobre la base de los factores de cambio: administrativo, social y económico, se contuvo originalmente en Pantoja Bauzá, Rolando, *Manual de Derecho Administrativo*, Colección de Manuales Jurídicos, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, 1969, págs. 108 y sgts.

Artículo 37. Sólo en virtud de una ley se puede:

2º. Fijar anualmente los gastos de la administración pública;

10. Crear o suprimir empleos públicos; determinar o modificar sus atribuciones; aumentar o disminuir sus dotaciones; dar pensiones y decretar honores a los grandes servicios.

La forma normal de asumir la satisfacción de las necesidades públicas por parte del Estado era, pues, a través de cargos públicos, por medio de unidades orgánicas singulares, titularizadas con específicas atribuciones para cumplir una determinada actividad pública. No existía en el constituyente, tampoco en el legislador, según se ha manifestado, la percepción de qué era un servicio u organización administrativa, desconociéndose la posibilidad de estructurar jurídicamente un conjunto de recursos humanos, materiales y financieros para gestionar un área determinada del espectro administrativo del Estado.

Así, por ejemplo, por ley de 24 de junio de 1834, se autorizó “al Presidente de la República para dotar la Secretaría del Consejo de Estado, proveyéndola de un secretario con la renta anual de mil doscientos pesos i con un sobresueldo de trescientos pesos para invertirse en un oficial ausiliar”. Igual predicamento se encuentra en la ley de 24 de octubre de aquel año, al disponer que “el eclesiástico que sirva el cargo de capellán del Gobierno, gozará en lo sucesivo de la dotación anual de seiscientos pesos”.

Análogo criterio revela la ley de 23 de octubre de 1835, al prescribir que “el secretario de la Intendencia de Coquimbo gozará en lo sucesivo de la dotación anual de mil pesos”; la de 11 de marzo de 1837, que en su artículo 2º estableció “en la villa de Santa Rosa de Los Andes una Aduana principal para el despacho de las mercaderías que se importen por la cordillera”, la que estará a cargo, agregó el artículo 3º de la misma ley, “de un ministro con el sueldo de mil pesos anuales; un oficial primero interventor con las funciones de vista, con el de seiscientos pesos; un oficial segundo ejerciendo las funciones de alcaide, con el de quinientos pesos, i un portero, con el de cien pesos”, y la ley de 20 de noviembre de 1838, que creó el cargo de “Director jeneral de obras públicas”, exigiendo su provisión con “un individuo de buenos conocimientos en todos los ramos de la arquitectura”, a fin de que se ocupara de levantar “los planos de las obras que el Gobierno tenga a bien disponer... en cualquier parte de la República”, formando los

presupuestos e inspeccionando los trabajos, con un sueldo de “mil i quinientos pesos anuales, debiendo satisfacerse por la Tesorería jeneral cuando estuviere en Santiago, i por la oficina fiscal que corresponda cuando se ocupare fuera de la capital”.

Sin embargo, a medida que el Estado fue creciendo, expresa don Valentín Letelier, debió organizar mejor su administración y recurrir a formas técnicas y especializadas para la asunción de sus responsabilidades sociales. De aquí que pasara a crear, no ya solo las unidades orgánicas singulares constituidas por los cargos o empleos públicos, sino que organismos, reparticiones o dependencias modelados como una organización, a cargo de un jefe superior y compuestos por un determinado número de funcionarios, por bienes adecuados para su funcionamiento y dotados de un presupuesto con que financiar sus gastos.

Estos organismos administrativos tomaron el nombre de direcciones o direcciones generales y estuvieron a cargo de un director o director general.

Don Valentín Letelier, en su interesante dictamen de 4 de agosto de 1896, ofrece un significativo testimonio de esta realidad que impactó a la Administración Pública chilena de mediados del siglo pasado.

“En los primeros tiempos de la independencia –señala el primer administrativista chileno– el país estaba pobre y los servicios del Estado eran muy incipientes. En tales condiciones, el gobierno los administraba por sí mismo hasta en sus menores detalles sin inconvenientes. Entonces se cumplía literalmente la disposición constitucional que confía al Presidente de la República la administración y el gobierno del Estado.”

“Pero este régimen de carácter tan primitivo no podía mantenerse por mucho tiempo. La creciente complicación de los servicios públicos impuesta por las nuevas necesidades de la cultura nacional, ha puesto al gobierno en estado de impotencia para administrarlos debidamente. Por esta causa, de años atrás se han venido sustrayendo de manos del gobierno ramos especiales de la administración, instituyendo direcciones para atenderlos. Los correos, las obras públicas, los caminos, los telégrafos, la instrucción, las prisiones, las tierras fiscales, la higiene, etc., son ramos que el gobierno dirigió antes por sí mismo y que desde hace cincuenta años se han venido confiando sucesivamente a instituciones independientes. De esta ma-

nera, esto es, de una manera espontánea, se ha operado insensiblemente en la organización del Estado chileno una evolución de carácter radical, se han separado más y más las funciones administrativas de las políticas, y dejando el gobierno en manos del Presidente de la República se ha confiado la administración a órganos especiales.”

¿Qué fenómeno administrativo percibía don Valentín Letelier al decir que “de esta manera, esto es, de una manera espontánea, se ha operado insensiblemente en la organización del Estado chileno una evolución de carácter radical”?

Esos hechos eran justamente aquellos constitutivos de ese gran cambio que se produjo al interior de la administración chilena durante el siglo pasado, al superarse la singularidad orgánica que representaban los empleos públicos por la organicidad organizacional que representaban los servicios fiscales dentro del Estado-administración: el abandono del concepto de administración por cargos públicos para asumir una administración institucionalizada en organizaciones de servicio público, que por ello mismo tomaron el nombre de servicios públicos.

Puede citarse, en este nuevo sentido caracterizador de la Administración Pública, la ley de 17 de diciembre de 1842, que junto con suprimir el cargo de director de obras públicas y el de director de caminos dispuso que “los individuos que actualmente los sirven serán incorporados al cuerpo de ingenieros civiles”, denotando la idea de que las obras públicas y los caminos estarían a cargo de un “cuerpo de ingenieros” y no de individuos aislados que desempeñaran determinados cargos singulares relativos a esa área. En efecto, “en 8 de agosto de 1843 se dictó un reglamento bastante minucioso, en que aparece el cuerpo de ingenieros como una verdadera Dirección de Obras”.¹⁶

Dentro de una óptica análoga a la anterior, la ley de 17 de septiembre de 1847 creó la Oficina de Estadística, y al hacerlo, dispuso en su artículo 14: “La oficina de estadística tendrá por ahora los empleados siguientes:

Un jefe.

Un oficial primero.

Tres segundos.

¹⁶Letelier, Valentín, *Apuntaciones, op. cit.*, pág. 233.

Un archivero primero.

Un archivero segundo.

Un portero”.

Agregaba el artículo 18: “La renta anual de los empleados que se expresan en el artículo 14 será:

El jefe dos mil quinientos pesos.

El oficial primero mil doscientos pesos.

Los oficiales segundos setecientos pesos cada uno.

El primer archivero mil doscientos pesos.

El segundo archivero seiscientos pesos.

El portero cien pesos”.

La ley de 16 de agosto de 1854 también se orientó en esta dirección al crear el cargo de Director General de Correos y caracterizar al funcionario que habría de servir este empleo como “el jefe superior de la renta”, que “tiene la administración jeneral del ramo en lo que concierne a la mejora del servicio, al fiel desempeño de los empleados, i a la recaudación e inversión de los fondos”.

Razón tenía, pues, don Valentín Letelier al apreciar “una evolución de carácter radical” en la administración chilena, ya que la aparición de estos organismos significó una transformación de gran magnitud dentro de la Administración del Estado, desde el momento que la función administrativa que la Constitución Política radicaba globalmente en el Presidente de la República, pasó a estructurarse en “ramos especiales de administración”, en “instituciones independientes”, en “órganos especiales” hasta entonces desconocidos en el ámbito de la administración chilena, del todo distintos de los ministerios, los departamentos, las intendencias, las gobernaciones, las subdelegaciones y las inspeccionías, o aun, si se quiere, dado el régimen de centralización característico de la Carta de 1833, de las municipalidades, que eran las formas típicas que asumían los órganos y organismos de la Administración Pública de aquel entonces.

Desde la perspectiva actual se trataba en verdad, según se ha dicho, de los servicios públicos más elementales que conoce la teoría organizacional de la Administración del Estado, los servicios centralizados, cuya característica consiste en articularse como reparticiones internas del Estado persona jurídica, bajo la potestad jerárquica del Presidente de la República.

En cuanto a los poderes de acción externa, estas direcciones o direcciones generales tenían un campo restringido de

actuación. Por ser reparticiones internas del Estado persona jurídica carecían de individualidad jurídica y debían recurrir al Presidente de la República para toda actividad que requiriera de personalidad; a su vez, en cuanto a recursos, carecían de bienes propios, desde el instante que los que les estaban confiados eran fiscales, parte del patrimonio de la persona Estado-Fisco al cual estaban incorporadas estas direcciones, lo que hacía que jurídicamente carecieran de todo bien a título propio.

De aquí que hayan pasado a llamarse y se denominen:

–Servicios dependientes, porque estaban subordinados al Presidente de la República a través del respectivo ministerio;

–Fiscales, porque como dependencias internas del Estado-Fisco carecían de personalidad jurídica y de patrimonio propio, y sus bienes eran de este carácter;

–De administración central, porque pertenecían a aquel ámbito de administración adscrito al centro administrativo nacional representado por el Presidente de la República, constituyendo simples proyecciones operativas del poder central, realizadores de las directivas e instrucciones impartidas por él.

“En Chile, se lee en las *Apuntaciones de Derecho Administrativo*, las instituciones especiales (correos, telégrafos, ferrocarriles), no constituyen personería jurídica, de modo que los fondos que perciben deben ser fiscales.”¹⁷

No obstante, tiene razón el ilustre maestro Letelier al detectar un cambio en la organización administrativa a raíz de la aparición de los servicios fiscales, pues es efectivo que la radicación de ciertas actividades administrativas en determinadas reparticiones trajo consigo “en la organización del Estado chileno una evolución de carácter radical, separando más y más las funciones administrativas de las políticas”.

Este modo de ser de la Administración chilena que se expandió por el panorama administrativo chileno desde mediados del siglo pasado, hizo emerger, entonces, eficaces servicios públicos.

Estas organizaciones técnicas de la Administración Pública permitieron mantener la continuidad histórica de la actuación administrativa sin distorsionar las ideas matrices que sostenía la

¹⁷Letelier, Valentín, *op. cit.*, pág. 254.

Constitución de 1833 y modelan precisamente el primer gran factor de cambio de la administración chilena: la transformación de una administración atendida por cargos públicos en una administración prestada por servicios públicos.

5. LA MAYORÍA DE LOS SERVICIOS FISCALES NACIÓ EN CHILE POR DECRETO SUPREMO, NO POR LEY. La vida de los países, en todos los tiempos, ha exigido una acción de beneficio general que no siempre ha podido encuadrarse en los márgenes rígidos que llevan a la inmovilidad.

Esta experiencia histórica también se dio en Chile en materia de servicios públicos, pues los requerimientos de la vida nacional llevaron al Jefe de Estado a crear múltiples servicios públicos por medio de simples decretos: “casi todos los servicios –de la administración chilena, dice don Valentín Letelier– se han organizado por medio de decretos”.

“Casi todos los servicios –son sus palabras– se han organizado por medio de decretos, como los de estadística, ingenieros militares, casi toda la educación pública, tanto primaria como secundaria, los correos, los telégrafos; delegaciones fiscales de salitreras, el de giros postales, el de canje de publicaciones de la Biblioteca Nacional y el de hidrografía.”¹⁸

Esta práctica no nació solamente del hecho de haber desconocido la Constitución Política de 1833 la existencia de servicios públicos al referirse sólo al cargo, empleo o puesto público, según se ha dicho, sino también y fundamentalmente por la circunstancia de que el Presidente de la República se veía obligado a adoptar, en diferentes ocasiones, por sí mismo, todas las medidas que se estimaran necesarias para el interés del país, con el beneplácito de la opinión pública y del mismo parlamento, situándose en la frontera de la normatividad vigente, cuando no cruzando la línea demarcatoria de la legalidad.

De antiguo, agrega el señor Valentín Letelier en su dictamen de 22 de octubre de 1915, al referirse a los reglamentos dictados por el Presidente de la República en materias ajenas a la ejecución de ley, el Gobierno ha dictado decretos *praeter*

¹⁸ Letelier, Valentín, *Dictámenes*, Recopilados por disposición del Supremo Gobierno y el Tribunal de Cuentas, Imprenta, Litografía y Encuadernación La Ilustración, 1924, dictamen de 5 de agosto de 1986, pág. 140.

legem. “Sin permitirse jamás establecer, ni modificar, ni cortar las relaciones jurídicas entre los ciudadanos, el Presidente de la República se ha creído facultado con el asentimiento general para hacer y deshacer en el orden administrativo en todo cuanto el legislador no haya prevenido.”

“A mi juicio –concluía– de esta prerrogativa reconocida al Presidente de la República para dictar decretos orgánicos tanto por los poderes fiscalizadores como por la opinión pública, en abierta oposición con la letra de la Constitución, que sólo le faculta para dictar decretos reglamentarios, es de donde principalmente le ha venido, por efecto de una práctica ya muy antigua y muy autorizada, la facultad de dictar ordenanzas de policía general.”

En igual sentido se pronunciaba don Jorge Huneeus, al distinguir entre la ejecución de la ley y la dictación de la ley. “Esto es tan sencillo y tan elemental, que no se comprende cómo ha habido entre nosotros muchos casos de decretos que se han separado abiertamente de la ley, y otros que han creado para su cumplimiento condiciones nuevas no establecidas por ella y que se han convertido en otras tantas obligaciones de origen vedado.”

“En esta materia se ha incurrido aun en el error de decir, como lo dijo el señor don Federico Errázuriz en sesión de la Cámara de Diputados de 22 de octubre de 1867, siendo Ministro de Guerra y Marina, que el Presidente de la República puede dictar decretos que reglamenten la Constitución, porque esta es ley. Pero se olvidaba que es la ley de las leyes, y que la Constitución no puede ser reglamentada sino por la ley, así como ésta puede serlo por el decreto, si no se quiere echar por tierra toda la base en que reposa la generación y división de los Poderes Públicos.”

Con todo, “si nosotros quisiéramos acumular aquí los casos en que el Ejecutivo se ha arrogado en sus decretos facultades legislativas, tendríamos materia para llenar con ellos muchas páginas”.¹⁹

Por consiguiente, el paso de una administración por cargos públicos a una administración por servicios públicos, concreta-

¹⁹Huneeus, Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, tomo II, Imprenta Cervantes, 1891, págs. 46, 47 y 49.

da en el país por el legislador desde mediados del siglo pasado, no sólo se encuentra en las colecciones de leyes de la República, sino también en las de decretos supremos, pues casi todos esos servicios, como anotó don Valentín Letelier, nacieron por decisión gubernativa y no por mandato del legislador.

6. EL FACTOR SOCIAL DE CAMBIO: DE LA ADMINISTRACIÓN POR SERVICIOS PÚBLICOS FISCALES A LA ADMINISTRACIÓN, ADEMÁS, POR INSTITUCIONES SEMIFISCALES Y FISCALES, LLAMADAS TAMBIÉN AUTÓNOMAS (1920-1937).

6. A. EL ENTORNO POLÍTICO. Si hubiera de señalarse una fecha para determinar la aparición del Estado social en Chile, ella debiera fijarse en el año 1920, por las características político-institucionales que concurrieron aquel año en el país.

En efecto, ese año asumió la Presidencia de la República el señor Arturo Alessandri Palma, marcando el ascenso a la primera magistratura de la República de un profesional que se había hecho a sí mismo, como hombre de clase media que era, y que sostenía firmemente una honda convicción social, derivada por lo demás del consenso occidental surgido de aquella segunda utopía que recorría los cuatro puntos cardinales: la utopía social.

Como dijera el mismo señor Alessandri en 1919, en el Senado: en la primera gran guerra “se han fundido los principios del derecho, los principios de justicia, los principios de igualdad; se han fundido también los moldes del pasado y sobre los despojos humeantes de este gran desplome, surge hoy una humanidad enteramente nueva, con criterio de justicia, y realza, también, majestuosa y grande, una nueva cultura y otra mentalidad”.

Era el signo de los tiempos. Junto al Senado, la Cámara de Diputados respiraba un aire semejante. “Se necesita ser sordo y ciego –decía en ese hemiciclo don Antonio Pinto– para no comprender que estamos viviendo una de esas horas apocalípticas que marcan el crepúsculo de una civilización que se hunde; estos estremecimientos, estas convulsiones, estos delirios que se están notando en el mundo, son el primer anuncio, son los primeros síntomas del parto laborioso de una nueva civilización.”

Esa nueva cultura, aquella otra mentalidad, que surgían majestuosas y grandes en el escenario occidental, y estos estremecimientos y convulsiones precursores del parto de una nue-

va civilización, en las palabras de los señores Alessandri y Pinto, eran la cultura, la mentalidad y la civilización superadora de la individualidad y animadora de la sociabilidad, en aquel nuevo espíritu magistralmente detectado por León Duguit en la Europa de comienzos del siglo, y que habían hecho suyo las cartas políticas de los primeros lustros del 1900, comenzando por la Constitución mexicana de 1917.

Lejos se apreciaban ya las palabras con que en 1888 se pidiera en la Cámara de Diputados el rechazo de la ley de habitaciones obreras, basándose en que ese proyecto extralimitaba la esfera de acción del Estado para invadir “el campo de acción de los individuos”, en un inaceptable “reconocimiento del socialismo de Estado en su forma más cruda”, que alentaba que “mañana se pida que el Estado los alimente y los vista”.

Basta recorrer los nombres de los organismos creados entre 1920 y 1931 para advertir la preocupación que ahora marcaba la nueva era republicana. Los problemas no eran ya los temas abstractos de aquellos que habían nutrido tantos respetables discursos principistas, sino soluciones concretas para temas reales.

Atrás quedó ese espíritu contemporizador de “no producir descontentos, no crear problemas, contar con la confianza tanto de la mayoría como de la minoría. En cualquier función pública la gran meta era transformarse en el personaje de la unanimidad y de la armonía”, no despertar “odios, ni entusiasmos ni grandes pasiones”.²⁰

Alessandri y la Alianza Liberal habían bosquejado “un vasto programa de acción política en el campo económico, social y en el internacional”, considerado por él, “más que un programa político de un candidato que solicita y pide los sufragios de sus conciudadanos, las vibraciones de un alma apasionada y sincera que persigue su realización desde hace muchos años”.

“Y parodiando a algunos Presidentes que se habían caracterizado como elementos conciliadores, que no constituían amenaza para nadie y sí garantía para todos, expresó que quería ser una amenaza para los reaccionarios, para los que se alzaban contra la justicia social y para todos los que se mostraban cie-

²⁰ Heise González, Julio, *Historia de Chile. El período parlamentario. 1861-1925*, Editorial Andrés Bello, 1974, pág. 181.

gos, sordos y mudos ante el momento histórico de honda transformación por que atravesaba la humanidad.”²¹

Se dio un consenso nacional que cruzó todos los círculos del país: la necesidad de superar la política tradicional y el librecambismo, aquella del dejar hacer y dejar pasar, y asumir frontalmente los deberes que la nueva mentalidad ponía de cargo del Estado para transformar la caridad, base de la beneficencia pública, en una política de previsión social que solucionara los problemas de subsistencia derivados del acaecimiento de los riesgos del trabajo: las enfermedades, los accidentes, la vejez, la cesantía, y reconociera a los trabajadores legítimos derechos a gozar de las respectivas prestaciones.

“Hasta hace no más de veinticinco años –se expresaba en 1889– las personas de calidad y seso no podían ser sino conservadores, amigos del orden, partidarios de la autoridad, y los términos opositor y revolucionario, liberal y pipiolo o gente de nada, eran perfectamente sinónimos e indistintamente usados.”²²

A 1920, esta percepción había cambiado y los hombres que pasaron a conducir la República manifestaron ostensiblemente la insatisfacción con que la clase media culta chilena veía el orden de cosas existente en el país, promoviendo los grandes cambios estructurales que caracterizaron este tiempo.

De allí que las ideas sociales se hicieran realidad legislativa en 1924, en numeración correlativa: las leyes N^{os} 4.053, sobre contrato de trabajo de obreros; 4.054, sobre seguro obrero obligatorio de enfermedad, invalidez y accidentes del trabajo; 4.055, de accidentes del trabajo; 4.056, sobre conciliación y arbitraje; 4.057, sobre organización sindical, y 4.059, sobre contrato de trabajo de empleados particulares.

6. B. LA VISIÓN ADMINISTRATIVA. Esta nueva sensibilidad estuvo presente en la gran reforma constitucional incorporada a la Carta de 1833 en el primer cuarto de este siglo, que por la magnitud de los cambios introducidos a su texto pasó a ser conocida como Constitución de 1925.

²¹ Donoso, Ricardo, *Alessandri, agitador y demoleedor*, tomo I, Fondo de Cultura Económica, México, 1952, pág. 243.

²² Letelier, Valentín, *Ellos y nosotros*, en *La lucha por la cultura*, Imprenta y Encuadernación Barcelona, 1895, pág. 2.

En las comisiones de reforma, en efecto, la función social de la propiedad recorría el discurso de los encargados de estudiarla, como que en definitiva sería regulada en esos términos en la Constitución de 1925.

En el plano nacional administrativo, el Presidente de la República, junto con defender mayores atribuciones políticas para el Jefe de Estado, postulaba enérgicamente una racionalización de la Administración Pública, a la que quería ver descentralizada y con mayores facultades radicadas en los jefes de los servicios públicos, para lo cual, complementariamente, habían de crearse, decía, tribunales administrativos encargados de conocer y juzgar las causas funcionarias que surgieran de cualquier conflicto jurídico entre los jefes de esos servicios y el personal que se desempeñaba en ellos.

En lo territorial, esta sensibilidad daríase en la convicción asumida por la Constitución Política de que no todas las determinaciones debían tomarse en Santiago, la capital del país, sino que era necesario habilitar a las autoridades territoriales para que fueran ellas quienes decidieran las materias de interés provincial o local.

Hacía tiempo que las mentalidades progresistas venían criticando acremente el espíritu centralizador, viendo en la Ley de Gobierno Interior de 1844 la “gran cañería del autoritarismo”, y prohijando la idea de una descentralización administrativa, concebida por aquel entonces como la radicación de atribuciones ejercidas hasta entonces por el poder central en los organismos territoriales y como creación de oficinas provinciales y comunales para atender los asuntos propios de los servicios nacionales en esas circunscripciones del país.

Fueron los comienzos de la descentralización en Chile, en una época en que se desconocía aún la descentralización funcional o por servicios, pues, como argumentaba el profesor Amunátegui Rivera en 1907, “no se trata de independizar o descentralizar las instituciones dentro de un mismo orden. No es aceptable la doctrina de los que, en la Administración jeneral del Estado, rompen la jerarquía administrativa, separan de la injerencia natural del Jefe de Estado servicios públicos que deben conservarse en sus manos i llegan a convertir cada repartición administrativa en pequeños poderes absolutos. Esto no admite descentralización, i mucho menos la que llega hasta la irresponsabilidad”.

Sin embargo, defendía ardientemente la descentralización territorial, que para él era la verdadera descentralización.

“Los partidarios de la centralización alegan un argumento especioso –hace ver–, pues dicen que sin ese sistema orgánico se pierde la unidad del Estado; no se llega tan solo al federalismo, sino que se desorganiza la sociedad política, porque se segregan poco a poco los componentes.”

“Con este raciocinio se hace una confusión entre la unidad del Estado i la centralización administrativa; entre uno de los caracteres esenciales de la organización política, como es la unidad, i una circunstancia de la misma organización, como lo es el sistema centralizador.”

“La unidad de la nación la constituyen la raza, los antecedentes históricos, el lenguaje, la relijión i otras particulares circunstancias que mantienen en estrecha unión a los individuos de las agrupaciones. No hai leyes que puedan destruir la unidad i si llega a destruirse será porque le falta alguno de los lazos de unión, en cuyo caso su mantenimiento es imposible. En cambio, la centralización proviene de la organización política, nace de la lei positiva i tiende, no a mantener la unidad, que se sostiene por otras causas, sino a conservar en manos del poder central los intereses que los individuos pueden manejar por sí solos, con el aparente objeto de dar fuerza i enerjía a aquel poder i de tutelar los intereses de los ciudadanos, que no deben ser entregados así no más en manos inespertas, sino en la de los ajentes del poder central, preparados para atender a toda clase de negocios públicos.”

“El réjimen de descentralización no quiere la ruptura de la unidad nacional, ni la produce. Basado en la distinción de los intereses públicos en jenerales i locales, asigna su atención a diversos órdenes de funcionarios i determina para cada uno diversa órbita de acción. Los intereses jenerales son atendidos por la Administración Central, con independencia absoluta de la Administración local, la cual, a su vez, puede i debe manejar los intereses puramente comunales, con independencia de aquélla.”²³

Surgió así la descentralización, circunscrita, según puede apreciarse, al ámbito territorial.

²³ Amunátegui Rivera, J. Domingo, *op. cit.*, págs. 195 a 197.

Si la centralización administrativa se reconoce surgida en Francia, se ha dicho, “la descentralización es un régimen esencialmente inglés, peculiar de aquel país que supo resistir los avances del absolutismo real mediante sus instituciones democráticas, cuyo origen arranca de la Magna Carta de Juan Sin Tierra y del Estatuto de Oxford de Enrique III. La característica del *selfgovernment* durante el siglo XIX estriba en la participación de todos los ciudadanos en la vida local y el desenvolvimiento, en una cierta medida, de una gestión burocrática impuesta a los nuevos servicios, que tan provechosos resultados ha dado en Inglaterra”.²⁴

Estas aspiraciones llevaron a la Constitución de 1925 a establecer las asambleas provinciales y las municipalidades, aquéllas a nivel de las provincias, éstas a nivel de las comunas, y a postular que los servicios nacionales tuvieran direcciones zonales a lo largo del territorio de la República.

Todos los anhelos y soluciones levantados y debatidos en torno a la reforma constitucional habrían de concretar así, y en definitiva, un modelo de Administración Pública basado:

–En cuanto a personal, en un Estatuto Administrativo regulador de las relaciones laborales funcionarias;

–En tanto actuación, orientado hacia una descentralización administrativa definida como la radicación de atribuciones públicas en las asambleas provinciales y en las municipalidades, y en la creación de direcciones zonales de los servicios públicos nacionales; y

–En cuanto medio de solución de conflictos, en una justicia administrativa radicada en tribunales administrativos independientes, llamada a velar por la legalidad de los actos de las autoridades políticas o administrativas.

Artículo 72. Son atribuciones especiales del Presidente:

Nº 7. Proveer los demás empleos civiles y militares que determinen las leyes, conforme al Estatuto Administrativo...

Artículo 107. Las leyes confiarán paulatinamente a los organismos provinciales o comunales las atribuciones y facultades administrativas que ejerzan en la actualidad otras autoridades, con el fin de proceder a la descentralización del régimen administrativo interior.

²⁴Varas Contreras, Guillermo, *vid. op. cit.*, pág. 73.

Los servicios generales de la Nación se descentralizarán mediante la formación de las zonas que fijen las leyes.

Artículo 87. Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley.

Sin embargo, en 1959, siempre bajo el imperio de estas disposiciones, el profesor Patricio Aylwin, a tono con estos nuevos tiempos, hablará de la descentralización funcional o por servicios como una forma organizacional de prestar servicios públicos “indirectamente por el Estado por medio de personas jurídicas de derecho público que el Estado crea con cargo al patrimonio público, distinto del fiscal; de personas que obran con mayor o menor autonomía, es decir, con poderes propios de decisión, sin subordinación jerárquica por tanto al poder central”.

“Históricamente –explicará–, la descentralización funcional se ha aplicado en un comienzo a los servicios de enseñanza superior y de beneficencia pública. El motivo en uno y otro caso y tanto en Francia como en Chile, ha sido el de aprovechar mejor la liberalidad pública y privada. En nuestro tiempo, la intervención del Estado en la vida social ha provocado una proliferación enorme de estos servicios. Ejemplos de ello son la Línea Aérea Nacional, la Empresa de Transportes Colectivos del Estado, la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, el Banco del Estado, etc. Estas personas jurídicas toman diversos nombres en los distintos países: en Francia, establecimientos públicos; en Italia, instituciones; en Argentina, entes autárquicos. En Chile se llaman de muchas maneras.”²⁵

Al ritmo de las necesidades societales, el legislador de la etapa social de la administración chilena (1920-1937) adoptará decididamente este sistema organizacional para el área de la entonces denominada previsión social y creará instituciones públicas, normalmente llamadas instituciones semifiscales, como personas jurídicas de derecho público encargadas de administrar con independencia del poder central los fondos y las pres-

²⁵ Aylwin, Patricio, *Derecho Administrativo*, tomo I, Editorial Universitaria, 1959, págs. 113 y 117.

taciones de la seguridad social, que vinieron a sumarse, por obra del legislador, a la descentralización concebida por la Constitución.

6. C. LA LEY ORGÁNICA DE MINISTERIOS, DFL N° 7.912, DE 1927. Durante este período administrativo se dictaron numerosos e importantes cuerpos normativos que innovaron y actualizaron el ordenamiento administrativo que regía el país.

Entre ellos, no puede omitirse una referencia expresa a la Ley Orgánica de Ministerios, que viabilizando el mandato constitucional estableció el número y nombre de los ministerios (artículo 1º), fijó las funciones de cada uno de ellos (artículos 3º a 12), determinó el carácter jurídico que revestía el ministro y el subsecretario (artículos 13 y 14), y estableció el procedimiento de formación de un decreto supremo (artículo 17), por cuanto, pese a sus numerosas modificaciones, está vigente hasta ahora, al no haberse dictado una Ley Orgánica de Ministerios que la reemplace, actualizando por lo menos su texto, que ya no recoge la realidad ministerial.

Según el artículo 1º de esta ley, contenida en el DFL N° 7.912, de 1927, los Ministerios serían nueve: Interior, Relaciones Exteriores, Hacienda, Educación Pública, Justicia, Guerra, Marina, Fomento, y Bienestar Social.

DFL N° 7.912, de 1927. Artículo 1º. El Presidente de la República ejercerá el Gobierno y la administración del Estado por intermedio de los siguientes Ministerios:

- 1º. Interior;
- 2º. Relaciones Exteriores;
- 3º. Hacienda;
- 4º. Educación Pública;
- 5º. Justicia;
- 6º. Guerra;
- 7º. Marina;
- 8º. Fomento;
- 9º. Bienestar Social.

El orden de precedencia de los Ministerios será el asignado en el presente decreto.

En los casos de ausencia, enfermedad o renuncia de alguno de los Ministros, lo reemplazará, siempre que el Presidente de la República no hiciere designación expresa, aquel que le suceda en el orden de precedencia establecido.

Artículo 2º. Cada Ministerio será servido por un Ministro; sin embargo, el Presidente de la República podrá encomendar a una misma persona más de un Ministerio.

6. D. LOS LOGROS ADMINISTRATIVOS DE LA ETAPA SOCIAL DE CAMBIO. El desarrollo de la vida nacional no habría de seguir exactamente el curso marcado en 1925, pero demostró que era verídico que Chile estaba a las puertas de una nueva cultura y de una nueva mentalidad, como se había proclamado en el Congreso Nacional en el umbral de 1920.

El Estatuto Administrativo no se materializó dentro de las ideas de universalidad administrativa que quería la Constitución Política, menos aún como el código desconcentrador de atribuciones en que lo concebía don Arturo Alessandri Palma, y las asambleas provinciales y los tribunales administrativos nunca se crearon.

Sin embargo, junto a estas vicisitudes legislativas que articularon en otro sentido o relegaron al olvido algunas aspiraciones constitucionales, hubo realizaciones que no podrían haberse generado al amparo de otros tiempos.

Entre las realizaciones surgidas de la insatisfacción que producía en los nuevos círculos gobernantes el estado de cosas existente a 1920 en la República, estuvo la modernización de la administración chilena, importante paso concebido en este período y al cual responde, por ejemplo, la creación del Banco Central de Chile y de la Contraloría General de la República, como formas de cooperación al gobierno del país, en el campo monetario en el primer caso, en el de la contabilidad pública, las estadísticas administrativas y el registro de los empleados y bienes del Estado, en el segundo.

Especial decisión demostró en este campo renovador de la administración chilena la gran obra modernizadora desarrollada por el gobierno de don Carlos Ibáñez del Campo, entre 1927 y 1931, que remontó la estructura y funcionalidad tradicionales internalizadas en la administración chilena del siglo pasado e impulsó decididamente importantes cambios en todo el espectro administrativo del país.

“Se evidencia –entre 1925 y 1931, se ha manifestado– un notable interés por transformar la estructura administrativa del país. Se crearon algunos organismos fundamentales que han llegado hasta el actual régimen administrativo, y que en sus líneas vertebrales se mantienen –a 1971–, pese a las modificaciones orgánicas experimentadas en los siguientes años.” “En efecto, entonces se crean por lo menos nueve organismos descentralizados de importancia: 1. Caja de Seguro Obrero; 2.

Caja Nacional de Empleados Públicos; 3. Caja de Empleados Particulares; 4. Caja de Carabineros; 5. Caja de la Defensa Nacional; 6. Banco Central; 7. Caja Reaseguradora de Chile; 8. Línea Aérea Nacional; 9. Dirección de Aeronáutica”,²⁶ a las cuales han de agregarse otros servicios nacidos de la gran reestructuración dispuesta entre 1927 y 1931.

Cabe destacar, sólo a título ejemplar, que en el año 1920 se creó la Dirección de Correos y Telégrafos y la Caja de Crédito Popular; en 1921, el Cuerpo de Gendarmería de Prisiones, y que desde 1925 a 1931, surgieron el Conservador del Registro Electoral, el Consejo de Defensa Fiscal, la Dirección General de Sanidad, el Instituto Médico Legal, la División de Higiene Social, el Cuerpo de Ingenieros de Minas, la Inspección Superior de Ferrocarriles, el Consejo de Vías de Comunicación, la Dirección de Obras Públicas, la Dirección de Alcantarillado y Pavimentación de Santiago, la Inspección de Bienes Nacionales, la Superintendencia de Empresas Bancarias, el Consejo Superior de Asistencia Social, la Dirección General de Asistencia Social, las Juntas de Beneficencia departamentales, la Caja de Asistencia, Previsión y Bienestar Social de los Policías, la Caja de Retiro y Previsión Social de los Empleados Municipales, la Caja de Crédito Minero, la Superintendencia del Salitre y Yodo, la Superintendencia de Compañías de Seguros, la Caja Reaseguradora de Chile, el Instituto de Crédito Industrial, la Dirección General de Menores, la Inspección General de Sociedades Anónimas, la Caja de Colonización Agrícola, el Jardín Zoológico, el Departamento de Minas y Petróleo, el Ministerio de Agricultura y el Consejo de Control de Operaciones de Cambio.

La aparición de este número desusado de organismos administrativos, muchos con características propias y novedosos para su tiempo, presentó problemas de funcionamiento y exigió definiciones. Así ocurrió, por ejemplo, con los servicios conceptuados por la ley como autónomos, cuya relación con el Gobierno no estaba despejada a nivel de ley y que llevó a cuestionar el rol del Ministro frente a esta clase especial de servicios públicos. El diario *El Mercurio* de Santiago da cuenta, v. gr.,

²⁶ Urzúa Valenzuela, Germán; García Barzelatto, Ana María, *Diagnóstico de la burocracia chilena (1818-1969)*, Editorial Jurídica de Chile, 1971, págs. 44 y 69.

desde su edición del 4 de octubre de 1936, de la discrepancia surgida entre la Junta de Exportación Agrícola y el Ministro de Agricultura, a raíz de la negativa de dicha Junta a entenderse con el Ministro, basada en la calidad de “oficina autónoma” que le reconocía su ley orgánica, lo que la habilitaba, según su parecer, “para entenderse directamente con el Presidente de la República”.

Allí se obtuvo una definición que la doctrina sistematizaría posteriormente al sostener que todas las entidades administrativas del Estado se caracterizan por relacionarse con el Supremo Gobierno a través del Ministro de la Cartera respectiva, sea por medio del vínculo jerárquico, tratándose de servicios fiscales, o central, o del de supervigilancia o tutela, en el caso de los organismos personificados.

El factor social de cambio, según lo manifestado, se inserta, pues, dentro de un gran proceso histórico de renovación estatal impulsado por la chilenidad, superando incluso el texto constitucional, para avanzar en lo administrativo hacia una descentralización funcional o por servicios, obra del legislador, que se materializó en organismos que primero recibieron el nombre de cajas de seguro o de previsión y luego de instituciones semifiscales.

6. E. LAS INSTITUCIONES SEMIFISCALES. El movimiento social sustentador del pensamiento de 1920 impulsaría la creación de un vasto número de organismos administrativos, que asumieron en el sector público administrativo las ideas de responsabilidad social.

Tomaron diversos nombres específicos, pero fueron conocidos más bien bajo la denominación genérica de instituciones semifiscales.

En su tiempo, estas entidades fueron percibidas como organismos independientes del poder Ejecutivo.

“Esta independencia –sostendría *El Diario Ilustrado* de 3 de abril de 1933– es reclamada por la naturaleza misma de las Cajas de Previsión y demás organismos similares. Y es bastante adecuado el nombre de instituciones semifiscales, ya que la vida de estos organismos emana de los fondos que reciben de empleador y empleados y no de la ayuda fiscal. Es preciso dar a las Cajas su verdadera independencia –semejante a la de los Bancos– y que cese la dictación de normas que invaden las

atribuciones propias de los Consejos a los cuales está entregada la dirección y administración de las Cajas.”

La denominación instituciones semifiscales apareció por primera vez en la Ley N° 5.005, de 1931, que estableció una incompatibilidad de remuneraciones entre los empleos fiscales entre sí y, agregaba, con las de los cargos municipales y semifiscales.

Estas instituciones, se ha anotado, “no existen en el Derecho Administrativo de otros países. Son peculiares al nuestro”.²⁷

Estos organismos de la Administración Pública respondieron y se atuvieron, incluso con demasiada rigidez, a su denominación. Se caracterizaron, en verdad, y fueron conocidos, por su forma de financiamiento: en parte gozaban de recursos fiscales, como sucedía generalmente con el edificio, las instalaciones y los aportes presupuestarios del Estado-fisco para el funcionamiento de dichas organizaciones; por la otra, recaudaban y administraban dinero de los particulares: las imposiciones o cuotas previsionales para el fondo de prestaciones, u otras entradas propias que recibían y gestionaban.

Como consignó el dictamen N° 16.670, de 1933, de la Contraloría General de la República, “la expresión semifiscal –significa– que en parte afecta o corresponde al Fisco, al erario nacional”.

El dictamen N° 41.919, de 1959, habría de definir las siguiendo el criterio que había animado al proyecto de Estatuto Administrativo de 1944. Son, manifestó, “aquellos entes que han sido creados por una ley, realizan fines de interés público, están regidos por un estatuto especial, cuentan con un patrimonio propio que les quita el carácter de servicio fiscal, y tienen personalidad jurídica independiente que les da autonomía, pero actúan sujetas a la tuición y vigilancia de la Administración mediante representantes que ésta designa en sus consejos directivos y a la fiscalización de la misma por medio de instituciones propias (Contraloría General, Superintendencia de Seguridad Social)”.

En efecto, el decreto N° 2.500, de 24 de junio de 1944, muy conocido en su tiempo por haber aprobado un texto de Estatuto Administrativo, aunque nunca cobró vigencia, previno que

²⁷Jara Cristi, Manuel, *vid. op. cit.*, pág. 84.

los “servicios semifiscales o instituciones semifiscales son todos aquellos que han sido creados por ley para realizar determinados objetivos de interés general, tienen personalidad jurídica propia, disponen de recursos financieros constituidos con el aporte del Estado en cualquier forma, sea para reunir su capital o para asegurar su funcionamiento, y con respecto a los cuales el Presidente de la República tiene la facultad de designar uno o más de sus directores, consejeros o funcionarios”.

“Se exceptúan las sociedades anónimas en las cuales el Estado tenga participación financiera en minoría.”

“Con dicha denominación –instituciones semifiscales– se quería en un comienzo –explica el profesor Patricio Aylwin Azócar– designar el origen mixto de su patrimonio (fisco-particular), carácter que a veces era el de una asociación voluntaria o a veces participación forzosa de aportes en parte fiscales y en parte particulares. Debido a esa naturaleza mixta del patrimonio se creyó que debía ser igualmente mixta la gestión de estos servicios, la que sería necesario encomendar a organismos colegiados con representantes del Presidente de la República y de aquellos particulares que hubieran hecho aportes. Patrimonio y dirección mixta fue lo característico en el origen de las instituciones semifiscales.”²⁸

Las definiciones de institución semifiscal demostraron pecar de la imprecisión implícita en todo concepto que se limita a expresar descripciones. Captaron vivamente un momento de la vida administrativa y proyectaron esa imagen hacia el público, pero luego, frente al análisis, acusaron una fractura conceptual que las llevó a desvanecerse en una generalidad de organismos de diferente naturaleza jurídica, sólo coincidentes en la concurrencia fiscal y particular, fuere en su patrimonio o en su financiamiento anual.

En realidad, si bien se examina, las definiciones que se dieron de las instituciones semifiscales no se concentraron en una categorización organizacional de estas personas administrativas; no buscaron extraer y presentar los elementos caracterizadores de un ente público, sino que se redujeron a reproducir lo que decía la ley, a consignar una información, lo que hizo que se dejaran llevar por ese rasgo novedoso que ponían de

²⁸ Aylwin Azócar, Patricio, *op. cit.*, tomo I, pág. 135.

relieve al ser contrastados con los servicios fiscales: ser servicios personificados, distintos del Estado-fisco; tener la personalidad jurídica de que las dotara el legislador, “que les quita el carácter de servicio fiscal” se anotó reiteradamente, sin advertir que junto a las instituciones semifiscales había muchos otros organismos que se encontraban en la misma situación financiera y jurídica, como sucedía, desde luego, con los establecimientos públicos a que se refería la Constitución Política de 1833 y el Código Civil, y como ocurría con las empresas públicas del Estado de reciente aparición por aquellos años, que experimentaron un rápido crecimiento desde 1938 en adelante, y que también presentaban esas características.

Por lo mismo, atendido el elemento semifiscal que se destacó como rasgo peculiar de estas instituciones, expresado en la concurrencia fiscal al patrimonio o presupuesto de la respectiva entidad junto a entradas propias provenientes de sus usuarios, las instituciones semifiscales como tipo administrativo organizacional abarcaron aspectos tan variados de la vida nacional que perdieron individualidad orgánica y llegaron a servir de nombre a todo organismo en que de alguna manera se diera la convergencia de fondos fiscales y entradas propias, independientemente de la función específica que cada uno de ellos desarrollara en el campo administrativo general del Estado-nación.

El decreto N° 2.500, de 1944, antes citado, fue una clara muestra de esta difusión terminológica. Junto con definir que era una institución semifiscal, excluyó de ese concepto a “las sociedades anónimas en las cuales el Estado tenga participación financiera en minoría”, sugiriendo que en caso contrario, cuando esa participación fuera mayoritaria, podría hablarse de una institución semifiscal, lo que en ningún caso podía ser efectivo, pues las sociedades, según las ideas admitidas en ese tiempo y confirmadas por la jurisprudencia al día de hoy, en su calidad de personas jurídicas de derecho privado que persiguen fines utilitarios nacen de un contrato y en tal carácter se rigen por las normas del derecho común, circunstancias que las sitúan fuera del ámbito de los servicios administrativos personificados, que desde luego nacían y se generan por ley.

Refiriéndose a las personas jurídico-administrativas, el profesor Manuel Jara Cristi anotaba en 1943 que el fenómeno de la descentralización administrativa, concretamente el de la des-

centralización por servicios, importaba hablar, precisamente, como lo hacía Royo Villanova, de entidades personificadas. Así sucede, agregaba, con “la Universidad de Chile, la Empresa de los Ferrocarriles del Estado”, que “disfrutan de una personalidad jurídica propia, independiente de la del Estado, que les permite ejercer derechos y contraer obligaciones con esa autonomía e independencia propia que se reconoce en la ley a las personas jurídicas”.²⁹

La Universidad de Chile y la Empresa de los Ferrocarriles del Estado: ¿podían considerarse dentro de un mismo tipo de organismos administrativos?

¿Respondían a una misma función? ¿Bastaba, para caracterizarlas, con reparar en que eran personas administrativas?

Y por ser personas administrativas: ¿Eran, entonces, instituciones semifiscales, atendida la circunstancia de financiarse con fondos fiscales y tener entradas propias?

Don Guillermo Varas Contreras, el año 1948, se inclinará por la afirmativa, al incluir dentro de esta denominación a organismos administrativos tan variados como los de las áreas de fomento, de previsión y a las empresas del Estado, indistintamente, y considerar como tales, además, a organizaciones que presentaban estructura pública y a otras constituidas conforme a los patrones del derecho privado.

“La acción del Estado –señala– no sólo se manifiesta mediante los servicios públicos que dirige y mantiene, sea directamente o mediante los organismos que gozan de personalidad jurídica propia –como son los establecimientos públicos–, sino mediante la formación de instituciones que tienen con él una semiindependencia, en cuanto a la designación de sus organismos directivos, pero que gozan de autonomía, personalidad y patrimonio propios.”

“Pueden comprenderse, en la actualidad, dentro de la denominación de instituciones semifiscales, las siguientes: Corporación de Fomento de la Producción, Instituto de Crédito Industrial, Instituto de Fomento Industrial y Minero de Tarapacá y Antofagasta, Caja de Crédito Minero, Compañía Electro-Siderúrgica Industrial de Valdivia, Banco Central de Chile, Caja Reaseguradora de Chile, Corporación de Ventas del Salitre y

²⁹Jara Cristi, Manuel, *op. cit.*, 1943, pág. 80.

Yodo, Empresa Nacional de Transporte Colectivo, Sociedad Constructora de Establecimientos Educacionales, Caja de Retiro y Montepío de las Fuerzas de la Defensa Nacional, Caja de Retiro y Previsión de los Ferrocarriles del Estado, Caja de Crédito Agrario, Instituto de Economía Agrícola, Caja de la Habitación Popular, Instituto Bacteriológico de Chile, Caja de Seguro Obrero Obligatorio, Caja de Previsión de los Empleados Particulares, Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas, Caja de Previsión de la Marina Mercante Nacional, Caja de Previsión de los Carabineros de Chile, Caja de Previsión y Ahorro de los Empleados Municipales de la República y demás instituciones de previsión social.”³⁰

Las instituciones semifiscales, anotará don Enrique Silva, “no han sido definidas por el legislador, que en más de una oportunidad se ha limitado sólo a enumerarlas para ciertos y determinados efectos, pero sin pretender tampoco hacerlo en forma taxativa. Así lo hacen las siguientes disposiciones: Ley N° 7.295, artículo 44; Ley N° 7.200, artículo 33, y decreto del Ministerio del Interior N° 2.702, de 1940”.

Se trata de “servicios públicos que han sido creados por el Estado para realizar determinados objetivos de interés general –especialmente económicos y sociales–, que tienen personalidad jurídica propia y han sido dotados de recursos financieros constituidos por el Estado, sea para formar su capital o para asegurar su financiamiento y que se administran con relativa autonomía, sin perjuicio de la intervención que respecto de ellos da la ley al Presidente de la República, sea para la designación de sus directores, consejeros o funcionarios, o para la aprobación de sus acuerdos más importantes”.³¹

“La característica común –a las instituciones semifiscales, indica el profesor Patricio Aylwin– ha quedado reducida a la mixtura en la dirección, ya que en algunas falta la mixtura de aportes. Se dirigen por un Consejo presidido por un Ministro de Estado y un Vicepresidente Ejecutivo. La composición de su consejo es mixta, pero los representantes de los diversos intere-

³⁰ Varas Contreras, Guillermo, *vid. op. cit.*, págs. 163 y 161.

³¹ Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, tomo II, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1969, págs. 234 y 235.

ses vinculados a la institución son nombrados todos por el Presidente de la República. Se trata de personas jurídicas semiestatales.”³²

La Contraloría General de la República caracterizará a las instituciones como “servicios personificados que persiguen fines de progreso general, de fomento o de índole social” (dictamen N° 64.792, de 1970), y a las semifiscales, como “aquellos entes que han sido creados por la ley, realizan fines de interés público, están regidos por un estatuto especial, cuentan con un patrimonio propio que les quita el carácter de servicio fiscal, y tienen personalidad jurídica independiente que les da autonomía, pero actúan sujetas a la tuición y vigilancia de la Administración mediante representantes que ésta designa en sus consejos directivos y a la fiscalización de la misma por medio de instituciones propias (Contraloría General, Superintendencia de Seguridad Social)”.

6. F. LA LEY N° 7.200, DE 18 DE JULIO DE 1942, DISTINGUIÓ LAS INSTITUCIONES SEMIFISCALES DE LAS INSTITUCIONES FISCALES. CRITERIO DE DISTINCIÓN. Sin embargo, la importante Ley N° 7.200, de 1942, que autorizó al Presidente de la República para reorganizar la Administración del Estado, consagró un segundo tipo de instituciones: las instituciones fiscales.

En su artículo 33 dispuso que sus normas se aplicarían “a las siguientes instituciones fiscales, y semifiscales o servicios públicos con administración independiente”, agregando en su artículo 3º, inciso 1º, que “las instituciones fiscales y semifiscales deberán someter anualmente a la aprobación del Presidente de la República sus presupuestos de entradas y gastos, la planta de su personal con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1º, y un plan de inversión de los recursos de que dispongan”.

Artículo 33. Las disposiciones de esta ley se aplicarán en la parte que corresponda a las siguientes instituciones fiscales, y semifiscales o servicios públicos con administración independiente:

- Caja de Crédito Agrario;
- Caja de Crédito Minero;
- Caja de Crédito Popular;
- Instituto de Crédito Industrial;

³² Aylwin Azócar, Patricio, *vid. op. cit.*, tomo I, págs. 135 y 136.

Instituto de Fomento Minero e Industrial de Tarapacá;
Instituto de Fomento Minero e Industrial de Antofagasta;
Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas;
Caja de Retiro y Montepío de las Fuerzas de la Defensa Nacional;
Caja de Previsión de los Carabineros de Chile;
Caja de Retiro y Previsión Social de los Ferrocarriles del Estado;
Caja de Ahorros y Retiro de los Empleados Municipales;
Caja de Previsión de los Empleados Particulares;
Caja de Seguro Obligatorio;
Caja de Previsión de la Marina Mercante Nacional;
Demás Instituciones de Previsión Social del Estado;
Caja de la Habitación Popular;
Corporación de Reconstrucción y Auxilio;
Corporación de Fomento de la Producción;
Comisión de Cambios Internacionales;
Caja de Colonización Agrícola;
Línea Aérea Nacional;
Comisariato General de Subsistencias y Precios;
Junta de Exportación Agrícola, y
Consejo de Fertilizantes.

Las instituciones fiscales, atendidas las circunstancias expresadas, fueron numéricamente pocas y no representativas en el inventario organizacional del país, en verdad han sido organismos con una importancia relativa dentro del cuadro clasificatorio de la administración chilena, lo que explica que la doctrina no le haya dedicado un estudio especial ni se detenga en ellas con mayor atención. Lo mismo ha sucedido con la jurisprudencia, según se verá enseguida, que ha dado unas definiciones descriptivas de ellas, incluyendo elementos variables que les restan estabilidad conceptual.

Con todo, cabe preguntarse: ¿qué es una institución fiscal y qué la diferencia de una semifiscal?

Una jurisprudencia posterior a la Ley N° 7.200, contenida en los dictámenes 80.429, de 1960, y 51.622, de 1973, precisará que la institución fiscal se caracteriza por nacer de la Constitución Política de la República, tener personalidad jurídica de derecho público y contar con “un presupuesto mayoritariamente financiado por aportes o transferencias del Fisco y un personal regido por el mismo Estatuto Administrativo que rige a la dotación de los servicios fiscales” propiamente tales, o bien por tener “un patrimonio formado principalmente por bienes fiscales afectados al funcionamiento de la respectiva institución”, diferenciándose, entonces, de las semifiscales, por su origen:

constitucional en un caso, legal en el otro; financiamiento: fiscal en las instituciones fiscales, compartido con el sector privado en las semifiscales, y régimen de personal, el Estatuto Administrativo general en las fiscales, Estatuto propio en las semifiscales, rasgos destacados por el dictamen N° 80.429, de 1960, como peculiaridades de una institución fiscal.

7. EL FACTOR SOCIOECONÓMICO DE CAMBIO: DE LA ADMINISTRACIÓN POR SERVICIOS PÚBLICOS CENTRALIZADOS Y DESCENTRALIZADOS, A LA ADMINISTRACIÓN, ADEMÁS, POR EMPRESAS FISCALES, ESTATALES, AUTÓNOMAS O DEL ESTADO, Y ORGANIZACIONES SOMETIDAS AL DERECHO COMÚN (1938-1970).

7. A. EL ENTORNO POLÍTICO. El factor socioeconómico de cambio fue detonado por el ascenso al poder, en 1938, de don Pedro Aguirre Cerda, y con él de un referente político, el Frente Popular, impulsor de las ideas que habrían de incorporar a Chile al mundo industrializado.

Esto hizo que desde 1938 se estimulara la industrialización del país y se produjera una gran corriente de pensamiento económico que sin descuidar la preocupación social, privilegió el crecimiento de un nuevo sector administrativo, volcado hacia la empresa, creando un número cada vez mayor de organizaciones empresariales del Estado.

El Estado se había preocupado de mucho antes por fortalecer la empresa privada. A fines del 1800, por iniciativa suya se había formado la Sociedad de Fomento Fabril, por ejemplo, y constantemente había mantenido una relación auspiciosa con el sector económico particular.

Pero el Presidente Aguirre iba más allá de la relación Estado-empresa, pues “propiciaba la transformación de la democracia política en una democracia económica”. Se preguntó: “¿Cuántos habitantes hay en el país y con qué recursos se cuenta para sustentarlos?”

“A esta pregunta simple, se oponía una respuesta tremendamente complicada, hasta el límite de lo dramático. Existía una desproporción inconmensurable entre el número de pobladores y los recursos disponibles para mantenerlos dignamente, para alimentarlos, para mantenerlos sanos, para capacitarlos en el trabajo, para convertirlos en ciudadanos activos, para hacerlos participar en la tarea de progreso nacional e identificarlos en la conquista de un destino común.”

“Era necesario multiplicar los recursos, o sea, en términos de política nacional, incrementar la producción para abastecer, equitativamente, las necesidades del consumo.”

“Aguirre Cerda, economista con finalidad social, se inició comenzando los cimientos de su edificación gubernativa: la ley de la Corporación de Fomento de la Producción.”

“La CORFO puso en marcha el plan de electrificación que ha elevado –a 1958– más de diez veces el potencial de energía hidroeléctrica que existía antes. La CORFO dirige la exploración y explotación industrial del petróleo en Magallanes. Su producción suple la totalidad del consumo interno del país desde 1956, con excepción del combustible empleado en la gran minería, la industria salitrera y la aviación. La CORFO industrializó la siderúrgica en Huachipato, convirtiendo a Chile en un país exportador de acero. Trazó los fundamentos del Plan Agrícola con los siguientes objetivos: a) recuperación de más de cuatro y medio millones de hectáreas corroídas por el cáncer de la erosión; b) habilitación de nuevas superficies de cultivo de las superficies arables; c) elevación del rendimiento y productividad agrícolas por el cultivo mecanizado, los fertilizantes y la destrucción de las malezas y plagas de la agricultura que anulaban la mayor parte de los esfuerzos del agricultor; d) habilitación de caminos y medios de transporte para facilitar el trabajo de la tierra y transportar a los centros de consumo los productos del campo.”

La CORFO preparó un Plan General de Desarrollo y “para remediar las urgencias más apremiantes, Aguirre Cerda elabora un Plan de Acción Inmediata, que pone en marcha en 1940, y que contiene, por primera vez en Chile, una planificación de la economía nacional. Comprende a la Minería, con la Fundición Nacional de Oro y Cobre que se va a construir en Paipote; comprende, también, la Producción de Energía Eléctrica y Fomento de Combustibles, punto de partida de las grandes Centrales Hidroeléctricas que hoy están distribuidas en el territorio y de la idea de crear una corporación para el fomento de la producción carbonífera; están comprendidas la agricultura y las explotaciones afines; las industrias, el comercio, los transportes; el petróleo; la pesca; las industrias de la madera; la industria química pesada; la producción de fertilizantes y de abonos calizos, y la explotación de los salares de Pintados para la obtención de sulfatos y cloruro de potasio, aparte de la atención insoslayable que merece la industria salitrera”.

“Aparte de los esfuerzos de la CORFO para ensanchar las áreas agrícolas del territorio mediante la construcción de obras de riego –la más importante: el embalse de la Laguna del Maule, que dispone desde 1957 de un caudal suficiente para regar 70.000 nuevas hectáreas, que se unen a las ya 310.000 antes proyectadas regar y mejoran el riego de otras 310.000 en las provincias de Linares y Talca, además de servir de alimentación para una gran Central Hidroeléctrica–, es necesario mencionar la investigación de agua subterránea utilizable en las provincias del norte” y el “proyecto de reforma de la Ley Nº 4.054, destinada a transformar las condiciones del trabajador y de su familia”, y que se concreta en 1952 con la Ley Nº 10.383, que tenderá a incorporar al “ochenta por ciento de la población del país a los beneficios de la ley reformada”, sobre la base del régimen de reparto: “En vez del sistema de acumular capitales que desvaloriza la inflación, se establece el método presupuestario en que los egresos que demanda la Seguridad Social corresponden al monto de los ingresos efectivos representados por la cotización tripartita de los aportes patronales, de los obreros y del Estado.”³³

7. B. LA VISIÓN ADMINISTRATIVA. El Presidente Pedro Aguirre Cerda unía a su condición de hombre político una acendrada vocación docente. Al igual que don Valentín Letelier, era abogado y profesor de Estado. Por 1910 viajó a Francia a perfeccionarse en pedagogía y hacienda. Volvería nuevamente a París en 1927, donde cursó estudios económicos. Sus actividades académicas, poco conocidas en las esferas universitarias, abarcaron campos tan interesantes como la cátedra de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y el honor de haber sido, en 1935, el primer decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad de Chile, entonces llamada de Comercio y Economía Industrial. Sus escritos también testimonian esta vocación, en particular, *El problema agrario* y *El problema industrial*.

Estos antecedentes explican el cambio en la política económica que mostró su Gobierno, apuntando hacia la industrialización.

³³ Durán Bernaldes, Florencio, *El Partido Radical*, Editorial Nascimento, 1958, págs. 87 a 89, 166, 319 y 320, 167 y 168.

zación del país, y que como efecto inherente al esfuerzo desplegado trajo consigo un complejo desarrollo de la Administración del Estado.

La nueva realidad administrativa pasó inicialmente inadvertida para el administrativismo, que poco a poco fue asimiládola e incorporándola a las obras de derecho administrativo que componen la bibliografía chilena. Así lo testimonia, por ejemplo, el cotejo del *Derecho Administrativo* del profesor Ernesto Merino, de 1936, que se limitaba a analizar dentro del cuadro organizacional de “La administración”, sólo al Estado y a “los establecimientos públicos. Los establecimientos de utilidad pública. Las instituciones semifiscales”,³⁴ con el *Derecho Administrativo* del profesor Jara Cristi, de 1943, en que se avanza ya algunas ideas sobre la actividad empresarial del Estado, con referencias a la “nacionalización y socialización de los servicios públicos”.³⁵

Recién en 1948 aparecerá la primera mención cualitativa de las empresas públicas en una obra de derecho administrativo.

En su *Derecho Administrativo*, el señor Guillermo Varas Contreras, en efecto, incorporará por primera vez a las “empresas del Estado con carácter comercial e industrial” a la consideración doctrinaria, aunque el párrafo se reduzca a una simple mención del tema dentro “De los establecimientos públicos”, una de cuyas especies estaría constituida por estas empresas.

Dice al respecto el señor Varas que “el desarrollo de la intervención del Estado en materias de carácter comercial e industrial hace necesaria la creación de estas personas jurídicas, capaces de contratar y de actuar administrativa y civilmente, con la oportunidad y rapidez que las necesidades de la industria requieren. Sería imposible subordinar el movimiento diario de una empresa de esta índole a las resoluciones superiores del poder central, sin que la lentitud de la tramitación, de las consultas o autorizaciones que se le pidieren, la falta de capacidad técnica, la intervención de factores extraños, obstaculizaran o hicieran imposible la marcha de una industria cualquiera”. Estos organismos, agrega, “pueden considerarse

³⁴Merino Segura, Ernesto, *Derecho Administrativo*, 1936, págs. 51 y sgts.

³⁵Jara Cristi, Manuel, *vid. op. cit.*, pág. 79.

asimilables a esta clase de personas”, a los establecimientos públicos, en cuanto tienen personalidad jurídica y patrimonio propios, y están sometidos a una tuición superior del Estado.³⁶

En todo caso, existía la percepción clara de que las empresas fiscales, estatales, autónomas o del Estado, denominaciones todas con que se conoció y conoce a estos organismos administrativos, eran, incluso avanzada la década de 1960, “sin duda”, “la última etapa en la evolución institucional del Estado y del Derecho Administrativo”, fruto de “la intervención estatal en materia económica, signo determinante de este proceso evolutivo”.³⁷

Pese a estas constataciones del año 1960, el gobierno del Presidente Aguirre Cerda se había encaminado con gran decisión y claridad por el camino de la participación del Estado en el ámbito económico, y aunque el mismo año 1939 remitió un mensaje al Congreso Nacional que contenía disposiciones sobre “los servicios comerciales del Estado”, en definitiva no pudo concretar su proyecto en una ley.

En ese mensaje se definían “los servicios comerciales del Estado” como aquellos que pudiendo ser privados eran atendidos por el Fisco, sea por ausencia de capital o de iniciativa privada, sea por razones de utilidad pública.

“El Mensaje del Ejecutivo consideraba como servicios fiscales de carácter comercial a aquellos que percibían entradas de carácter diferente a los impuestos o tributos y que correspondían al ingreso obtenido por ventas de productos o servicios.”³⁸

La convergencia entre la política económica que animaba al país y la doctrina de derecho administrativo comienza a darse desde el año 1959, con los *Apuntes de Derecho Administrativo* del profesor Enrique Silva Cimma y el *Derecho Administrativo* del profesor Patricio Aylwin.

En los *Apuntes*, el profesor Enrique Silva testimonia la complejidad adquirida por el escenario organizacional de la Administración chilena al sistematizar “los servicios públicos que componen la Administración Central del Estado de Chile”, pues

³⁶ Varas Contreras, Guillermo, *vid. op. cit.*, págs. 159 y 160.

³⁷ Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, tomo II, 1969, cit., pág. 256.

³⁸ Urzúa Valenzuela, Germán; García Barzelatto, Ana María, *vid. op. cit.*, pág. 71.

en la clasificación que modela incluye cuatro grandes tipos de organismos administrativos, entre los cuales incorpora a las “empresas fiscales y semifiscales”.

Los cuatro tipos de servicios públicos que consigna el profesor Silva son los siguientes:

1. Los servicios de la Administración Fiscal o de la Administración Pública propiamente dicha.

2. Los servicios de la Administración Pública con régimen de autonomía.

3. Las instituciones, sean fiscales o semifiscales, y

4. Las empresas, sean fiscales o semifiscales.

Las *empresas del Estado*, se lee en los *Apuntes*, “al igual que las Instituciones son creadas por la ley para servir intereses públicos. Su naturaleza es comercial, pero prima el interés público por sobre el lucro”.

Pueden ser fiscales o semifiscales.

Las *empresas fiscales* se caracterizan porque “tienen patrimonio propio de bienes fiscales, que sólo han sido afectados para que se administren independientemente del Fisco y cumplan la finalidad para que han sido creadas; personalidad jurídica, para administrar ese patrimonio afectado; la autonomía es relativa. El Poder Administrativo interviene constantemente en su administración; sus empleados no son públicos, tomando esta expresión en sentido estricto. Están sometidos como norma general a un régimen legal especial que se caracteriza por su falta de estabilidad, dada la índole de sus funciones”.

En esta subespecie de empresas se cuentan los Ferrocarriles del Estado, la Línea Aérea Nacional, la Empresa de Transportes Colectivos del Estado, etc.

Las *empresas semifiscales* se caracterizan porque “su patrimonio es mixto: puede ser de bienes fiscales, semifiscales o aun particulares. En todo caso constituye un patrimonio propio. A menudo el Estado concurre a subvencionarlas; gozan de personalidad jurídica en su carácter de sociedades mercantiles, de acuerdo con el Código de Comercio; su autonomía con respecto al Jefe de Estado es casi absoluta. Este no tiene otra intervención que la designación de directores de acuerdo con los aportes; sus empleados son particulares”.

Dentro de la subespecie empresas semifiscales se encuentran las sociedades de economía mixta. Es sociedad de economía mixta “toda sociedad anónima en la cual se vinculan

colectividades públicas y privadas con participación común en la administración como consecuencia de la colaboración bilateral en la formación del capital”. “Se sujetan a normas de derecho privado” y “no se trata de servicios públicos para el Derecho Administrativo chileno”.³⁹

Los *servicios públicos*, señala por su parte el profesor Patricio Aylwin, se clasifican en servicios públicos propiamente administrativos y en servicios públicos industriales y comerciales.

“Denomínanse servicios públicos industriales y comerciales a los que por la naturaleza industrial o comercial de su actividad funcionan en condiciones análogas a las empresas privadas similares.”

“Dos rasgos principales caracterizan a un servicio industrial o comercial:

1º. El objeto de su actividad consiste en la ejecución habitual de actos de comercio y es en consecuencia semejante al de cualquiera empresa privada (transportes, suministros de servicios de luz, agua potable u otros análogos, operaciones de crédito, etc.);

2º. Esa actividad se realiza en condiciones análogas a la de los particulares, esto es, valiéndose preferentemente de los medios o procedimientos propios del derecho privado.”

El régimen jurídico de estos servicios, concluye diciendo el señor Aylwin, compartiendo la opinión de André de Laubadère, es mixto: en cuanto a funcionamiento y actividad, se rigen fundamentalmente por el derecho privado; en lo relativo a organización, por el derecho público.

En síntesis, dicen en 1969 Germán Urzúa y Ana María García, las empresas del Estado “son organismos a través de los cuales el Estado juega el rol de un empresario particular y compite con los particulares que se dedican a la explotación del mismo giro”. Tales son: la “Corporación de la Reforma Agraria, Empresa de Comercio Agrícola, Servicio de Equipos Agrícolas Mecanizados, Empresa Nacional de Riego, Empresa Portuaria de Chile, Empresa Marítima del Estado, Empresa de Transportes Colectivos del Estado; Empresa de los Ferrocarriles del Estado, Línea Aérea Nacional, Polla Chilena de Benefi-

³⁹ Silva Cimma, Enrique, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria S.A., 1959, págs. 239, 246 y 247, 457 y 458.

cencia, Empresa Nacional de Petróleo, Empresa Nacional de Minería, Corporación de Obras Urbanas, originadas en la política intervencionista del Estado”.

Junto a ellas, cabe mencionar a las sociedades de economía mixta, aparecidas “en los últimos tiempos” y cuyo rasgo propio está dado por el hecho de que en ellas “son accionistas, por una parte, el Estado, y por la otra los particulares”. “La sociedad de economía mixta es una figura intermedia entre la gestión pública y la gestión privada y su característica principal es la asociación de capitales públicos y privados”, en que se constata que “el Estado se ha introducido en las sociedades anónimas no ya como entidad superior encargada de velar por el correcto ejercicio de todas las actividades nacionales, sino que directamente como un accionista más, aportando también su capital y uniendo sus propios recursos a los de los particulares asociados en la empresa”.

“Ellas no han nacido del resultado de una evolución puramente jurídica o doctrinaria; por el contrario, ha sido un fenómeno de índole económica el que las ha originado, de allí lo variado de su establecimiento. En ocasiones, el Estado ha decidido instituir un servicio bajo la forma de sociedad de economía mixta, es decir, con un patrimonio que se forme con el concurso de particulares y del mismo Estado, mediante la emisión de acciones. En otras, el Estado, sin establecer o constituir una entidad nueva, se ha asociado a una entidad ya existente como accionista. Sobre su naturaleza jurídica no hay una sola opinión. Se discute por los autores si por la intervención del Estado y atendido el carácter público del interés involucrado en ellas, son servicios públicos, o si, por la forma de su organización como sociedades anónimas, pertenecen al derecho privado.”

“Desde luego, conviene recordar que el Estado aborda, las más de las veces, por sí mismo la satisfacción de una necesidad pública, sirviéndose para ello de los agentes públicos que forman parte de la jerarquía administrativa y que actúan en nombre de la Administración Pública, y otras veces atiende la necesidad y presta el servicio por medio de concesionarios, o sea, por medio de una persona particular, natural o jurídica, no incorporada a la jerarquía administrativa y que realiza el servicio público por cuenta propia, sujeto sólo a una indirecta tutela del Estado.”

“En la sociedad o empresa de economía mixta no se presenta ni una ni otra situación. No hay un servicio de prestación directa, ni un servicio concedido, sino que una sociedad de capitales en que los intereses generales quedan entregados a un sistema de gestión menos administrativo y más comercial e industrial.”

El Banco Central, la Sociedad Constructora de Establecimientos Educativos y la Sociedad Constructora de Establecimientos Hospitalarios, son “las más antiguas en nuestra legislación”. A ellas deben agregarse “numerosas otras –sociedades de economía mixta– creadas por la Corporación de Fomento de la Producción. No menos de sesenta sociedades de economía mixta con participación mayoritaria o minoritaria existen en la actualidad –al año 1969– como filiales de la Corporación de Fomento de la Producción”.⁴⁰

De esta manera, junto a las instituciones semifiscales y fiscales, la política económica sostenida por el Gobierno desde el año 1938 en adelante trajo consigo la participación del Estado en la economía nacional, política económica que significó la incorporación de las empresas estatales al cuadro administrativo de la República, en cuanto organismos personificados creados por el legislador para actuar en los campos comercial e industrial, y de las sociedades de economía mixta, como personas jurídicas de derecho privado, sociedades anónimas, algunas creadas por la vía legal, en el caso del Banco Central, la Sociedad Constructora de Establecimientos Educativos y la Sociedad Constructora de Establecimientos Hospitalarios, otras por la vía administrativa, normalmente por la Corporación de Fomento de la Producción, cuyo importante rol fuera de suyo destacado durante este período comprendido entre 1939 y 1970.

A estos organismos es necesario agregar múltiples corporaciones y fundaciones, también creadas por el Estado o por sus organismos, de acuerdo con las normas generales del título XXXIII del libro primero del Código Civil, para que colaboraran en diversos campos con los organismos de la Administración Pública.

⁴⁰ Urzúa Valenzuela, Germán; García Barzelatto, Ana María, *vid. op. cit.*, págs. 206 a 208.

Data de este tiempo histórico, entonces, la concurrencia plural del Estado en el ámbito nacional, en las esferas económica y social, bajo formas públicas: como personas administrativas, que se expanden desde las instituciones semifiscales y fiscales hacia las empresas fiscales o del Estado; y bajo formas privadas, sociedades, corporaciones y fundaciones, constituidas o formadas por el Estado mismo o por una persona jurídica de derecho público administrativo, en los campos económico y social, para viabilizar las nuevas ideas que irrumpieron exitosamente en el escenario político de la República.

8. LA EVOLUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO DE CHILE, REFLEJO DEL CONSENSO SOCIETARIO. La evolución que se ha reseñado muestra la dinámica de la Administración Pública chilena. Ella se ha formado en el transcurso del tiempo atendiendo a las necesidades del país y a las iniciativas socioeconómicas impulsadas por los Gobiernos, dentro de un consenso societario re-creador de las visiones occidentales del hombre, de la sociedad y del Estado, que transformó su concepción original a través de los diversos tiempos históricos vividos por el país.

Fue así como a mediados del siglo pasado la Administración por cargos públicos que contemplaba la Carta Fundamental de 1933 se orientó hacia una Administración por servicios públicos fiscales, dependientes o de administración central, concebidos como organizaciones técnicas que tomaron a su cargo la gestión de un determinado campo de la actividad administrativa.

El poder de las ideas sociales aceptadas en Chile y que se concretaron desde 1920 en adelante, gestó e institucionalizó las instituciones semifiscales y fiscales del Estado, haciendo emerger al mundo administrativo la descentralización por servicios, como una obra del legislador superadora de la descentralización conocida por la Constitución de 1925, que la reducía sólo al ámbito territorial, modelándola como un traspaso de atribuciones del poder central a las asambleas provinciales y a las municipalidades, así como a la formación de zonas para la actuación de los servicios nacionales.

La política del Frente Popular, que asumió el poder público en 1938 liderado por el Presidente Pedro Aguirre Cerda, impulsó la participación del Estado en el ámbito económico, en el patriótico esfuerzo de levantar la economía nacional des-

de el piso agrícola en que descansaba hacia la industrialización del país, haciendo irrumpir fuerte y desordenadamente ante los ojos de su tiempo, un gran número de organismos articulados bajo formas públicas y privadas: las empresas públicas del Estado, las empresas privadas del Estado, las corporaciones y fundaciones formadas o constituidas por organismos del sector público, todos los cuales vinieron a sumarse a las organizaciones de orden y de seguridad creadas bajo la Constitución Política de 1833 y a las de carácter social surgidas por mandato del legislador desde 1920 en adelante, presentando un cuadro poblado de protagonistas administrativos de distintas variedades.

La Administración Pública chilena, así, recorrió un itinerario complejo en sus detalles, pero coherente y comprensible en su línea de desarrollo, como que expresó, asimilándola, la sensibilidad con que el mundo occidental había marcado sus períodos de vida institucional: primero, en tiempos de inestabilidad, buscó estabilizarse con el sistema de centralización; posteriormente, al expandirse, se proyectó al de descentralización territorial, primero, y al de descentralizado funcional: de prestación social y económica, después.

Al concurrir diversos protagonistas al escenario administrativo, se produjo un fuerte crecimiento por agregación de la Administración chilena, desconcertante para su tiempo.

Sin embargo, como se verá en el capítulo siguiente, la surgencia al mundo administrativo de estas diversas entidades, constitucionales y legales, públicas y privadas, hallará un lugar coherente en el ámbito de las entidades de servicio, en una solución ampliamente compartida por los círculos especializados en administración pública.

9. LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO A 1970: UNA REALIDAD PROTEICA. El impacto que produjeron los factores administrativos, sociales y socioeconómicos de cambio en el estrecho escenario diseñado por la Constitución de 1833, se tradujo en la transformación de la administración chilena en una realidad compleja, difícil de captar por lo proteico de la estructura surgida de su evolución, cambiante de formas y contenidos, con una terminología original, a la búsqueda de la identidad en su iter histórico en los diversos períodos que cubrió su recorrido.

Primero medió en su desarrollo un factor de simple crecimiento, si se quiere un elemento técnico que la llevó a buscar una mejor manera de desempeñar sus mayores funciones, circunstancia que motivó la aparición de los servicios fiscales, dependientes o de administración central.

Luego, desde 1920 en adelante, hubo un fuerte viraje valórico: de una convicción individualista, la sociedad chilena pasó a institucionalizar ideas sociales caracterizadas por la participación activa del Estado en la vida colectiva, aunque orientada ahora hacia el bienestar-beneficio de las personas-habitantes de la nación.

Con posterioridad a 1938, esta participación del Estado asumiría campos, formas y matices más amplios, profundizando la acción social y extendiéndose claramente al campo económico, lo que llevó a la Administración a adoptar figuras empresariales de derecho público y de derecho privado, y a apoyarse en corporaciones y fundaciones de derecho común, todo lo cual hizo irrumpir en la esfera administrativa a organismos de muy diferente estructura, generadores de una terminología de muy distinto sonido al hasta entonces conocido por el administrativismo y que, por lo mismo, dificultaron la comprensión del nuevo paisaje en que se desenvolvía la Administración Pública.

Así, aludiendo a las instituciones semifiscales, el profesor Carlos Balmaceda recuerda que “estos entes no han aparecido como una categoría general, sino como diversas entidades particulares. En otros términos, la situación es diferente a la del Código Civil, que determina cuadros generales a los cuales se irán amoldando las personas jurídicas que quieran constituirse. El legislador las iba creando a medida que las necesidades colectivas las hacían necesarias o indispensables”.

“Si, por ejemplo, se estimaba que la agricultura necesitaba un crédito más expedito y fácil que el que proporcionan las

instituciones privadas, el legislador creaba un organismo destinado a cumplir esa finalidad. Al establecerlas, no se preocupaba de amoldarlas a los tipos de personas jurídicas ya existentes ni tampoco seguía una concepción técnico-jurídica preestablecida; no creaba una clase general de entes, sino sólo tipos particulares. De aquí la gran confusión que reina en la materia.”¹

Atendidas estas circunstancias, puede comprenderse por qué don Enrique Silva pudo manifestar, en 1959, que las soluciones doctrinales en materia organizacional no estaban exentas de dificultades. “Reconocemos –señalará– que esto –la clasificación de los servicios públicos– presenta innumerables dificultades. En efecto, los servicios públicos han sido creados por el legislador sin atender a una pauta uniforme y su nacimiento ha ido surgiendo a medida que el Estado ha intuido la conveniencia de realizar una necesidad general mediante el procedimiento de derecho público.” La distinción entre instituciones semifiscales y establecimientos públicos, añadirá en 1969, “importa una tarea difícil” en razón “principalmente del régimen legal a que las ha sujetado el legislador”.²

Don Patricio Aylwin reconoció, asimismo, en aquel año 1959, que “las leyes comenzaron a aplicar esta denominación –instituciones semifiscales– en forma indiscriminada (las leyes 7.200 y 7.295, la primera, queriendo ordenarlas, y la segunda para otros efectos, hicieron sendas enumeraciones de ellas, las cuales no coincidían)”.

“A raíz de estas confusiones, la expresión de instituciones semifiscales hoy por hoy en Chile ha dejado de tener un significado unívoco, sirviendo para expresar realidades distintas.”³

Hubo también autores que manifestaron un franco desconcierto ante el paisaje organizacional que en este tiempo mostraba la Administración del Estado. “No hay nada más sombrío, por no decir oscuro dentro de nuestra legislación, que lo relacionado con las corporaciones y fundaciones de derecho público –dirá en 1970 don Carlos Anabalón Santander–. Nadie tiene,

¹ Balmaceda Lazcano, Carlos, *El estatuto de las personas jurídicas*, Editorial Nascimento, Colección de Estudios Jurídicos, 1943, pág. 430.

² Silva Cimma, Enrique, *Apuntes*, tomo I, *op. cit.*, pág. 238; *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, tomo II, 1969, *cit.*, pág. 283.

³ Aylwin Azócar, Patricio, *vid. op. cit.*, tomo I, págs. 135 y 136.

entre los entendidos, un concepto claro y seguro sobre esta intrincada cuestión y, para mayor confusión, las nuevas leyes, lejos de explicarla en cualquier forma, han venido a complicarla aún más con la creación de ciertas instituciones con los nombres de fiscales y semifiscales, denominación esta última que ni siquiera es propia, con sólo atender a que el vocablo 'semi' significa mitad precisa, por lo que aquellas instituciones debieran llamarse mejor 'cuasifiscales'.⁴

El legislador no fue ajeno a esta percepción. El 30 de noviembre de 1964, el Gobierno del Presidente Frei Montalva remitió a la Cámara de Diputados un proyecto de reforma constitucional, en el cual el Supremo Gobierno reconocía que “el crecimiento de las funciones del Estado moderno y su intervención en materias económicas ha dado origen en los últimos decenios a numerosos organismos, instituciones o empresas en las que participa el Fisco y a través de las cuales se satisfacen necesidades colectivas. Estas entidades, que el constituyente de 1925 no previó, se han ido agregando a la estructura administrativa de un modo desordenado y confuso, lo que ha producido una verdadera anarquía en materia de organización, denominación y régimen jurídico de los diversos servicios que integran la Administración”. Para superar esta verdadera anarquía, proponía establecer una categorización de organismos administrativos que normalizara la terminología aplicable a ellos.

La Corte Suprema de Justicia también constató la complejidad de la Administración del Estado. En su fallo de 5 de noviembre de 1959, al analizar las instituciones semifiscales, hizo presente que estas entidades eran “una simple modalidad, una forma de adaptación del Estado a sus nuevas funciones, que antes no entraban en su órbita de acción, sino únicamente en la de los particulares, y que ahora, por voluntad e intención del legislador, ejecuta para satisfacer una necesidad colectiva que considera merecedora de atención estatal y que debe solucionar buscando el bien común”.

La Contraloría General de la República, en su importante dictamen N° 55.741, de 1957, testimoniaría también esta reali-

⁴ Carlos Anabalón Santander, *Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno*, tomo 1º, volumen III, 2ª edición, Santiago de Chile, 1970, pág. 184, nota XXIX.

dad administrativa, al reconocer que en el ordenamiento jurídico concurría una “diversidad de concepción de las leyes que han creado algunos servicios o instituciones” y que la institución semifiscal “no ha sido definida por el legislador, pese al cúmulo de disposiciones que a ellas han debido referirse en los últimos años y que son consecuencia de las innumerables actividades en que ha debido intervenir el Estado, de acuerdo con su más moderna concepción”.

La complejidad de la Administración Pública seguiría desconcertando a sus observadores por bastante tiempo más. No puede dejar de llamar la atención, dirá Raúl Garrido en 1966, “la caótica confusión en que ha incurrido el legislador”; “existe una verdadera anarquía legislativa en esta materia”, agregará Hernán Vela el año 1970.⁵

Y en 1977, durante la discusión del proyecto de nueva Constitución Política, en el seno de la Comisión de Estudio de la Carta Fundamental, en la sesión N° 309, de 2 de agosto de 1977, aun se constataba que “ese conjunto de instituciones administrativas existentes en Chile es muy difícil de asir y casi caótico en su nomenclatura, organización y actuación”, proponiéndose, para superar tal situación, establecer en la misma Carta Fundamental “ciertas bases acerca de la administración del Estado”.

10. LAS DIFICULTADES DE UNA SISTEMATIZACIÓN DEL CUADRO ORGANIZACIONAL ADMINISTRATIVO. Junto al crecimiento por agregación que experimentó la Administración del Estado durante las etapas antes indicadas, y hasta cierto punto de vista precisamente por ello, la categorización y denominación de las formas organizacionales de la administración chilena se encontró a mediados de este siglo con serias dificultades, generadas por la profunda transformación que estaba experimentando el Estado como consecuencia de su paso de Estado gendarme a Estado prestacional, transformación que al compatibilizar visiones liberales de orden con aspiraciones sociales de servicio quebraba defini-

⁵ Garrido, Raúl, *Las empresas estatales*, Editorial Jurídica de Chile, 1966, pág. 55. Vela Soto, Hernán, *De las empresas autónomas del Estado, en general, y de la Empresa Portuaria de Chile, en particular*, memoria de prueba, Universidad Católica de Valparaíso, 1970, pág. 22.

tivamente la concepción del gobierno-directivo auxiliado por una administración-operativa, para liberar a la Administración Pública de la jerarquía presidencial y hacerla titular independiente de una prestación-gestión descentralizada.

Las dificultades encontradas por la doctrina chilena para sistematizar el cuadro organizacional de la Administración del Estado, acreditará la realidad socioeconómica que vivía el país. Ellas fueron tres:

–En primer lugar, se halló ante el desafío de modelar un diseño organizacional que interpretara adecuadamente las normas constitucionales y las disposiciones legales, que no coincidían entre ellas en concepción ni en denominación.

–En segundo término, en el campo organizacional general, se encontró ante el escollo representado por la concepción y terminología aceptadas por el derecho civil, que hablaba de establecimientos públicos costeados con fondos del erario, en tanto la concepción y terminología administrativistas se referían a las instituciones semifiscales y fiscales y a las empresas del Estado, figuras organizacionales desconocidas para el Código Civil, y que por consiguiente requerían de una explicación suficiente y aceptable dentro del derecho, y

–En tercer lugar, al asimilar el administrativismo la teoría del servicio público, que pasó a ser, como se repitió muchas veces con Gastón Jèze, la piedra angular del derecho administrativo, debió armonizar esta perspectiva con las ideas de antiguo aceptadas por el administrativismo, de poder público, por una parte, y de sujetos de derecho, personas, por la otra, planteando la interrogante de determinar cómo habrían de coexistir, en la práctica, imágenes jurídicas de distinto origen y proyección.

Se comenzará analizando en este capítulo la primera de estas dificultades sistemáticas y a examinar cómo llegó a elaborarse, para aquellos tiempos, un diseño administrativo teniendo normas constitucionales de estilo tradicional y disposiciones legales de contenido actual.

*Sección primera***EL TRADICIONALISMO CONSTITUCIONAL FRENTE
A LA DINAMICA LEGISLATIVA**

11. ¿CÓMO CONCILIAR CONSTITUCIÓN Y LEY? En verdad, la historia del derecho administrativo chileno muestra al constituyente y al legislador discurriendo por caminos paralelos.

A 1833, la Constitución Política había concebido una administración por cargos públicos, en tanto el legislador y el Presidente de la República se inclinaron decididamente desde mediados del siglo hacia una administración por servicios públicos.

A 1925, mientras la Constitución Política concibió una administración nacional formada por servicios públicos fiscales, que llamó generales en su artículo 107, el legislador prestó un franco y abierto estímulo al desarrollo de un gran sector descentralizado funcional que la Carta Fundamental no pudo seguir ignorando, como que lo incorporó al texto del Código Político en la reforma de 1943, bajo los nombres de empresas fiscales e instituciones semifiscales.

Por supuesto, las distintas percepciones que anidaban tras estos cambios influían de una manera determinante en la construcción teórica del derecho administrativo, lo que hacía que sus cultores se encontraran ante una tradición-formación presidencialista de raíz constitucional, fundamento de la centralización administrativa y de un diseño vertical, y simultáneamente frente a una sólida regulación legal, estructuradora de una descentralización por servicios, en un esquema de gestión administrativa independiente que hablaba más bien de un diseño global de acción horizontal, con énfasis en la coordinación y en la supervigilancia del gobierno respecto de las entidades descentralizadas que lo formaban, antes que en el poder jerárquico.

Esta tensión obligó a generar soluciones doctrinales y jurisprudenciales que la explicaran.

En el mismo orden, primero se examinarán las soluciones aportadas por la doctrina de derecho administrativo; luego las alcanzadas por la jurisprudencia.

12. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA. La doctrina, a 1959, presentó dos construcciones de la Administración chilena, la del pro-

fesor Enrique Silva Cimma y la del profesor Patricio Aylwin Azócar.

Don Enrique Silva Cimma, basado en el texto de la Constitución de 1925, distinguía la administración central de la administración descentralizada territorial.

Por aquel año, el Código Político hablaba ya, desde 1943, de Administración Pública, empresas fiscales e instituciones semifiscales en el campo administrativo nacional, y de asambleas provinciales y municipalidades en el ámbito territorial, disponiendo en su artículo 107 que el legislador procedería a descentralizar los servicios nacionales por zonas y a radicar parte de las atribuciones que ellos ejercían en las asambleas provinciales y en los municipios, postulando, de esta manera, aumentar la competencia de los organismos establecidos por la Constitución para la administración provincial y comunal o local, a expensas de la administración nacional.

Artículo 45, inciso 2º. Corresponderá exclusivamente al Presidente de la República la iniciativa... para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados y para conceder o aumentar sueldos y gratificaciones al personal de la Administración Pública, de las empresas fiscales y de las instituciones semifiscales...

Artículo 94. La Administración de cada provincia reside en el Intendente, quien estará asesorado, en la forma que determine la ley, por una Asamblea Provincial, de la cual será su Presidente.

Artículo 95. Cada Asamblea Provincial se compondrá de representantes designados por las Municipalidades de la provincia en su primera sesión, por valor acumulativo.

Estos cargos son concejiles y su duración será por tres años.

Las Municipalidades designarán el número de representantes que para cada una determine la ley.

Artículo 101, inciso 1º. La administración local de cada comuna o agrupación de comunas establecidas por ley, reside en una Municipalidad.

Artículo 102. Las Municipalidades tendrán los regidores que para cada una de ellas fije la ley. Su número no bajará de cinco ni subirá de quince.

Estos cargos son concejiles y su duración es de cuatro años.

Las elecciones generales de regidores tendrán lugar en el año subsiguiente al de cada elección general de diputados y senadores.

Artículo 107. Las leyes confiarán paulatinamente a los organismos provinciales o comunales las atribuciones y facultades administrativas que ejerzan en la actualidad otras autoridades, con el fin de proceder a la descentralización del régimen administrativo interior.

Los servicios generales de la Nación se descentralizarán mediante la formación de las zonas que fijen las leyes.

En todo caso, la fiscalización de los servicios de una provincia corresponderá al Intendente, y la vigilancia superior de ellos, al Presidente de la República.

En efecto, descentralizar, para la Carta de 1925, significaba robustecer la acción administrativa de los organismos que establecía a nivel territorial, era un verbo que se conjugaba sólo en beneficio de las autoridades provinciales y comunales, y de la creación de oficinas zonales de los servicios generales o nacionales, como los denominaba la Constitución Política, idea ajena a toda descentralización funcional o por servicios, como dirá más tarde la doctrina para referirse a esta modalidad del sistema organizacional descentralizado.

De aquí que al desarrollar el cuadro sinóptico de la Administración del Estado de Chile, el profesor Silva lo hiciera mostrando la “Administración Activa” en esa gran dimensión que distinguía las dos grandes ramas:

–La administración central, formada por los servicios fiscales, los servicios con régimen de autonomía, las instituciones y las empresas públicas; y

–La administración descentralizada, constituida por:

“1. Asambleas Provinciales.

2. Municipalidades.”⁶

La administración central, en este esquema, era considerada, naturalmente, sinónima de nacional; la administración descentralizada lo era administración provincial o comunal.

El profesor Patricio Aywin, por aquel mismo año de 1959, veía a la Administración del Estado estructurada de distinta forma.

Al detenerse en los diversos sistemas de organización administrativa, señala que ellos son tres: “1. Centralización. 2. Descentralización. 3. Concesión”.

Agrega que la descentralización consiste en prestar el servicio público “indirectamente por el Estado por medio de personas jurídicas de derecho público que el Estado crea, con cargo al patrimonio público, distinto al fiscal; de personas que obran con mayor o menor autonomía, con poderes propios de decisión, sin subordinación jerárquica, por lo tanto, al poder central”. “Tal es el caso de las Municipalidades y Cajas de Previsión” y de “los servicios de economía mixta, tan frecuentes en Europa. Se trata generalmente de servicios comerciales o industriales cuyos capitales emanan

⁶ Silva Cimma, Enrique, *Apuntes, vid., op., cit.*, págs. 241, 273 y 274.

de una asociación entre el Estado y accionistas particulares, bajo la forma de sociedades anónimas”.⁷

Hay, pues, una visión distinta de la administración chilena, entre aquella ofrecida por el profesor Silva y ésta, contenida en la obra del profesor Aylwin.

Para el profesor Silva, la administración central estaba constituida por los servicios fiscales, los servicios con régimen de autonomía, las instituciones semifiscales y fiscales, y las empresas semifiscales y fiscales; para el profesor Aylwin, estos dos últimos tipos de servicios públicos: las instituciones y las empresas públicas, eran servicios que no pertenecían al sector central, sino al descentralizado funcional o por servicios, como las asambleas provinciales y las municipales lo eran al descentralizado territorial.

¿A qué obedeció esta diversa sistematización del organigrama administrativo del país?

La respuesta, como toda búsqueda jurídica a una interrogante también de derecho, ha de encontrarse en razones objetivas. En palabras del profesor Aylwin, “desde el punto de vista pura y estrictamente jurídico, carecen de importancia las particulares concepciones de cada cual; debemos atenernos simplemente a la voluntad o intención del legislador”.⁸

Conforme, pues, a esta perspectiva objetiva de las cosas ha de dimensionarse la construcción jurídica que respalda los cuadros clasificatorios que se han examinado, bajo los cuales, como se adelantara, existía un claro contrapunto entre tradición e interpretación constitucional y una bullente dinámica legal.

La Constitución de 1925, en efecto, como se destacara con anterioridad, no consultaba más que la descentralización territorial. Ignoró la descentralización funcional o por servicios.

Su artículo 107, único precepto que en su texto se refería a la descentralización administrativa, prescribía que las leyes confiarían paulatinamente a los organismos provinciales o comunales las atribuciones que ejercieran las autoridades nacionales, y que los servicios generales, que eran los de carácter nacional, se descentralizarían “mediante la formación de las zonas que fijen las leyes”.

⁷ Aylwin Azócar, Patricio, *vid. op. cit.*, tomo I, págs. 114 a 116.

⁸ Idem, pág. 92.

Artículo 107. Las leyes confiarán paulatinamente a los organismos provinciales o comunales las atribuciones y facultades administrativas que ejerzan en la actualidad otras autoridades, con el fin de proceder a la descentralización del régimen administrativo interior.

Los servicios generales de la Nación se descentralizarán mediante la formación de las zonas que fijen las leyes.

En todo caso, la fiscalización de los servicios de una provincia corresponderá al Intendente, y la vigilancia superior de ellos, al Presidente de la República.

Ante esta regulación constitucional, diferente de la realidad legal: ¿Cómo habrían de clasificarse los organismos públicos?

¿Conforme a la Constitución, de acuerdo a las leyes? ¿O conjugando ambas visiones?

¿Desde qué ángulo cabía, pues, elaborar el organigrama administrativo de la nación?

La opción de hacerlo desde el punto de vista de la Constitución Política obligaba a respetar la conceptualización y terminología constitucionales, asignando a la voz descentralización el sentido estrictamente territorial que le reconocía el artículo 107. Lo contrario significaría, en palabras del profesor J. Domingo Amunátegui Rivera, “la ruptura de la unidad nacional”, pues “no es aceptable la doctrina de los que, en la Administración general del Estado, rompen la jerarquía administrativa, separan de la injerencia natural del Jefe de Estado servicios públicos que deben conservarse en sus manos i llega a convertir cada repartición administrativa en pequeños poderes absolutos”.⁹

La alternativa de priorizar la normativa legal significaba extender la cobertura de la voz descentralización hacia un ámbito no reconocido por la Constitución, aunque hecho suyo por la ley.

Don Enrique Silva se inclinó por la primera opción, recorriendo un camino que le llevó a hacer primar en su construcción jurídica lo que era el sentido constitucional y a circunscribir la palabra descentralización, en consecuencia, a la esfera territorial.

Por ello, consideró que todos los servicios con competencia nacional eran servicios centrales, generales de la nación, no descentralizados. “Si partimos de la base necesaria de que de

⁹ Amunátegui Rivera, J. Domingo, cit., págs. 196 y 197.

conformidad con nuestra Constitución Política corresponde al Presidente de la República la administración superior del Estado –dice– y que esta administración la realiza por intermedio de los servicios de la Administración Pública, tendremos necesariamente que concluir que todos estos organismos, cualquiera que sea su nomenclatura, constituyen servicios de la Administración del Estado.” Por mandato legislativo y al ritmo de las nuevas necesidades públicas, han nacido múltiples servicios, aun “los servicios personificados, que indudablemente deberemos tomarlos en cuenta dentro de una clasificación general de los servicios de la Administración central del Estado”,¹⁰ esto es, de la Administración nacional, no territorialmente circunscrita a una parte del país.

Don Patricio Aylwin optó por la segunda alternativa. Clasificó los organismos administrativos conjugando criterios legales y doctrinarios, reparando en los matices organizacionales que mostraba la realidad legislativa y aceptando como parte del organigrama administrativo a los organismos que el legislador había creado desde 1920 en adelante para concretar el ejercicio de la función administrativa: los servicios con personalidad jurídica propia y con competencia en diversos campos socioeconómicos que configuraron efectivamente lo que pasó a llamarse más tarde el sector funcionalmente descentralizado.

Fueron personas administrativas que pasaron a asumir por sí mismas, a través de una gestión independiente, con sus propios recursos humanos, materiales, financieros y tecnológicos, la satisfacción de una necesidad pública, relacionándose con el poder central sólo a través de un vínculo de supervigilancia o tutela.

Deberían pasar algunos años para que el administrativismo chileno compatibilizara la visión constitucional con la legislativa, sistematizando la existencia de los grandes sectores administrativos que hoy caracterizan a la Administración Pública: el sector central y el sector descentralizado, este último, funcional y territorialmente descentralizado.

Así lo demuestra el *Derecho Administrativo Chileno y Comparado* del profesor Silva, obra que en 1969 modelará una Administración Pública estructurada en una administración central y

¹⁰ Silva Cimma, Enrique, *Apuntes, op. cit.*, págs. 240, 237 y 238.

en una administración descentralizada, esta última escindida en dos ramas: la “Descentralización Funcional” y la “Administración Territorial”.

Sin embargo, esta compatibilización y consiguiente sistematización de los órganos y organismos de la Administración no fue sólo un reordenamiento doctrinal del cuadro clasificatorio de la Administración del Estado de Chile: en el fondo significó para el administrativismo hacer suyo el fenómeno de la liberación organizacional de la Administración Pública del Estado persona jurídica, precisamente a través de formas descentralizadas que la hacían escapar del tradicional centro de decisiones soberanas reconocidas al Presidente de la República sobre la Administración, para reconocer nuevas entidades conformadoras de la descentralización por servicios con independencia de decisión y de gestión, fenómeno inédito hasta entonces dentro de la administración chilena.

Una vez más la vida administrativa, representada esta vez por el legislador, gobierno-parlamento, había cobrado a la Constitución Política sus exigencias de realización en beneficio de la sociedad, e incorporado una nueva tipología administrativa al cuadro de la administración chilena: los entes descentralizados funcionales o la descentralización por servicios.

La libertad ciudadana, que se había plasmado en el siglo XIX en el ámbito de lo personal-individual, se proyectaba y alcanzaba ahora al mundo institucional generando las personas público-administrativas.

13. LA SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

13. A. LAS ETAPAS JURISPRUDENCIALES: 1957 Y 1960. La Constitución de 1925, en su texto original, se sabe ya, reconocía sólo la existencia de la Administración Pública, en cuanto administración central o general, y de las asambleas provinciales y municipalidades a nivel territorial.

En consecuencia, desconocía la descentralización funcional o por servicios, de modo que omitía toda referencia a las entidades funcionalmente descentralizadas.

Artículo 43. Son atribuciones exclusivas del Congreso:

1°. Aprobar o reprobado anualmente la cuenta de la inversión de los fondos destinados para los gastos de la administración pública que debe presentar el gobierno.

Artículo 44. Sólo en virtud de una ley se puede:

4º, *primera parte.* Aprobar anualmente el cálculo de entradas, y fijar en la misma ley los gastos de la administración pública.

5º, *primera parte.* Crear o suprimir empleos públicos; determinar o modificar sus atribuciones; aumentar o disminuir sus dotaciones; dar pensiones y decretar honores públicos a los grandes servidores.

Como el único sector público que existía en el siglo pasado y que aprobaba sus presupuestos de ingresos y gastos con la participación del Congreso Nacional era el estrictamente estatal, esto es, el correspondiente a la persona jurídica Estado o fisco, la expresión administración pública empleada por la Constitución Política de 1833, primero, y por la de 1925, después, se hizo sinónima de administración fiscal, dependiente o centralizada, denominándose con ella, en consecuencia, única y exclusivamente al complejo orgánico que dependía directamente del Presidente de la República.

Sin embargo, la incorporación al cuadro de la Administración del Estado de los organismos descentralizados funcionales que se han conocido, a raíz de la incidencia en el sector público de los factores sociales y socioeconómicos de cambio que impactaron la realidad chilena, hizo que el constituyente, en la reforma del año 1943, aprobada por la Ley N° 7.727, reconociera la existencia de estos nuevos organismos y los insertara en el texto del Código Político.

De aquí que el inciso 3º del artículo 45 de la Carta Fundamental, por efecto de esta reforma, pasara a considerar desde el año 1943 junto a la Administración Pública a dos grandes tipos de entidades administrativas: “las empresas fiscales” y “las instituciones semifiscales”.

Artículo 45, inciso 3º. Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa... para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados y para conceder o aumentar sueldos y gratificaciones al personal de la Administración Pública, de las empresas fiscales y de las instituciones semifiscales.

Precisamente, basándose en este artículo, la Contraloría General de la República habría de modelar la primera gran sistematización jurisprudencial de la Administración del Estado de Chile.

Lo hizo desde dos puntos de vista:

—En una primera etapa, marcada por el año 1957, la Contraloría General, en una tesis restrictiva, aceptó al artículo 45,

inciso 3º, como criterio basal de una clasificación constitucional y por ende taxativa de los organismos constitutivos de la Administración, cerrando el cuadro clasificatorio de la Administración del Estado a toda realidad legislativa distinta de la constitucional;

–En un segundo período, marcado por el año 1960, la Contraloría General de la República liberó el cuadro clasificatorio del marco constitucional que había impuesto el año 1957 y admitió la existencia de otros organismos administrativos, distintos de los mencionados por el inciso 3º del artículo 45 de la Constitución Política, abriendo el organigrama de la Administración Pública a otros organismos administrativos creados por el legislador.

13. B. LA TESIS RESTRICTIVA: NO HAY MÁS ORGANISMOS O SERVICIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO QUE LOS CONSULTADOS COMO TALES POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. EL DICTAMEN N° 55.741, DE 1957. En el dictamen N° 55.741, de 1957, en efecto, la jurisprudencia administrativa afirmó la doctrina de la suficiencia de las normas constitucionales para caracterizar a los organismos de la Administración del Estado.

Partiendo del precepto constitucional que radicaba en el Presidente de la República la titularidad de ejercicio de la función administrativa del Estado, la Contraloría General sostuvo en ese informe que el Primer Mandatario no podía ejercer esta actividad sino por medio de los organismos consultados expresamente con tal objeto en la Constitución Política, de manera que en el cuadro clasificatorio de la Administración Pública no podía haber más organismos o servicios públicos que los establecidos expresamente con tal objeto por la Carta Fundamental.

De esta manera, la denominación y características jurídicas de una determinada entidad administrativa debían derivar necesariamente de las normas contenidas en el Código Político, cuyas disposiciones pasaban a excluir la aceptación-aplicación de toda norma de simple rango legal.

Al pronunciarse sobre la materia consultada, expresó el dictamen N° 55.741, de 1957, “esta Contraloría debe recurrir, en primer término, a las disposiciones constitucionales que se refieren a los organismos integrantes de la Administración del Estado”.

“A este respecto puede afirmarse que el Presidente de la República, en el ejercicio de la función de administrar el Estado que le encomienda en forma privativa la Carta Fundamental, debe recurrir a los únicos organismos que la misma Carta señala como ejecutores de esta facultad.

Ellos no pueden ser otros que aquellos a que se refiere el artículo 45 de la Constitución, que al entregar al Presidente de la República la iniciativa en la proposición de leyes que tiendan a crear nuevos servicios públicos o empleos rentados y en la concesión de aumentos de sueldos y gratificaciones a los empleados del Estado, ha señalado en forma categórica cuáles son los organismos por medio de los cuales el Presidente realiza su función de administrar, esto es: la Administración Pública, las empresas fiscales y las instituciones semifiscales.

No hay, pues, más organismos o servicios de la Administración del Estado que éstos, y pese a la diversidad de concepción de las leyes que han creado algunos servicios o instituciones, esta Contraloría puede afirmar que todos los organismos administrativos en que el Estado, representado por el Presidente de la República, tiene intervención, deben quedar, necesariamente, encuadrados en alguna de esas tres nomenclaturas.

En otras palabras, en este dictamen la Contraloría General de la República reiteró y proyectó hacia el ámbito de la Administración el concepto instrumental de servicio público que había delineado el Estatuto Administrativo de 1944, al decir que eran “los organismos de que dispone el Gobierno para realizar los fines del Estado”, engarzando esta idea en el texto de la Constitución, para reconducir a los servicios públicos a tipos organizacionales claramente tipificados, bajo las órdenes del Primer Mandatario.

13. B. A) EL CONCEPTO DE INSTITUCIÓN SEMIFISCAL CONTENIDO EN EL DICTAMEN N° 55.741, DE 1957. La institución semifiscal, expresó el dictamen que se está examinando, “no ha sido definida por el legislador, pese al cúmulo de disposiciones que a ellas han debido referirse en los últimos años y que son consecuencia de las innumerables actividades en que ha debido intervenir el Estado, de acuerdo con su más moderna concepción. Pero es indudable que esta expresión institución semifiscal se debe considerar como una nomenclatura genérica que sea comprensiva de todas aquellas actividades administrativas en que el Estado

tenga alguna intervención, sea mediante designación de sus presidentes, directores, consejeros o empleados; aporte de capitales en cualquier forma; fiscalización por medio de sus organismos legalmente establecidos, Contraloría General de la República, Superintendencia de Bancos, etc.”

“En el mismo sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia de nuestros Tribunales, pudiendo citarse al efecto el fallo del recurso de queja de la Caja Nacional de Ahorros contra la Comisión Central Mixta de Sueldos, de fecha 26 de noviembre de 1943.”

13. B. B) EL CONCEPTO DE INSTITUCIÓN SEMIFISCAL EN LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL. Paralelamente, la jurisprudencia judicial de aquel tiempo, como lo recuerda el mismo dictamen N° 55.741, de 1957, alcanzó sus propias definiciones de institución semifiscal.

En general, las instituciones semifiscales se presentaban al poder judicial como “órganos por cuyo intermedio el Estado cumple fines específicos, similares a los de un servicio público”, como señaló la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de 29 de diciembre de 1961.

Específicamente, la primera definición judicial de estas instituciones se contuvo en la sentencia de 26 de noviembre de 1943 de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de la cual “esa designación comprende a aquellas instituciones cuyo origen deriva de la ley, son regidas por un estatuto legal especial, realizan fines de interés público; cuentan con un patrimonio independiente que les quita el carácter de un servicio del Estado y tienen personalidad jurídica propia que les da autonomía, pero sobre las cuales la administración ejerce una tución o vigilancia mediante los representantes que designa ante sus consejos directivos y los fiscaliza por alguna de sus instituciones propias, como la Contraloría, la Superintendencia de Bancos, etc.”

Posteriormente, por fallo de 23 de diciembre de 1961, la Corte de Apelaciones de Santiago habría de expresar que “con arreglo a la doctrina y a lo resuelto por los tribunales, las instituciones pueden definirse como ‘los servicios u organismos públicos, creados por ley para realizar determinados objetivos de interés general, que tienen personalidad jurídica propia, disponen de recursos financieros constituidos con el aporte del Estado en cualquiera forma (sea para reunir su capital o

para asegurar su funcionamiento) y, a veces, con aportes de particulares; son dirigidos por Consejos formados por representantes del Estado y de particulares (administración mancomunada), gozan de autonomía administrativa más o menos intensa, disfrutan de franquicias especiales –particularmente en materias tributarias y de procedimiento–, utilizan las formas jurídicas de derecho privado, están sujetas al control especial del poder central (sea a través de la Contraloría General de la República, de la Superintendencia de Bancos, etc.) y carecen de imperio o facultad de dictar normas de carácter obligatorio”.

13. B. C) EL CONCEPTO DE EMPRESA FISCAL CONTENIDO EN EL DICTAMEN Nº 55.741, DE 1957. “Dentro del concepto de empresa fiscal –dijo el dictamen Nº 55.741, de 1957– la Constitución Política involucra indudablemente a aquellos servicios personificados y patrimonializados mediante los cuales el Estado atiende necesidades públicas con características esencialmente comerciales. Es el caso, entre otros, de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, la Empresa Nacional de Transportes, la Empresa Marítima del Estado, etc.”

13. B. D) LA ACEPTACIÓN JUDICIAL DE LA TESIS DEL DICTAMEN Nº 55.741, DE 1957. La Corte Suprema de Justicia, en el fallo de 27 de septiembre de 1968, coincidió con el criterio categorizador extraído por la Contraloría General de la República del artículo 45, inciso 3º, de la Constitución de 1925, y según el cual el cuadro clasificatorio de la Administración del Estado era un circuito cerrado que no permitía complementación innovadora alguna ajena a la tipología orgánica descrita en ese precepto.

Pronunciándose sobre la naturaleza jurídica del Banco del Estado de Chile, la Excma. Corte manifestó en esa sentencia que “del artículo 1º del DFL Nº 251, de 1960, se deduce, necesariamente, que dicho Banco no es parte de la Administración Pública, ni es institución semifiscal; la calificación de empresa que por razones claras la ley le asigna, sólo permite ubicarlo dentro de la noción de empresa fiscal del Estado”.

Según puede advertirse, la única manera de deducir “necesariamente” la naturaleza de empresa fiscal del Estado del Banco del Estado de Chile luego de desechadas las posibilidades

de que esta entidad pudiera constituir un organismo de la Administración Pública o una institución semifiscal, era derivando ese carácter de un proceso de caracterización-eliminación realizado contra un modelo que impedía explorar una solución distinta de las allí ofrecidas, circunstancia que una vez aceptada obligaba a configurar a todo órgano u organismo del sector público dentro de los tipos administrativos aceptados por la Carta Fundamental: Administración Pública, institución semifiscal o empresa fiscal, como había concluido el dictamen N° 55.741, de 1957.

13. C. LA APERTURA DE LA CLASIFICACIÓN DE 1957: LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES PERMITIERON CONSIDERAR COMO PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO A LAS INSTITUCIONES FISCALES Y A LAS MUNICIPALIDADES. LOS DICTÁMENES N°s 80.429, DE 1960, Y 11.537, DE 1973. La clasificación de los servicios de la Administración del Estado alcanzada por la Contraloría General de la República en su dictamen N° 55.741, de 1957, buscó, naturalmente, y logró sin lugar a dudas ofrecer una visión unitaria y armónica de la Administración Pública, dentro de la variedad de figuras organizacionales que habían surgido al interior del sector público chileno.

Pero la rigidez de sus planteamientos, que premeditadamente habían desconocido la variedad legislativa en aras de postular la unicidad constitucional, se quebró con motivo de dos dictámenes aprobados con posterioridad: el N° 80.429, de 1960, y el N° 11.537, de 1973, que admitieron en el cuadro organizacional de la Administración Pública a las instituciones fiscales y a las municipalidades, respectivamente.

En efecto, el dictamen N° 80.429, de 1960, aceptó, dentro de la categoría instituciones, el tipo instituciones fiscales como figuras administrativas legítimamente admitidas por el ordenamiento y diferentes de las instituciones semifiscales que contemplaba el artículo 45, inciso 3°, de la Constitución de 1925.

Invocado el beneficio de trienios por un profesor fiscal, haciendo valer servicios prestados en el Servicio Nacional de Salud, persona jurídica de derecho público que se relacionaba con el Ejecutivo a través del Ministerio de Salud, la Contraloría General comenzó por expresar que como dichos aumentos de remuneraciones se devengaban por *servicios fiscales* prestados al Estado, lo primero que correspondía examinar era “si ese orga-

nismo pertenece a la administración pública fiscal, por cuanto de ser afirmativa la solución, el tiempo trabajado en él por un funcionario de Educación podrá ser considerado como desempeñado para el Fisco y computado para los trienios que le corresponden de acuerdo con el Estatuto Administrativo”.

“Al respecto, debe recordarse la norma de la Constitución Política que previene textualmente que ‘Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad’.”

“De esta disposición es posible inferir que en la Administración Pública debe existir un servicio nacional de salubridad para cumplir la obligación que asume el Estado de velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país, y que el mantenimiento del servicio debe financiarse con cargo al Presupuesto de la nación, por cuanto el constituyente de 1925 hace referencia a una cantidad que anualmente debe destinarse a mantenerlo y las sumas que el Estado invierte se traducen en gastos que anualmente figuran en el Presupuesto fiscal.”

“En estas condiciones, puede afirmarse que el Servicio Nacional de Salud constituye un organismo al cual compete realizar un cometido funcional que la Constitución Política encomienda al Estado y que ordena financiar por medio de sumas que el Fisco debe destinar en su Presupuesto anual, circunstancias que permiten asignar a este Servicio el carácter de organismo fiscal, si bien con particulares características de autonomía en relación con la Administración central.”

“En efecto, debe tenerse presente que de acuerdo a lo establecido en su ley orgánica, el Servicio Nacional de Salud ‘será una persona jurídica, de administración autónoma, dependerá del Ministerio de Salubridad y se regirá por las disposiciones de la presente ley’. Como puede observarse, la ley ha dotado de personalidad jurídica y de autonomía de administración al Servicio Nacional de Salud, pero tanto este hecho como la circunstancia de que se contemplen otras fuentes de recursos para financiar su funcionamiento, distintas a los aportes presupuestarios fiscales, no obstan a que deba ser considerado como una institución fiscal con un régimen especial de autonomía, y no le confieren, por lo tanto, la naturaleza de institución semifiscal.”

Además, agregó este dictamen, el personal del servicio se rige por el Estatuto del personal de la Administración Civil del Estado.

El Servicio Nacional de Salud, en estas condiciones, concluyó diciendo el dictamen N° 80.429, de 1960, “constituye una institución perteneciente a la Administración Fiscal, si bien dotada de autonomía de administración y de personalidad jurídica para el mejor desarrollo de su actividad funcional.

A su vez, el dictamen N° 11.537, de 1973, confirmando la línea de apertura con que la Contraloría General de la República apreciaba ahora el cuadro clasificatorio de la Administración del Estado, admitió, en un breve enunciado, pero con múltiples radiaciones en la esfera del derecho público, que las municipalidades eran “una rama de la Administración estatal”, incorporando a los tradicionales municipios de raíz electiva vecinal, a la “Administración estatal”, lo que implicó, cualquiera que sea la acepción que se dé a la palabra Estado, restar a estas corporaciones aquella autonomía que históricamente se les reconocía ante el poder central.

13. D. SÍNTESIS. A 1973, entonces, la Administración del Estado-nación chileno aparecía conformada, según la jurisprudencia administrativa, por:

- La Administración Pública en sentido restringido, constituida por los servicios fiscales, dependientes o de administración central;
- Las empresas fiscales o del Estado;
- Las instituciones, semifiscales y fiscales, y
- Las municipalidades.

14. LAS FORMAS DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO: LAS EMPRESAS PÚBLICAS Y LAS EMPRESAS PRIVADAS DEL ESTADO. EL DICTAMEN N° 10.492, DE 1979. Normalmente la jurisprudencia de la Contraloría General de la República busca dictaminar atendiendo a circunstancias, normas y argumentos de derecho público. Sólo incidentalmente aplica el derecho privado, al reconocer un principio general de derecho o a título ilustrativo.

De allí que la actividad empresarial del Estado haya sido enfocada reiteradamente por la jurisprudencia desde la perspectiva jurídico-pública.

Así lo había hecho en el dictamen N° 55.741, de 1957, al formular el concepto constitucional de Administración Pública, de empresas fiscales y de instituciones semifiscales, y de igual manera habría de seguir haciéndolo más adelante.

En estas circunstancias, es natural que el dictamen N° 41.919, de 1959, al analizar las empresas fiscales o del Estado lo hiciera definiéndolas como “aquellos servicios que el Estado atiende comercialmente, haciendo empresa, y a los cuales les otorga cierta autonomía legal para su desenvolvimiento, tales como la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, FAMA E, etc.”, y que por dictamen N° 64.792, de 1970, añadiera que “lo peculiar en una empresa es el hecho de que exista un servicio personificado que persiga fines de carácter comercial o industrial, y, por lo mismo, que su actividad se traduce en celebrar o ejecutar actos de comercio”.

Desde este ángulo de caracterización de la actividad empresarial del Estado, dijo consecuentemente el dictamen N° 16.974, de 1970, “por empresas del Estado deben entenderse los servicios públicos que tienen personalidad jurídica de derecho público y persiguen fines comerciales o industriales, que realizan actos de comercio en el área del transporte: Línea Aérea Nacional-Chile, Empresa de Transportes Colectivos del Estado, Empresa de los Ferrocarriles del Estado, Empresa Marítima del Estado; de la agricultura, tal es el caso de la Corporación de la Reforma Agraria, del Servicio Agrícola y Ganadero, del Instituto de Desarrollo Agropecuario; de la construcción: Corporación de Mejoramiento Urbano, Corporación de la Vivienda, Corporación de Servicios Habitacionales, etc.”

Sin embargo, hay oportunidades en que la Contraloría General de la República se plantea consideraciones de más amplio espectro. Es lo ocurrido en el caso del dictamen N° 10.492, de 1979, en que la Contraloría General, refiriéndose a las empresas públicas, con motivo de una consulta que le fuera formulada y por los términos mismos en que le fue planteada, aceptó una visión general de la actividad empresarial del Estado.

La actividad empresarial del Estado, según este oficio, se expresa organizacionalmente en empresas públicas y empresas privadas del Estado.

“Las empresas del Estado o empresas públicas o estatales –dice este dictamen– son entidades creadas por la ley que tienen personalidad jurídica de derecho público distinta y separa-

da del Fisco; cuentan con un patrimonio propio que originalmente está constituido por fondos públicos y han sido dotadas de autonomía para gestionar el mismo. Son, además, organismos funcionalmente descentralizados que, con tal naturaleza, integran los cuadros orgánicos de la Administración. Cabe agregar que, no obstante contar con la citada autonomía, se encuentran bajo la supervigilancia del poder central, la que se ejerce de diversas formas, como son, a modo de ejemplo, la designación del Vicepresidente Ejecutivo, el que es de la exclusiva confianza del Presidente de la República, o el nombramiento de ciertos representantes en los directorios o consejos, el control jurídico de los actos más importantes, la aprobación previa de planes de inversión o de la planta de sus empleados.”

Las empresas privadas del Estado “comprenden las empresas, sociedades o entidades privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación”.

“Aun cuando el Estado o los entes públicos participen en dichas empresas privadas, tal hecho no tiene el alcance de modificar su naturaleza jurídica, que es esencialmente de derecho privado, sin que por ello, entonces, puedan considerarse formando parte de los cuadros orgánicos de la Administración como empresas del Estado.”

De esta manera, la actividad empresarial del Estado, según el dictamen N° 10.492, de 1979, origina dos tipos de organismos:

–Las empresas públicas del Estado, que son personas jurídicas de derecho público, servicios públicos personificados, como tales servicios descentralizados del Estado, y

–Las empresas privadas del Estado, que son personas jurídicas de derecho privado; sociedades, organizaciones que en tal carácter están al margen del cuadro orgánico de la Administración Pública por hallarse sometidas por entero al derecho común.

15. LA SISTEMATIZACIÓN DE LOS ORGANISMOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO DE CHILE ALCANZADA POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO: LOS DICTÁMENES N°S 23.379, DE 1959, Y 14, DE 1973. LA ESTRUCTURA DEL SECTOR

PÚBLICO: EL DICTAMEN N° 64.792, DE 1970. La labor cumplida por la Contraloría General para despejar y precisar el campo organizacional de la administración chilena durante el lapso de tiempo que discurre entre 1957, año del dictamen N° 55.741, y 1970, año en que se cierra el período formativo de la Administración Pública, se fue desarrollando con gran estabilidad en el tiempo.

Poco a poco, el organismo contralor logró clarificarse a sí mismo el panorama administrativo y fue capaz de precisar hacia la Administración y la ciudadanía el significado de diversos términos organizacionales, armonizando legislación y realidad administrativa.

Por este camino, en 1959, por dictamen N° 23.379, empezó precisando los conceptos de sector público y de sector privado.

El sector público, dijo en este pronunciamiento, está formado por el conjunto de organismos integrantes del Estado, por los servicios públicos; el sector privado, en contraposición a él, está constituido por los organismos o empresas que nacen y actúan de y por iniciativa privada.

“El conjunto de organismos integrantes del Estado constituyen el sector público en contraposición a los organismos o empresas que actúan por iniciativa privada o al margen del Estado. En otras palabras, podría decirse que los servicios públicos determinan el sector público frente al sector privado.”

“El concepto de sector público empleado en algunas leyes –precisó en el dictamen N° 14, de 1973– es comprensivo de todos aquellos servicios públicos que integran orgánicamente la Administración del Estado, señalados en la Constitución Política del Estado y que son, fundamentalmente, las reparticiones de la Administración central y los organismos, servicios, instituciones y empresas funcional y territorialmente descentralizadas, cuyas características comunes son las de ser entidades creadas por la ley con la finalidad de satisfacer una necesidad pública, que cuenta con un régimen jurídico especial y financiamiento con cargo a recursos fiscales o públicos en sentido amplio.”

¿Y qué es la Administración del Estado?

La frase Administración del Estado, señaló en el dictamen N° 50.423, de 1960, tiene, en la Constitución de 1925, un significado diferente al de Administración Pública. Administración del Estado “es un término genérico que comprende a todos los

servicios mediante los cuales el Presidente de la República cumple con su función de administrar el Estado que la Constitución le encomienda”: “dentro de este concepto quedan comprendidos los servicios fiscales, semifiscales y empresas del Estado”.

“En cambio, el término Administración Pública es específico, comprende a aquellos servicios fiscales, o sea, aquellos dependientes directamente del poder central y que actúan con la personalidad jurídica del Estado.”

Por consiguiente, la Administración del Estado está constituida por los servicios estatales; la Administración Pública, por los servicios fiscales.

“La expresión servicios fiscales –consignó el dictamen N° 65.241, de 1961, reiterado en 1967 por el N° 8.283– es más restringida que la de servicios estatales.”

“Por servicios fiscales sólo deben entenderse aquellos integrados a la Administración central, que carecen de personalidad jurídica propia y regulan sus gastos a través del presupuesto fiscal.”

“Los servicios o entidades estatales, bajo el común requisito de pertenecer al Estado, incluyen a todos los organismos que integran la Administración estatal, cualquiera que sea su denominación, naturaleza o régimen de administración.”

Por su parte, “la voz servicio público –dijo el dictamen N° 53.842, de 1968– abarca a todos los servicios de la Administración del Estado, sea que tales organizaciones dependan del Supremo Gobierno, sea que sólo se relacionen con él a través de los respectivos ministerios, como ocurre con las instituciones y las empresas públicas”.

La Contraloría General de la República mantuvo en el tiempo la categorización de los organismos administrativos que había logrado diseñar en el transcurso del tiempo.

Según esta tesis jurisprudencial, había diversos tipos orgánicos dentro de la Administración y como señaló el dictamen N° 53.842, de 1968, “la diferencia más notoria que se da en el campo de la Administración del Estado entre los distintos organismos que la integran, radica en el hecho de que algunos tienen personalidad jurídica y otros carecen de ella”.

Por eso despertó interés en los medios administrativistas el dictamen-síntesis N° 64.792, de 1970, que recogió resumidamente la doctrina de la Contraloría General en materia de

clasificación de los organismos de la Administración del Estado, presentando el esquema general de la Administración chilena acuñado hasta entonces por la jurisprudencia.

Cabe hacer presente, “desde un amplio punto de vista –se lee en este pronunciamiento contralor–, que los servicios públicos se encuadran dentro del sector fiscal o de administración central, y del sector autónomo o de administración descentralizada, según la personalidad jurídica que los habilite para actuar y atendiendo a la naturaleza de sus recursos”.

“Son servicios fiscales o de administración central los que actúan bajo la personalidad jurídica del Fisco, del Estado en sentido restringido.”

“Son entes autónomos o de administración descentralizada, los servicios públicos que tienen personalidad jurídica distinta del Fisco y manejan su propio patrimonio, pudiendo distinguirse entre ellos, como especies, a las instituciones y a las empresas públicas.”

“Se entiende que una institución, sea fiscal o semifiscal, se caracteriza por ser un servicio personificado que persigue fines de progreso general, de fomento o de índole social.”

“Se entiende a su vez que lo peculiar en una empresa es el hecho de que exista un servicio personificado que persiga fines de carácter comercial o industrial, y, por lo mismo, que su actividad ordinaria se traduce en celebrar o ejecutar actos de comercio.”

16. IMPORTANCIA Y EFECTO DE LA CARACTERIZACIÓN ORGANIZACIONAL: LAS FORMAS ASUMIDAS POR LOS ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS DETERMINAN PERTENENCIA; LOS CONFIGURADOS BAJO FORMAS PÚBLICAS, PERTENECEN AL SECTOR PÚBLICO Y SE RIGEN POR EL DERECHO PÚBLICO ADMINISTRATIVO; LOS CONSTITUIDOS BAJO FORMAS PRIVADAS, PERTENECEN AL SECTOR PRIVADO Y SE RIGEN POR EL DERECHO COMÚN. La línea jurisprudencial estabilizada el año 1957 por el dictamen N° 55.741, y complementada el año 1960 por el posterior dictamen N° 80.429, permitió modelar una Administración del Estado formada por:

- Un sector central, constituido por los servicios fiscales, y
- Un sector funcional y territorialmente descentralizado, formado por los organismos personificados que integraban dicha Administración.

La Administración del Estado así estructurada daba origen, a su vez, en palabras de los dictámenes N°s 23.379, de 1959, y

14, de 1973, al concepto de sector público, que es el “compreensivo de todos aquellos servicios públicos que integran la Administración del Estado”, esto es, de los organismos de la administración central y de los de la administración funcional y territorialmente descentralizada: los demás son organismos del sector privado.

Como precisó el dictamen N° 22.683, de 1996, refiriéndose en general a los poderes públicos, “los órganos del Estado son creados por la Constitución o por la ley para cumplir con las funciones que justifican la existencia del Estado y pertenecen a la esencia del mismo, las cuales son de orden legislativo, jurisdiccional y administrativo. También es propio de los órganos del Estado estar sujetos legalmente a un régimen jurídico de derecho público, que determina la organización, las funciones y la competencia del organismo estatal, es decir, el ámbito dentro del cual están autorizados para ejercer las atribuciones y los poderes jurídicos o potestades públicas de que están dotados para desarrollar su actividad y cumplir con sus fines”.

Si todos estos organismos conformaban el sector público o estatal en sentido amplio, todos ellos, entonces, pasaban a regirse por un régimen jurídico de derecho público administrativo, pues, como prevenía el Código Civil en su artículo 547, inciso 2º, las personas jurídicas de derecho público no estaban ni se hallan sujetas a las normas de organización, funcionamiento y disolución de las personas jurídicas privadas en él contenidas, sino a lo que dispongan sobre estas materias las leyes y reglamentos especiales.

Artículo 547, inciso 2º. Tampoco se extienden las disposiciones de este título –XXXIII del libro primero– a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas y los establecimientos que se costean con fondos del erario: estas corporaciones y fundaciones se rigen por leyes y reglamentos especiales.

Por el contrario, las organizaciones componentes del sector privado, que asumen las formas clásicas previstas en el Código Civil: corporaciones, fundaciones y sociedades, no integran la Administración del Estado y se rigen por las leyes de derecho común, cualquiera que sea la conformación de su capital o la composición de sus directorios.

En efecto, indicó el dictamen N° 40.236, de 1966: “los servicios que adoptan en su organización fórmulas societarias de

derecho privado”, no forman parte de la Administración del Estado; “la Sociedad de Construcciones y Operaciones Agropecuarias S.A. (SOCOAGRO) –añadió el dictamen N° 18.726, de 1973–, es una sociedad anónima particular, por más que en su constitución se hayan empleado fondos públicos”; “jurídicamente –hizo ver el dictamen N° 43.494, de 1973– no puede atribuirse a Laboratorio Chile S.A. la calidad de empresa del Estado, sino tan sólo de una sociedad anónima en la cual la totalidad del capital social pertenece a organismos estatales, circunstancia esta última que de manera alguna puede alterar su calificación jurídica de sociedad anónima”.

Análogo criterio seguirá el dictamen N° 10.492, de 1979, al pronunciarse sobre qué eran las empresas públicas y las empresas privadas del Estado, y sostener que las primeras eran personas jurídico-administrativas integrantes de la Administración Pública, en tanto las empresas privadas del Estado constituían sujetos de derecho privado, sometidos a la ley común. “Aun cuando el Estado o los entes públicos participen en estas empresas privadas –sostuvo ese dictamen–, tal hecho no tiene el alcance de modificar su naturaleza jurídica, que es esencialmente de derecho privado, sin que pueda considerarse, por ello, que forman parte de los cuadros orgánicos de la Administración del Estado, como lo hacen, en cambio, las empresas públicas del Estado”.

Sección segunda

EL DESARROLLO ORGANIZACIONAL ADMINISTRATIVO Y LA CONCEPCION ORGANIZACIONAL CIVILISTA

17. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ORGANIZACIONAL, BASE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL. Sólo desde comienzos del pasado siglo, la sociedad occidental conoció la existencia de un derecho público como cuerpo de normas de obligada observancia para las autoridades públicas.

Como hace ver Otto Mayer, el Estado constitucional se caracteriza porque en él la potestad del Estado “se reviste a sí misma de formas y rasgos característicos del derecho. El derecho público no significa ya, como en el eufemismo de los antiguos doctores, una esfera en la cual, por oposición a la del

derecho civil, no existe derecho cuando se trata de relaciones entre Estado y súbdito. Tenemos ante nosotros el hecho de la existencia de un derecho público que se aplica a la administración al lado de aquel que queda atribuido a las relaciones civiles, y que debe considerarse respecto del Estado como el derecho común que en la duda le es aplicable”.¹¹

Pues bien, este cuerpo de normas de obligada observancia no apareció repentinamente en el mundo jurídico. Producto cultural de la sociedad, como es el derecho positivo, esta nueva realidad normativa fue formándose en el tiempo. Desde luego, como anota Massimo Severo Giannini, recién el 18 de febrero de 1800 se dicta por primera vez, en Francia, una ley reguladora de una administración pública,¹² de manera que sólo desde este año en adelante comienza a generarse y a crecer un derecho administrativo positivo.

Pero el derecho público no sólo vino a regular las relaciones entre el Estado y sus súbditos, como señalaba el profesor Mayer, sino que antes de la aparición de un derecho administrativo relacional existió un derecho administrativo organizacional, regulador precisamente de la estructura administrativa que sirve de soporte a toda actuación de sus autoridades.

Las nacientes constituciones de la Europa occidental que se ajustaron al modelo francés, condicionaron, en efecto, la creación de los cargos y servicios públicos, y la fijación de sus atribuciones y funciones, o sea, la existencia misma del cuerpo de la Administración Pública, a lo que dispusiera la ley, exigiendo, por lo tanto, desde comienzos del derecho administrativo positivo la regulación legislativa de este soporte estructural que es la organización, sin cuya existencia era imposible que se diera relación jurídica administrativa alguna.

La praxis demostró que era así y la doctrina y legislación del siglo pasado también tuvieron oportunidad de constatarlo.

Entre los índices que demuestran la precedencia organizacional a la relacional en la doctrina y legislación, pueden mencionarse en Chile dos ejemplos de por sí sugerentes: uno, la

¹¹ Mayer, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo I, Editorial Depalma, 1949, pág. 68.

¹² Giannini, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, volumen I, Dott. A. Guifré Editores, 1970, pág. 56.

intervención que tuvo don Andrés Bello en el Consejo de la Universidad de Chile, en la sesión del 3 de agosto de 1850, abogando por la enseñanza del derecho administrativo; el otro, el artículo 45 del Código Civil, que define el caso fortuito o fuerza mayor, abarcando en su definición y consiguientes efectos: eximir de responsabilidad a los actos administrativos.

En la mencionada sesión, el Rector de la Universidad de Chile advierte la ausencia de “un curso de estudios administrativos con aplicación a Chile –en los planes de estudio de la carrera de leyes–, en que, a más de darse nociones jenerales sobre la materia, se enseñe el mecanismo de todas las oficinas públicas i sus atribuciones, la organización del impuesto, etc., i propuso se pidiese el remedio de esta falta al señor Ministro de Instrucción Pública”. “Insistió en que la clase de derecho administrativo, cuya creación acaba de proponer, no debía comprender solamente, según su idea, la parte económica, sino también el manejo de todas las demás oficinas que completan la administración pública”, esto es, el estudio de la organización administrativa, tal como la desarrollaría más tarde, el año 1859, el señor Santiago Prado en sus “Principios Elementales de Derecho Administrativo chileno, adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional”.

El artículo 45 del Código Civil, posterior a esta sesión, ya que el Código es de 1855, reconoce, enseguida, abierta y francamente que el acto de autoridad dictado por un funcionario público es fruto de un *ius polittiae* y que, en tal carácter, no se halla bajo la regulación de un *ius publicum*, desde el instante que le desconoce todo valor como fuente de derecho administrativo relacional, al considerarlo como un imprevisto causal de fuerza mayor.

Artículo 45. Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

En estas condiciones, pues, bien puede afirmarse que en tanto la estructura de la Administración Pública estuvo sometida a derecho desde los albores del constitucionalismo, su actuación de poder público, sus actos de derecho público, en cambio, no se hallaron bajo la sujeción del derecho sino más tarde, en particular bajo el período del Estado liberal de segunda generación, el surgido en Francia con posterioridad a

1872, cuando se reconocen como jurisdiccionales aquellos dos grandes recursos del derecho administrativo francés que fueron el recurso por exceso de poder y el de plena jurisdicción, mediante los cuales las autoridades administrativas pasaron a estar sujetas al derecho en la misma forma en que los particulares se hallaban sometidos a la ley común y a los tribunales de justicia.

18. LA CONSTRUCCIÓN ORGANIZACIONAL CIVILISTA. Con todo, tanto el derecho administrativo relacional como su antecedente, el derecho administrativo organizacional, se encontraron en su tiempo ante una dificultad igualmente conflictiva para ambos: la ausencia de construcciones jurídicas que explicaran qué era y qué abarcaba cada campo disciplinal y cuáles eran las formas relacionales: hechos, actos y contratos, y las formas organizacionales: categorías y tipos estructuradores del ser de la Administración Pública, que comprendían sus respectivos ámbitos de aplicación.

Carecieron, como ocurre en una disciplina que inicia su vida doctrinal, de un juego de conceptos y términos que les asignara contenido y ofreciera un vocabulario propio para explicarse, y explicar a su vez, los fenómenos administrativos; carecían de una terminología apta para expresar las características distintivas de dichas relaciones u organizaciones.

En cambio, el derecho común sí contaba con un aceptado inventario terminológico.

Para el derecho común, el mundo jurídico era un mundo ordenado y armónico.

Su escena estaba reservada a los sujetos de derecho y a su actividad jurídica, desplegada hacia la obtención de bienes.

La idea de sujeto de derecho, como único titular de derechos subjetivos, dominaba así el campo de lo judicial y de lo extrajudicial. Estos sujetos de derecho, las personas, podían ser naturales o jurídicas.

Las personas jurídicas podían ser personas jurídicas de derecho privado y personas jurídicas de derecho público.

Las personas jurídicas de derecho privado, a su vez, podían perseguir fines solidarios, situación en la cual constituían corporaciones, *universitas personarum*, o fundaciones, *universitas bonorum*, o reunir caracteres de uno u otro tipo de entidades; o perseguir fines utilitarios, caso en el cual se estructuraban como

sociedades o compañías, que abarcaban varios tipos jurídicos específicos.

Las personas jurídicas de derecho público, agregará el artículo 547, inciso 2º, del Código Civil, son la nación, el fisco, las iglesias, las comunidades religiosas, las municipalidades y los establecimientos que se costeaban con fondos del erario. “Estas corporaciones y fundaciones –precisará el Código– se rigen por leyes y reglamentos especiales.”

Artículo 547, inciso 2º. Tampoco se extienden las disposiciones de este título –XXXIII del libro primero– a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas y los establecimientos que se costean con fondos del erario: estas corporaciones y fundaciones se rigen por leyes y reglamentos especiales.

De esta manera, el Código Civil sistematizó el cuadro de las personas en el mundo jurídico, uno de sus grandes méritos pedagógicos, y reconoció la calidad de sujetos de derecho no sólo a las corporaciones, fundaciones y sociedades de derecho privado, sino también a las personas jurídicas de derecho público, concibiéndolas como corporaciones y fundaciones plenamente capaces en el campo relacional civil, aunque liberadas de las normas de organización, funcionamiento y disolución contenidas en su título XXXIII del libro primero del Código Civil, por cuanto las reconocía sujetas a un régimen jurídico propio.

El Código Civil, en consecuencia, consagró una determinada terminología, congruente con la idea básica de categorización que guió su clasificación de las personas jurídicas, y esta forma de expresar la realidad subjetiva pasó a constituir un conjunto de palabras definidas por el legislador, al tenor de lo dispuesto en su artículo 20; por lo tanto a adquirir en el campo del derecho la estabilidad que brinda la aceptación legal.

Artículo 20. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

El Estado en sentido amplio, el Estado-nación, la sociedad chilena organizada jurídicamente, pasó a ser conceptualizada, en consecuencia, como un conjunto de corporaciones y fundaciones de derecho público, según si la nota prevalente de una

organización se hallaba en las personas, en cuyo caso constituía una corporación: así ocurría con el Estado-persona y con las municipalidades, o si era una masa de bienes afectada a un fin, situación en la cual configuraba una fundación: tal sucedía con los establecimientos públicos, que eran normalmente y en esencia fondos fiscales, recursos del erario nacional, afectados a un fin público.

Con todo, los factores sociales y socioeconómicos de cambio, según se ha visto, fracturaron la visión civilista.

El legislador del ámbito administrativo, interpretando la sensibilidad nacional, creó numerosos organismos con distintas peculiaridades, los que por generarse según las exigencias de la realidad surgieron espontáneamente, atentos a su objetivo, pero ajenos a la tipología organizacional civilista, al concepto e imagen de las corporaciones y fundaciones previstas en el Código Civil, estructurándose conforme a patrones inéditos para la doctrina y la jurisprudencia civilistas.

19. LA CLARIFICACIÓN ORGANIZACIONAL ADMINISTRATIVA: LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE DERECHO PÚBLICO ADMINISTRATIVO, EJE DE LA SISTEMATIZACIÓN ADMINISTRATIVA. La sistematización de la Administración del Estado por parte de la doctrina, como ha podido advertirse, siguió el camino marcado por el legislador administrativo y se apartó, entonces, del esquema organizacional contenido en el artículo 547, inciso 2º, del Código Civil, según el cual el Estado-nación, la sociedad chilena organizada, se componía del Estado-fisco, de las municipalidades y de otras corporaciones y fundaciones de derecho público genéricamente denominadas establecimientos públicos o costeados con fondos del erario.

Desde luego, la aparición de los servicios fiscales, como consecuencia del factor administrativo de cambio (1833-1919), sorprendió al pensamiento civilista: dentro de una misma persona jurídica aparecieron grandes estructuras con atribuciones propias y dotadas de recursos humanos, materiales y financieros, que aunque fiscales, les eran asignados, sin embargo, para ser administrados por un director o director general de una manera más bien independiente.

De este modo, una persona jurídica pasó a mostrar una forma distinta de la habitual en las corporaciones y fundaciones; tratábase de una persona jurídica que se mostraba pluri-

ganizacional hacia el mundo jurídico, formada por numerosas organizaciones con otros tantos representantes, capaces, competentes para actuar por cada una de ellas de una u otra manera en el campo del derecho, realidad de difícil explicación para las ideas aceptadas por el derecho común, que se basaban en la imagen de una persona jurídica que actuaba por medio de su representante legal o convencional.

Enseguida, la surgencia de los servicios descentralizados, como respuesta a las etapas social y socioeconómica de cambio vividas por el país, arrancó de una convicción societaria tan profunda, que todos los círculos del país coincidieron en la necesidad de crear los servicios públicos necesarios para afrontar las exigencias que demandaban los tiempos, sin prestar atención a si esos organismos se ajustaban o no a los tipos y denominación de corporaciones y fundaciones que establecía el Código Civil para las personas jurídicas de derecho público que no eran el Estado o las municipalidades, reconociendo así, implícitamente, su originalidad jurídica organizacional.

Porque, en este recorrer administrativo: ¿Qué naturaleza jurídica cabía atribuir a los establecimientos públicos frente a las personas jurídicas de derecho público creadas por el legislador desde 1920 en adelante?

¿Qué diferenciaba a un establecimiento público, persona jurídica de derecho público consultado por el Código Civil, de una institución semifiscal o fiscal?

¿Y de una empresa del Estado?

La superación de estas preguntas por parte de la jurisprudencia y de la doctrina traería consigo la clarificación del organigrama administrativo y contribuyó a estabilizar una determinada conceptualización-terminología en el ámbito de la Administración del Estado.

Por de pronto, y como apreciación general, ha de tenerse presente que la jurisprudencia administrativa, por desenvolverse en el campo de la Administración Pública y estar habituada a manejar la ley administrativa, nunca se ocupó ni se preocupó de los conceptos y clasificaciones del derecho civil. Sus consideraciones surgieron directamente de la Constitución y de la ley, encontrando normal no acudir al Código Civil, que también era ley y podía ser derogada, por ende, por otra ley posterior, como era la referida a lo administrativo.

La jurisprudencia judicial, heredera de otra tradición, mostró una interesante evolución.

De tronco civilista, no tuvo dudas en responder que las empresas públicas no eran establecimientos públicos. Ello, porque si bien las empresas podían asimilarse a las fundaciones, en la medida que antes que constituir una *universitas personarum* eran bienes fiscales afectados por la ley al cumplimiento de un fin industrial o comercial, el hecho de tratarse de organismos empresariales, de personas estatales que actuaban en el mismo ámbito de las sociedades, que dentro del Código se caracterizaban precisamente por perseguir fines de lucro, hizo que las empresas del Estado pasaran a reconocerse como distintas de los establecimientos públicos, como un nuevo tipo subjetivo ajeno a los conceptos de corporación o de fundación sobre los cuales discurría el Código Civil para configurar a las personas jurídicas de derecho público.

Ya en 1946, por sentencia de 20 de diciembre de ese año, la Corte de Apelaciones del Trabajo de Santiago afirmó, sin sombra de duda, que la Línea Aérea Nacional, LAN-Chile, era “una empresa fiscal de administración autónoma”; la Corte de Apelaciones de Santiago, por fallo del 25 de julio de 1952, concluyó que “la Empresa de los Ferrocarriles del Estado era una empresa industrial y comercial del Estado, creada como una persona jurídica propia, distinta del Fisco”, y la Corte Suprema de Justicia, el 29 de diciembre de 1961, conceptuó al Banco Central como “una empresa semipública, organismo semifiscal y de administración autónoma”.¹³

En el caso de las instituciones del Estado, fiscales y semifiscales, la jurisprudencia judicial se encontró ante mayores dificultades, porque las leyes mismas no contribuían a encontrar una respuesta unívoca.

Desde la década de 1950, sin embargo, estimuló el enfoque de perspectivas amplias que demostraron ser unificadoras de la concepción civil y la administrativa. Acogió los criterios del derecho administrativo y superó la casuística organizacional, centrando sus reflexiones en el concepto de persona jurídica de derecho público y de servicio público.

¹³ Estas y las otras citas jurisprudenciales que se hacen en este párrafo corresponden al Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, *Código Civil*, tomo primero, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1968, artículo 547.

Rehuyó, por consiguiente, la referencia a denominaciones específicas, generadoras de diferencias no siempre relevantes en la esfera jurídica, para remontarse a ideas de mayor amplitud.

Necesario es recordar que la jurisprudencia de la década de 1920, sin conocer la terminología-caracterización de instituciones del Estado, fiscales y semifiscales, había tipificado a los establecimientos que se costean con fondos del erario por sí mismos, como un tipo específico de personas jurídicas de derecho público. Según lo expresado por la Excma. Corte en sentencia de 12 de junio de 1911, un establecimiento público tenía el carácter de tal por la sola circunstancia de que “se costeara con fondos del erario”. “Dicho establecimiento –añadió– no necesita cumplir con los requisitos que el artículo 546 señala para obtener la personalidad jurídica.”

La sentencia de 22 de septiembre de 1927 de la Corte de Apelaciones de Santiago, precisó, a su vez, que “la expresión costearse con fondos del erario empleada por el inciso 2º del artículo 547, debe racionalmente entenderse en el sentido de que los establecimientos se costean habitual y ordinariamente con esos fondos, los que integran la totalidad de los necesarios a sus gastos”.

“No pierde el carácter de persona jurídica de derecho público un establecimiento que recibe anualmente del erario los fondos suficientes para proveer a su conservación y sus gastos, por la circunstancia de que dedique también a su mantenimiento las rentas de bienes propios.”

“No es necesario que esos establecimientos, para tener el carácter de personas de derecho público, vivan exclusiva y solamente de los fondos del erario, porque para llenar tal exigencia, entendida en forma tan estricta, deberían llegar hasta el extremo de tener que rechazar toda dádiva que no fuere del erario.”

Por tratarse de establecimientos que se costean con fondos del erario, la característica propia de estos organismos se halla en su financiamiento y no en su origen, de manera que para determinar si un hospital es o no “corporación o fundación de derecho público, hay que atender a su condición económica actual, y no a si el origen de aquél se debe a la iniciativa de la caridad particular o del poder público”.

Más tarde, ya en la década de 1950, los fallos de la Corte Suprema de Justicia se perfilan, sin embargo, con una clara

inclinación hacia la conceptualización general de los establecimientos públicos y de las instituciones semifiscales y fiscales, según se ha dicho, enfocándolas como personas jurídicas de derecho público, constitutivas de servicios públicos, antes que como tipos específicos de organismos públicos.

Así, por sentencia de 21 de agosto de 1950, la Excma. Corte examinó y precisó los atributos que hacían que una persona de derecho público fuera tal, diciendo que “estos atributos, en lo que se refiere a las personas jurídicas de derecho público y, especialmente, a los establecimientos públicos que se costean con fondos del erario nacional, consisten en lo siguiente:

- a) Que la persona jurídica esté dotada de potestades públicas (atributo que jurídicamente se llama imperio);
- b) Que esté destinada a realizar fines de interés colectivo (fin público);
- c) Que para dicha realización disponga de recursos materiales que deben ser proporcionados por la colectividad cuyos intereses va a servir (por los componentes de la nación);
- d) Que esté sujeta a un régimen jurídico especial en su organización, administración y funcionamiento; y
- e) Que tenga representante legal que intervenga en su nombre, judicial y extrajudicialmente”.

Por tener igual orientación que esta sentencia de 1950, ha de citarse el fallo de 5 de noviembre de 1959, en el cual la Corte Suprema de Justicia analizó qué eran las instituciones semifiscales dentro de la organización administrativa nacional, haciendo ver que las nuevas denominaciones que el legislador daba a algunos organismos administrativos no importaba restarles el carácter de establecimientos públicos que el Código Civil reconocía al tercer tipo de personas jurídicas de derecho público que contemplaba en su artículo 547, inciso 2º, desde el momento que dichas instituciones eran “una simple modalidad, una forma de adaptación del Estado a sus nuevas funciones que antes no entraban en su órbita de acción”.

Si un establecimiento público “celebra contratos privados y ejecuta operaciones mercantiles”; si a sus empleados, para efectos previsionales, “se les califica de particulares, primero, y de semifiscales después –afirmó en este fallo la Excma. Corte–, ello no altera la naturaleza y condición esencial de sus funciones principales, que son públicas y que tienden a satisfacer necesidades de la colectividad nacional”.

“Tal servicio público reúne los cuatro elementos constitutivos que el derecho administrativo señala para que tenga la condición de público:

a) que haya una necesidad pública que se trata de satisfacer en forma regular y continua;

b) que se instituya para realizar esa función el número necesario de agentes jerarquizados;

c) que disponga de bienes o recursos económicos destinados a cumplir su cometido; y

d) que se rija por un sistema jurídico especial.”

“La circunstancia de que los bienes o recursos con que se dota al servicio sean fiscales y se entreguen conforme a la Ley de Presupuesto o constituyan un patrimonio propio, no influye en su calificación de servicio público del Estado.”

“Tampoco pierde esta calidad por el hecho de ejecutar actos de naturaleza pública y actos de naturaleza privada. La personalidad jurídica no puede confundirse con la actividad desarrollada.”

“Tampoco se altera la calidad de establecimiento público por considerarse al organismo que tiene este carácter como una institución semifiscal. Esta última condición no es sino una simple modalidad, una forma de adaptación del Estado a sus nuevas funciones que antes no entraban en su órbita de acción sino únicamente en la de los particulares y que ahora, por voluntad e intención del legislador, ejecuta para satisfacer una necesidad colectiva que considera merecedora de atención estatal y que debe solucionar buscando el bien común.”

Como constatará don Carlos Balmaceda Lazcano, “la Corte Suprema de Justicia –al año 1943– estima que las instituciones semifiscales son verdaderos establecimientos públicos”.¹⁴

Por esta vía se desdramatizó la complejidad organizacional de la Administración Pública y la conceptualización de las personas administrativas en la jurisprudencia judicial, acercando la perspectiva judicial a la administrativa, que también se había orientado en el mismo sentido, como lo demostró el dictamen N° 64.792, de 1970, analizado en un párrafo anterior, al clasificar los servicios públicos en servicios fiscales y servicios descentralizados o autónomos, estos últimos subclasificados en

¹⁴ Balmaceda Lazcano, Carlos, *vid. op. cit.*, pág. 436.

instituciones, fiscales y semifiscales, y empresas públicas del Estado, según la personalidad jurídica que acreditaran tener y los fines que persiguieran cumplir.

La doctrina también buscaría superar la complejidad de las caracterizaciones microadministrativas en aras de despejar el organigrama administrativo.

A esta preocupación respondieron las conclusiones alcanzadas en las Primeras Jornadas Chilenas de Derecho Público, de 1961, y la opinión del profesor Silva Cimma del año 1969.

Las Primeras Jornadas, reunidas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en Santiago, el 19 de octubre de 1961, concluyeron, en efecto, que era necesario “establecer una terminología uniforme para determinar los servicios públicos”, acordándose postular como integrantes de la administración nacional a los servicios fiscales y autónomos, definiendo a los servicios fiscales como “aquellos que carecen de personalidad jurídica, se financian con los fondos del Presupuesto General de la Nación y están subordinados directamente al Presidente de la República”, y como “servicios autónomos aquellos que tienen personalidad jurídica propia, patrimonio distinto del Fisco y gozan de autonomía del Poder Central, aunque están sometidos a la supervigilancia del Presidente de la República. Entre los servicios autónomos se encuentran las empresas estatales, entendiéndose por tales aquellos servicios que para cumplir una finalidad pública realizan una actividad industrial o comercial, y las instituciones autónomas, cuya característica es gozar de un mayor grado de autonomía”.¹⁵

El profesor Silva Cimma, en 1969, abogará, por su parte, por evitar la duplicidad de referencia de que se valía la legislación administrativa para aludir a estos organismos, al acudir a las expresiones establecimiento público e institución semifiscal, pues entre ambos tipos de organismos sólo concurrían diferencias secundarias que no alteraban su naturaleza intrínseca. “Creemos –dirá por estas razones el profesor Silva– que las diferencias que pueden hacerse entre instituciones semifiscales y establecimientos públicos dicen relación más bien con el criterio que ha manifestado el legislador respecto de

¹⁵Véase Revista de Derecho Público, Seminario de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 1 (enero 1963), Crónica, pág. 100.

ellas, especialmente en cuanto a su mayor o menor autonomía, a su administración, a sus finalidades, a su patrimonio y naturaleza de los bienes que lo forman, a la calidad de su personal, a su fiscalización; en una palabra, a su régimen legal.”

“En una palabra, la distinción entre una y otra clase de personas administrativas deriva principalmente del régimen legal a que las ha sujetado el legislador, que permite diferenciarlas si las examinamos detenidamente, aun cuando debamos reconocer que en muchos casos ello importa una tarea difícil.”

“La verdad es que ambas clases de personas administrativas tienen tres de los elementos fundamentales comunes: personalidad jurídica de derecho público, patrimonio propio y autonomía mayor o menor con respecto al poder administrativo central, pero en todo caso independencia que permite diferenciarlas de los servicios dependientes.”

“Estas circunstancias nos hacen concluir en el sentido de que es indispensable uniformar los regímenes legales de los establecimientos públicos e instituciones semifiscales.”¹⁶

Sección tercera

LA SISTEMATIZACION DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO A 1970

20. LA SISTEMATIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AL AÑO 1970. La evolución que en sus variables históricas, doctrinales y jurisprudenciales se ha seguido en los párrafos precedentes, se concretaría el año 1970 en el cuadro clasificatorio de la Administración del Estado elaborado por la Contraloría General de la República.

Según este esquema organizacional, la Administración estaba formada por formas administrativas típicas:

- Los servicios fiscales, organismos técnicos del Estado-fisco, y
- Los servicios personificados, instituciones y empresas.

¹⁶ Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, tomo II, 1969, cit., págs. 277 y 283.

En otros términos, por las categorías jurídicas de los servicios centralizados y de los servicios descentralizados del Estado-nación.

Los servicios fiscales, como se ha manifestado, constituían parte, integraban la persona jurídica Estado. Llamábanse fiscales, porque sus bienes y sus presupuestos eran de esta naturaleza, los de la persona Estado-fisco; dependientes, porque estaban sometidos al poder jerárquico del Presidente de la República; centrales, porque pertenecían a la esfera del poder central.

Junto al Estado-persona y a los servicios públicos fiscales se hallaban las personas administrativas o servicios públicos personificados, que conformaban el gran cuadro de la descentralización administrativa, funcional o por servicios, y territorial o por circunscripciones territoriales.

La descentralización funcional o por servicios constaba de dos tipos de organismos administrativos, diferenciados por el fin que perseguían alcanzar: si sus objetivos eran de progreso general, social o cultural, el servicio personificado tomaba el nombre de institución pública o del Estado; si sus finalidades eran industriales o comerciales, el de empresa pública o del Estado.

A nivel territorial, a su vez, funcionaban las municipalidades, que eran una rama de la Administración del Estado, no bien caracterizada, por carecer de una connotación estatal definida, atendida la composición electiva de sus autoridades, los regidores, uno de los cuales era el alcalde. El otro organismo territorial consultado en la Constitución de 1925, la asamblea provincial, nunca fue creado por el legislador, de modo que se perdió en el olvido.

El conjunto de organismos, así caracterizado, modelaba el sector público, regido por el derecho público administrativo.

Frente a él, constituíase el sector privado, conformado por corporaciones, fundaciones y sociedades de derecho privado, sometidas al derecho común.

La geometría del diseño doctrinal-jurisprudencial sólo vino a denotar cierta novedad el año 1973, al ponerse de relieve, dentro de la Administración del Estado, la existencia de figuras atípicas, regidas sin embargo por el derecho público.

Se trata, díjose, de “gestiones administrativas”, actividades engarzadas al interior de la Administración Pública que desarrollaban una activa vida jurídica, incluso había entre ellas un

ferrocarril, el de Santiago a El Volcán, pero que carecían de personalidad jurídica. “Son actividades inorgánicas insertas en una persona administrativa que les da organicidad, y surgen de una universalidad de hecho afectada a un fin público.”

Se las clasificó en gestiones culturales, sociales y económicas, según su objeto, mencionándose, entre ellas, al Fondo Histórico y Bibliográfico José Toribio Medina, al Fondo de Educación y Extensión Sindical y a los Almacenes Reguladores de la Dirección de Industria y Comercio, respectivamente.¹⁷

Con posterioridad, y en atención a la rigidez arquitectural que la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado impuso a la Administración Pública, no hubo investigaciones en el campo del derecho organizacional, de modo que la doctrina se atuvo a la estructuración-caracterización básica de la Administración del Estado de Chile contenida en dicha ley, entre las cuales no se hallaban esas figuras atípicas.

21. LA EVOLUCIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES DE 1833, 1925, 1943 Y 1970. La evolución antes reseñada se expresa sugerentemente en las modificaciones que experimentaron los textos constitucionales en su recorrido histórico institucional.

Así, la Constitución de 1833 se limitaba a regular una administración pública fiscal, dependiente o central, concibiéndola articulada en cargos públicos, cuya creación, supresión y atribuciones confiaba a la ley.

Artículo 36. Son atribuciones exclusivas del Congreso:

1^ª. Aprobar o reprobar anualmente la cuenta de la inversión de los fondos destinados para los gastos de la administración pública que debe presentar el Gobierno.

Artículo 37. Sólo en virtud de una ley se puede:

2^ª. Fijar anualmente los gastos de la administración pública;

10. Crear o suprimir empleos públicos; determinar o modificar sus atribuciones; aumentar o disminuir sus dotaciones; dar pensiones y decretar honores a los grandes servicios.

¹⁷ Véase Pantoja Bauzá, Rolando, *Curso de Derecho Administrativo, Administración del Estado, Organización*, Ediciones Jurídicas Jec (1973), págs. 38 y sigts.

La Constitución de 1925 no dispondría algo diferente a lo que había prescrito su predecesora, demostrando que los cambios del mundo político no eran percibidos todavía por o para el ámbito administrativo.

Artículo 43. Son atribuciones exclusivas del Congreso:

1ª. Aprobar o reprobar anualmente la cuenta de la inversión de los fondos destinados para los gastos de la administración pública que debe presentar el Gobierno.

Artículo 44. Sólo en virtud de una ley se puede:

4º, *primera parte.* Aprobar anualmente el cálculo de entradas y fijar en la misma ley los gastos de la administración pública.

5º, *primera parte.* Crear o suprimir empleos públicos; determinar o modificar sus atribuciones; aumentar o disminuir sus dotaciones, y decretar honores públicos a los grandes servidores.

De aquí que la misma Constitución de 1925, luego de la reforma constitucional aprobada por la Ley N° 7.727, de 1943, haya innovado en la visión tradicional de la Administración del Estado para dar acogida a las nuevas formas organizacionales creadas por el legislador. Hablará ahora de Administración Pública, empresas fiscales e instituciones semifiscales, consciente, como se dejó constancia en la historia fidedigna de su establecimiento, que era conveniente incorporar al cuerpo del Código Político las nuevas organizaciones que mostraba el escenario administrativo de la época.

Artículo 45, inciso 3º, primera parte. Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa para alterar la división política o administrativa del país; para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados y para conceder o aumentar sueldos y gratificaciones al personal de la Administración Pública, de las empresas fiscales y de las instituciones semifiscales.

Años después, con la reforma aprobada por la Ley N° 17.284, de 1970, la Constitución Política de la República experimentará otra transformación: se referirá, en otra dimensión histórica y con mayor seguridad administrativa, a “los servicios de la Administración del Estado, tanto central como descentralizada”, obviando toda referencia a tipos organizacionales específicos.

Artículo 45, inciso 2º, primera parte. Corresponderá exclusivamente al Presidente de la República la iniciativa (...) para crear nuevos servicios públicos o

empleos rentados; para fijar o modificar las remuneraciones y demás beneficios pecuniarios del personal de la administración del Estado, tanto central como descentralizada (...).

Las expresiones “administración pública” y “empleos públicos”, de 1833 y 1925; “servicios públicos”, “Administración Pública, las empresas fiscales y las instituciones semifiscales”, de 1943, y las de “administración del Estado, tanto central como descentralizada”, de 1970, no sólo fueron nombres identificadores de organismos componentes del sector público administrativo: constituyeron, en verdad, fórmulas terminológicas representativas, en cada tiempo y edad, de lo que fue el ser de la Administración del Estado de Chile, los hitos fijadores del itinerario organizacional desde el cual el derecho administrativo chileno ha estructurado su esfuerzo sistematizador del panorama orgánico del país, en un recorrido que se desplaza desde la centralización a la descentralización, desde el centralismo a la libertad de actuación-gestión, desde la jerarquía a la coordinación, desde la rigidez a la fluidez, en una evolución difícil, surgida como respuesta institucional a los urgentes requerimientos que se sucedieron en la sociedad chilena.

Este recorrido, con todo, nunca se separó de la idea rectora contenida en la Constitución Política de la República, que reconocía al Jefe de Estado la titularidad de ejercicio de la función administrativa, de manera que en definitiva, la determinación de la naturaleza administrativa o no de una entidad pública derivaba de la existencia o inexistencia de un vínculo de dependencia o de supervigilancia o tutela que la relacionara con el centro administrativo nacional representado por el Presidente de la República, pues solo al mediar uno de estos vínculos el organismo podía caracterizarse como administrativo; de lo contrario era de carácter paraestatal o simplemente privado o particular, según si tuviera personalidad jurídica de derecho público o personalidad jurídica de derecho privado.

CAPITULO TERCERO

LA CONCEPCION SUBJETIVA, FORMAL U ORGANICA DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO

SUMARIO: 22. La doctrina chilena acepta la conceptualización de la Administración del Estado desde el punto de vista subjetivo, formal u orgánico. 23. La concepción constitucional de la Administración del Estado desde el punto de vista subjetivo, formal u orgánico. 24. La tipología de organismos administrativos establecida por el artículo 62, inciso 4º, numerales 2 y 3, de la Constitución Política de la República, en concordancia con su artículo 55, acepta, en principio, el cuadro clasificatorio estructurado por la jurisprudencia administrativa a 1970. 25. Las Bases de la Institucionalidad consagran una Administración del Estado funcional y territorialmente descentralizada. 26. No obstante estas similitudes, median antecedentes que fracturan la categorización-tipología tradicional de la Administración del Estado.

22. LA DOCTRINA CHILENA ACEPTA LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO DESDE EL PUNTO DE VISTA SUBJETIVO, FORMAL U ORGÁNICO. Coincidiendo con la perspectiva clásica de caracterización de las funciones del Estado, el *ius* administrativismo chileno se ha inclinado por definir a la Administración Pública desde un punto de vista subjetivo.

Ello significa considerar a la Administración del Estado “como sujeto, como persona”, dirá el profesor Iribarren;¹ con esta expresión quiere “significarse la persona que desarrolla las actividades del Estado, esto es, que administra”, confirmará Ernesto Merino.² La perspectiva orgánica, agregará Manuel Jara Cristi, se basa en “la persona u organismo que administra”.³

¹ Iribarren, Juan Antonio, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Nascimento, 1936, pág. 27.

² Merino, Ernesto, *op. cit.*, pág. 52.

³ Jara Cristi, Manuel, *op. cit.*, pág. 58.

Análogo significado se recoge en la obra del profesor Patricio Aylwin. “No es posible desconocer –señala al respecto– el empleo de la expresión servicio público en estos diversos sentidos, ya como organización, ya como actividad, pero aparte de otras razones preferimos el primero: como organización, porque es el que mayor asidero tiene en el derecho chileno. Nuestra Constitución Política, el Código Penal, el Estatuto Administrativo para los Funcionarios de la Administración Civil, y, en general, las leyes nacionales, lo mismo que la doctrina (Huneeus, Roldán, Varas, Silva Cimma) y la jurisprudencia, conciben al servicio público en su acepción orgánica y amplia, dentro de la cual se comprenden todas las formas de intervención administrativa del Estado regidas por el derecho público.”⁴

“Si analizamos nuestra Carta Política Fundamental y otros textos de legislación complementaria –señala Enrique Silva Cimma–, nos parece que aquella ha entendido la expresión servicio público en el sentido de órganos componentes o integrantes de la Administración Pública, es decir, entidades de que el Estado se vale para cumplir su política de satisfacer las necesidades públicas, o, desde otro punto de vista, organismos en que se materializa la facultad de administrar el Estado que entrega al Presidente de la República en el ámbito nacional, y a los municipios en lo relativo a la administración de las comunas o agrupación de comunas.”

La expansión experimentada por la Administración, con el surgimiento de las instituciones semifiscales y las empresas fiscales, ha respondido únicamente “a los imperativos de constante evolución y renovación en lo administrativo, en lo social y en lo económico”, pero “no por ello –estos organismos– dejan de ser servicios públicos orgánicamente considerados”.⁵

La aceptación del criterio subjetivo hace decir al profesor Arturo Aylwin, asimismo, que “comúnmente, cuando en la legislación o en el lenguaje diario se habla de administración o de administración del Estado, se están refiriendo precisamente a ese término en sentido orgánico. En consecuencia, la Administración del Estado, denominada en muchas ocasiones como Administración Pública o en otras con la sola palabra Adminis-

⁴ Aylwin Azócar, Patricio, *vid. op. cit.*, tomo I, pág. 90.

⁵ Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, tomo II, 1969, cit., págs. 62 y 65.

tración, comprende a todos los órganos e instituciones del Estado que realizan función administrativa”.⁶

Estas opiniones han llevado a la Corte Suprema de Justicia a constatar, como lo hizo por sentencia de 27 de septiembre de 1968, que “si bien el concepto de Administración del Estado no ha sido definido por la ley, la doctrina administrativa chilena acepta, sin excepciones, que dentro de él quedan comprendidos todos los servicios, organismos e instituciones por intermedio de los cuales se desarrolla, en general, la función de realizar los cometidos que integrando el sector público tienen por fin satisfacer los intereses y necesidades de la colectividad”.

“Dentro de este amplio concepto tienen cabida todos los servicios que integran la Administración Pública, las empresas fiscales y las instituciones semifiscales, entidades estas que, en esta forma, son mencionadas en el artículo 45 de la Constitución Política del Estado (del año 1925).”

23. LA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO DESDE EL PUNTO DE VISTA SUBJETIVO, FORMAL U ORGÁNICO. La Administración del Estado puede caracterizarse en la Constitución Política de la República también desde un punto de vista subjetivo, formal u orgánico, atendiendo, entonces, a los órganos y organismos que ella instituye o contempla.

Así, el artículo 24, inciso 1º, confía al órgano Presidente de la República el ejercicio exclusivo y excluyente de las funciones de gobierno y administración, reconociéndole, además, la calidad de Jefe del Estado.

Artículo 24, inciso 1º. El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado.

El artículo 32 de la Carta Fundamental, en sus numerales 9 y 10, nombra a los ministros, subsecretarios, intendentes y gobernadores, embajadores, ministros diplomáticos y representantes chilenos ante los organismos internacionales, reconociéndoles el carácter de funcionarios de confianza exclusiva del Primer Mandatario y delineando los servicios de gobierno interior y exterior, en cuyas plantas están consultados los respectivos cargos.

⁶Aylwin Azócar, Arturo, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Contraloría General de la República, 1980, pág. 39.

Las demás actividades administrativas también pueden ser configuradas desde un ángulo subjetivo: en primer lugar, cuando el Código Político menciona directamente a determinados organismos administrativos del nivel nacional, regional y comunal, como lo hace en los artículos 62, inciso 4º, numeral 2; 100, inciso 2º, y 107; en segundo término, indirectamente, al confiar a la ley la determinación de la organización básica de la Administración Pública, como se da en el artículo 38, inciso 1º, de la Carta Fundamental.

En efecto, en el campo de la administración nacional, estas perspectivas pueden fundamentarse en los artículos 62, inciso 4º, N° 2, y 38, inciso 1º, de la Carta Fundamental.

En el artículo 62, inciso 4º, N° 2, pues en él la Constitución de 1980 menciona y por lo tanto admite la caracterización de los servicios fiscales, semifiscales y autónomos, de las empresas del Estado y municipales, predicamento que reitera y complementa a continuación el numeral 3º del mismo inciso.

En el artículo 38, inciso 1º, ya que en él la Carta Fundamental se remite a una ley orgánica constitucional, para confiarle “la organización básica de la Administración Pública”.

Artículo 62, inciso 4º. Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República, la iniciativa exclusiva para:

2º. Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos, de las empresas del Estado o municipales; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones.*

3º. Contratar empréstitos o celebrar cualquiera otra clase de operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, de las entidades semifiscales, autónomas, de los gobiernos regionales o de las municipalidades, y condonar, reducir o modificar obligaciones, intereses u otras cargas financieras de cualquier naturaleza, establecidas en favor del Fisco o de los organismos o entidades referidos.

Artículo 38, inciso 1º. Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.

* El 12 de octubre de 1997, el Congreso Pleno acordó sustituir este número 2º del inciso cuarto del artículo 62 de la Constitución Política, por el siguiente: “2º. Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones”.

24. LA TIPOLOGÍA DE ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 62, INCISO 4º, NUMERALES 2 Y 3, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, EN CONCORDANCIA CON SU ARTÍCULO 55, ACEPTA, EN PRINCIPIO, EL CUADRO CLASIFICATORIO ESTRUCTURADO POR LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA A 1970. El artículo 62, inciso 4º, numeral 2, de la Constitución de 1980 aparece como el heredero del artículo 45 de la Carta de 1925, en la redacción que le diera la importante reforma incorporada al texto constitucional por la ley N° 7.727, de 1943.

Ello, porque bien puede sostenerse que este artículo 45, inciso 2º, constituyó la matriz de origen de la tipología de organismos administrativos que recoge la Constitución vigente.

Artículo 45, inciso 2º, primera parte. Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa para alterar la división política o administrativa del país; para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados y para conceder o aumentar sueldos y gratificaciones al personal de la Administración Pública, de las empresas fiscales y de las instituciones semifiscales.

Según se ha visto en el capítulo anterior, esta fue la primera norma constitucional que contuvo una visión-clasificación de la Administración del Estado en Chile.

Veintisiete años habrían de transcurrir desde esta reforma para que el texto de la Carta Política fuera modificado nuevamente, ahora por la Ley N° 17.284, de 1970, para incluir en él una remisión genérica a esos grandes sectores componentes de la Administración, que son la administración central y la descentralizada funcional y territorial.

Artículo 45, inciso 2º, primera parte. Corresponderá exclusivamente al Presidente de la República la iniciativa (...) para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados; para fijar o modificar las remuneraciones y demás beneficios pecuniarios del personal de la administración del Estado, tanto central como descentralizada (...).

En la actualidad, al disponer, entonces, el artículo 62 que “corresponderá, asimismo, al Presidente de la República, la iniciativa exclusiva para: 2º. Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos, de las empresas del Estado o municipales; suprimirlos y determinar

Ello, en razón de haberse radicado en las municipalidades, por el nuevo artículo 110 agregado a la Carta Fundamental por esa misma reforma, la facultad de “crear o suprimir empleos y fijar remuneraciones, como también establecer los órganos o unidades que la ley orgánica constitucional respectiva permita”.

sus funciones o atribuciones”, recoge la técnica legislativa de 1943, de consignar tipos específicos de organismos.

Sin perjuicio de la amplia alusión a los “empleos rentados” que formula este artículo para exigir que su creación, supresión y fijación de atribuciones necesariamente provenga de una ley de iniciativa del Presidente de la República, el artículo 62, inciso 4º, en sus numerales 2º y 3º, destaca de entre las demás disposiciones supremas en materia organizacional, porque faculta para fundar en ella una determinada terminología-concepto-caracterización de organismos administrativos.

Artículo 62, inciso 4º. Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República, la iniciativa exclusiva para:

2º. Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos, de las empresas del Estado o municipales; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones.

3º. Contratar empréstitos o celebrar cualquiera otra clase de operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, de las entidades semifiscales, autónomas, de los gobiernos regionales o de las municipalidades, y condonar, reducir o modificar obligaciones, intereses u otras cargas financieras de cualquier naturaleza, establecidas en favor del Fisco o de los organismos o entidades referidos.

Según esta terminología-concepto-caracterización, el sector público estaría formado por “servicios públicos”, que por estructurarse de una cierta manera, propia de cada uno de ellos, los hace ser servicios fiscales, servicios semifiscales, servicios autónomos, de las empresas del Estado y municipales, que el mismo inciso, en su numeral 3º, referirá a “las entidades semifiscales, autónomas”, a los “gobiernos regionales”, que fueron incorporados al texto constitucional por la Ley N° 19.097, de 1991, y a las municipalidades, lo que permite afirmar, entonces, desde el ángulo subjetivo de observación, que para la Constitución Política de la República el sector público está formado, en principio, por servicios públicos, de acuerdo con los rasgos jurídicos que presenta cada uno de los tipos que integran ese género.

A su vez, el artículo 55, en sus incisos 1º y 2º, alude a “las entidades fiscales autónomas”, como otro tipo específico de servicios públicos.

De este modo, bien puede sostenerse, desde el punto de vista orgánico o formal, que la Constitución Política de la República vigente no es ajena a aquella sistematización de los organismos de la Administración del Estado alcanzada por la

jurisprudencia administrativa en las décadas 1950-1970, en la medida que los preceptos examinados admiten la existencia de:

- servicios públicos fiscales,
- servicios públicos o entidades semifiscales,
- entidades fiscales,
- servicios públicos autónomos,
- empresas del Estado,
- gobiernos regionales, y
- municipalidades.

25. LAS BASES DE LA INSTITUCIONALIDAD CONSAGRAN UNA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO FUNCIONAL Y TERRITORIALMENTE DESCENTRALIZADA. La aceptación inicial de los tipos administrativos diseñados a 1970 puede verse confirmada por el artículo 3º de la Constitución Política de la República, que establece las categorías administrativas de la descentralización funcional y territorial.

El artículo 3º, contenido dentro de su capítulo primero sobre las “Bases de la Institucionalidad”, prescribe que la Administración chilena “será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley”, consagrando así la descentralización funcional y territorial como un sistema postulado-establecido por la Carta Fundamental.

Artículo 3º. El Estado de Chile es unitario, su territorio se divide en regiones. Su administración será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley.

Como se recordará, el dictamen síntesis N° 64.792, de 1970, de la Contraloría General de la República, había anticipado que los tipos administrativos podían caracterizarse atendiendo a la personalidad jurídica:

–Si carecían de ella, por estar insertos dentro de la persona Estado, eran servicios fiscales, dependientes o de administración central;

–Si se trataba de organismos personificados, podían configurar instituciones o empresas públicas, según sus finalidades, y pertenecían al sector descentralizado.

“Son entes autónomos o de administración descentralizada –expresó ese informe– los servicios públicos que tienen perso-

nalidad jurídica distinta del Fisco y manejan su propio patrimonio, pudiendo distinguirse entre ellos, como especies, a las instituciones y a las empresas públicas.”

“Se entiende que una institución, sea fiscal o semifiscal, se caracteriza por ser un servicio personificado que persigue fines de progreso general, de fomento o de índole social.”

“Se entiende a su vez que lo peculiar en una empresa es el hecho de que exista un servicio personificado que persiga fines de carácter comercial o industrial, y por lo mismo, que su actividad ordinaria se traduzca en celebrar o ejecutar actos de comercio.”

Según esta construcción orgánico-jurídica, aceptada por lo demás en el administrativismo, la descentralización funcional o por servicios, en su caso la territorial, abarca, entonces, a las instituciones y empresas del Estado, lo que llevaría a pensar, dentro de esta línea de pensamiento y frente a los artículos ya mencionados, que el Código Político hace suyo el diseño organizacional de la Administración Pública alcanzado a 1970 por la Contraloría General de la República, en las categorías y tipos organizacionales que hace suyos y regula.

26. NO OBSTANTE ESTAS SIMILITUDES, MEDIAN ANTECEDENTES QUE FRAC-
TURAN LA CATEGORIZACIÓN-TIPOLOGÍA TRADICIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. Con todo, y si bien es cierto que la Constitución Política de la República aparece reiterando los conceptos organizacionales acuñados con anterioridad a su vigencia, desde el instante que en su artículo 3º postula la descentralización administrativa, tanto funcional como territorial, y que en su artículo 62, inciso 4º, numerales 2º y 3º, y en los incisos 1º y 2º del artículo 55 hace suyo el nombre de servicio público para categorizar a los organismos administrativos del Estado –con sus tipos característicos de servicios fiscales, instituciones semifiscales y fiscales, y de empresas del Estado, en el plano de la Administración nacional, y de gobiernos regionales y municipalidades en los niveles regional y comunal–, estas similitudes, estas palabras de igual sonido a las que dominaron los espacios administrativos del pasado, no significan que tras ellas concorra una misma realidad normativa.

Como tendrá oportunidad de señalarse en los capítulos siguientes, la simetría del diseño organizacional alcanzado en

1970 acusaba ya por aquel tiempo el impacto de algunas corrientes gubernativas y legislativas que hablaban de otros tipos organizacionales, fracturando esa unidad de visión.

Con posterioridad a esta época, al entrar en vigencia la Constitución de 1980, la concepción institucional contenida en su texto incorporará al derecho público chileno un renovador plan maestro basado en dos grandes y nuevos principios: el de la servicialidad del Estado y el de la distribución de las competencias públicas, que impactaron el tejido público produciendo importantes consecuencias en el organigrama del Estado y de la Administración Pública, dándole un nuevo sentido a la prospectiva institucional, que la doctrina aún no asimila en términos de poder proyectarla hacia la vida societaria, viabilizando el espíritu de convergencia nacional en el hacer país que animó a esa Carta Fundamental.

CAPITULO CUARTO

LAS VARIABLES ORGANIZACIONALES GENERADAS DENTRO DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO

SUMARIO: 27. El esfuerzo sistematizador de la Contraloría General aplicó ideas-esquemas predefinidos que restaron espontaneidad a la organización administrativa. 28. Más allá de la clasificación básica de la Administración del Estado oficializada por la Contraloría General, la realidad administrativa mostró la existencia de otras modalidades organizacionales, diferentes de los tipos oficialmente configurados como administrativos. 29. Desde el punto de vista del sujeto prestador del servicio, la realidad administrativa a 1970 reconocía la existencia de servicios públicos atendidos por el Estado-nación y servicios públicos atendidos por particulares. 30. En Francia, el concepto orgánico-formal de servicio público evolucionó hacia una concepción administrativa funcional, que luego se hizo transversal al Estado, dando origen a los servicios públicos judiciales y parlamentarios.

27. EL ESFUERZO SISTEMATIZADOR DE LA CONTRALORÍA GENERAL APLICÓ IDEAS-ESQUEMAS PREDEFINIDOS QUE RESTARON ESPONTANEIDAD A LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. La jurisprudencia de la Contraloría General de la República puede preciarse de aquel meritorio logro que significó para el administrativismo nacional la construcción jurídica del cuadro clasificatorio de la Administración del Estado de Chile.

Así, pudo modelarse, a 1970, un organigrama administrativo articulado en dos grandes categorías:

- La Administración centralizada,
- La Administración descentralizada,

y en definidos tipos organizacionales:

- Los servicios fiscales, dependientes o centralizados,
- Las instituciones semifiscales y fiscales, y
- Las empresas del Estado.

Bien pudo decirse al año 1973, entonces, como lo hizo el dictamen N° 14 de ese año, que “sólo tienen la calidad de

servicios públicos en nuestro ordenamiento positivo los entes que se encuentran comprendidos en algunas de las categorías de organizaciones que indica el artículo 45 de la Constitución Política”: la de servicios centralizados y la de servicios descentralizados.

Esta homogeneización administrativa tuvo, sin embargo, el inconveniente de revelar una claridad de sistematización, pero una limitación de proyección, pues en el esfuerzo desplegado por ordenar el panorama administrativo no se distinguió lo que era variedad de lo que era desorden, entre la necesaria pluralidad de formas que asume naturalmente la Administración para cumplir sus finalidades de bien común y la anarquía organizacional fruto de una variedad caprichosa y casuística.

La rigidez de las formas se tradujo, así, en un freno a la espontaneidad administrativa y en una limitación a su actuar, pues encuadró todo nuevo organismo administrativo creado por el legislador en el esquema prefijado por la tesis jurisprudencial y dentro de los parámetros por ella definidos como constitutivos del régimen jurídico público.

De esta manera, la línea jurisprudencial sistematizadora del panorama administrativo del país recondujo a todas estas organizaciones a esquemas organizacionales fijos, configurándolas en formas preestablecidas y reconociéndolas afectas a un régimen jurídico de determinadas características consideradas propias del derecho chileno. La revisión documental de las actuaciones de la Contraloría General revela que por esta vía se creó en definitiva un ambiente normocrático que privilegió los medios y procedimientos en perjuicio de los fines y objetivos de los organismos de la Administración Pública.

Como prueba de esta generalización de ideas-esquemas predefinidos, pueden recordarse los criterios jurisprudenciales aplicados a las empresas del Estado. La circunstancia, se sostuvo, de que la ley orgánica de una empresa del Estado confiera a su directorio “facultades para administrar la empresa con amplias atribuciones en la celebración de todos los actos, contratos y operaciones que requiera la marcha de los negocios sociales”, no significa que realmente tenga esas atribuciones, “pues según lo manifestado en los dictámenes N^{os} 64.624, de 1971, 94.415, de 1973, y 7.083, de 1980, se trata de una empresa del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que integra los cuadros de la Administración del Estado”, razón

por la cual está sometida al derecho público, y sus declaraciones de voluntad, v. gr., “deben manifestarse a través de actos administrativos, los cuales deben revestir ciertas formas sin las cuales no tendrían expresión externa. La empresa, pues, atendida su naturaleza jurídica, no puede marginarse de este principio básico de procedimiento administrativo y, por lo tanto, las decisiones que sus autoridades dotadas de facultades adopten para llevar a cabo las mismas, deben traducirse en resoluciones formales”, afectas a toma de razón (dictamen N° 2.096, de 1988). Todo acto de un órgano de la Administración del Estado, señaló, una vez más, el oficio N° 26.146, de 1993, “se encontrará afecto a control preventivo de legalidad de acuerdo a lo previsto en la resolución N° 55, de 1992, de esta Entidad de Control”.

28. MÁS ALLÁ DE LA CLASIFICACIÓN BÁSICA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO OFICIALIZADA POR LA CONTRALORÍA GENERAL, LA REALIDAD ADMINISTRATIVA MOSTRÓ LA EXISTENCIA DE OTRAS MODALIDADES ORGANIZACIONALES, DIFERENTES DE LOS TIPOS OFICIALMENTE CONFIGURADOS COMO ADMINISTRATIVOS. Sin embargo, la práctica administrativa demostró que había toda una gama de organismos administrativos que asumían formas diferentes a las admitidas como típicas de la Administración Pública.

Estos organismos administrativos atípicos fueron numerosos, como pudo constatarlo en distintas oportunidades el organismo contralor, que tuvo ocasión de pronunciarse sobre ellos desde dos perspectivas:

–Al aceptar de manera general que no todos los servicios públicos eran tales sólo por su referente orgánico, sino que también podían serlo por su componente funcional, y

–Al constatar la existencia de ciertas especies orgánicas surgidas al interior del mundo administrativo que no presentaban los elementos que permitían tipificar como administrativas a las figuras tradicionales, los servicios públicos fiscales y descentralizados.

De una manera general recogió esta distinta óptica, v. gr., en el dictamen N° 55.270, de 1969, al distinguir y aceptar la existencia de dos tipos de servicios públicos: “uno de tipo orgánico o institucional y otro de tipo funcional, relativo a la actividad que recibe tal denominación”.

“Desde el punto de vista orgánico o institucional –admitió ese pronunciamiento–, se ha entendido por servicio público a

toda organización de carácter permanente, creada por el Estado e integrada dentro de la Administración Pública, destinada a satisfacer de manera regular, general y continua una necesidad pública, sometiéndose, preferentemente, a las normas de derecho público.”

“Considerando la naturaleza de la actividad o función que un organismo o entidad efectúa, se ha conceptualizado como servicio público a toda actividad que persigue un fin de interés general, bien sea ella realizada por una entidad o cuerpo estatal, bien por personas privadas, sean jurídicas o aun naturales.”

“Por regla general, la prestación del servicio público se realiza directamente por el Estado a través de sus distintos organismos. Sin embargo, existen situaciones en las que el Estado, para satisfacer necesidades colectivas, recurre a la actividad o gestión de los particulares, como ocurre respecto de los teléfonos, agua potable, movilización, etc.”

En lo particular, la Contraloría General de la República verificó la existencia de ciertas especies atípicas de organismos públicos, en diversos dictámenes.

Así, aunque pueda parecer contraproducente, el dictamen N° 76.957, de 1972, confirmado por el posterior N° 5.731, de 1973, concluyó que un organismo tan importante en y para el país como lo era y lo es el Banco Central, “reviste los caracteres de una sociedad de economía mixta, cuya fiscalización corresponde a la Superintendencia de Bancos”.

En el dictamen N° 27.864, de 1960, al determinar si procedía que la Corporación de Ventas del Salitre y Yodo proporcionara los antecedentes requeridos por las Comisiones y las Oficinas de Información de ambas ramas del Congreso Nacional, concluyó que debía hacerlo, por cuanto dicho organismo, aunque era una persona jurídica regida por el derecho común, atendida su misión comercial de comprar y vender el salitre y yodo del Estado, debía entenderse comprendida entre los servicios de la Administración del Estado, que eran los organismos sobre los cuales pesaba aquella obligación.

“A menudo –se lee en el dictamen N° 27.864, de 1960– la ley administrativa resulta vaga e imprecisa, en forma que no siempre su sentido puede trasuntar del tenor literal de la misma. De allí que el ilustre publicista don Valentín Letelier recomendaba siempre buscar la verdadera intención del legislador no sólo recurriendo a su tenor literal, sino que a todos los

medios de interpretación que permitieran formarse conciencia acerca de cuál fue su verdadero sentido y alcance.

En la especie, ello resulta particularmente importante si se tiene presente que el legislador, en Chile, no ha definido de una manera general algunos vocablos o expresiones que son de uso corriente en materia administrativa, como los de servicio público, servicios de la Administración del Estado, empresas fiscales de administración autónoma, u otros parecidos.

Desde el punto de vista positivo, no siempre resulta conveniente —en particular tratándose del servicio público y de la administración del Estado— trasplantar concepciones doctrinarias que podrían responder a lo que en otras legislaciones se entiende por tales, pero que no se ajustan a nuestra realidad positiva. De allí que parezca necesario al Contralor General —concordando a este respecto con las opiniones del profesor de Derecho Administrativo don Guillermo Varas—, acudir ‘a la voluntad soberana del legislador, quien puede, en un momento dado, convertir en servicio público necesidades que hasta entonces se satisfacían mediante los procedimientos del derecho privado y por la libre concurrencia de los ciudadanos’.

Por lo demás, el legislador será siempre soberano, sin otro límite que el profundamente respetable de los preceptos constitucionales, para asignar al Estado las funciones o actividades que más a tono encuentre con el avance de las condiciones políticas, sociales o económicas imperantes, por manera que siempre resultará tarea baladí el pretender enmarcarlo dentro de cánones preestablecidos.

Aun más, ni siquiera la doctrina científica mundial sustenta principios bien decantados en materia de servicio público y tan es así que justamente esas nociones han sido expuestas en los últimos tiempos a fuertes alteraciones como consecuencia de la influencia de factores ajenos a lo puramente jurídico y se ha llegado a hablar de la crisis del concepto tradicional de servicio público, que es el que sirve de base a la Corporación de Ventas del Salitre y Yodo para apoyar sus planteamientos.

Los conceptos de intervención del Estado en la vida privada y de Estado empresario son unos de los tantos elementos de juicio que han permitido alterar aquella concepción tradicional. El profesor y senador señor Alvarez Suárez sostiene a este respecto que ‘no puede hablarse de persona jurídica de derecho público o de servicio público o de establecimiento público

cada vez que se presente la intervención estatal en un organismo, ya que ésta no es decisiva para formar criterio', y sin duda está en la razón, pero no es posible dejar de reconocer –como lo hace la generalidad de la doctrina– que esa intervención puede asumir múltiples etapas, desde la intervención legislativa para regular el campo de la autonomía de la voluntad, pasando por aquella intervención que se manifiesta por el establecimiento de ciertas limitaciones a la actividad de los particulares por razones de interés público, hasta llegar a un tercer estadio en que la Administración asume la satisfacción de determinados fines como tarea propia que realiza por sí o por intermedio de órganos descentralizados o, aun, por intermedio de servicios públicos concedidos. 'Esta intervención del Estado –dice un publicista– da lugar a la aparición de la noción de servicio público, que surge allí donde una determinada actividad de interés público es realizada directamente por el Estado o por un particular concesionario al cual el Estado le encomienda esta misión.'

'Es pues por esto que el Contralor General, al interpretar en este caso la ley positiva prescinde de lucubraciones doctrinarias más o menos relativas para acudir directamente a los elementos de juicio que en ella misma o de otros textos vinculados nos pueda proporcionar nuestra realidad jurídica nacional', y sobre esa base, sostiene que la COVENSA se encuentra obligada, al igual que 'todos los Servicios de la Administración del Estado', como prescribía la ley, a proporcionar la información que le había requerido el Congreso Nacional, atendida la circunstancia de ser 'una persona jurídica pública a la cual el Estado le ha cometido una función esencial', como se desprende, entre otros antecedentes, del hecho de que la ley que la creó y estableció el estanco de la exportación y comercio del salitre y yodo tuvo 'por objeto procurar la solución de una grave crisis salitrera que repercutió en la economía nacional', 'por exigirlo el interés nacional'."

"El artículo 1º de la Ley Nº 10.361 –expresó el dictamen Nº 53.968, de 1962– creó, con el carácter de permanente, el Fondo Histórico y Bibliográfico José Toribio Medina, afectando a ese fin cierta cantidad de dineros fiscales consultados en el Presupuesto de la Nación." "Dicha ley creó –pues– un patrimonio de afectación, cuya administración entregó a una comisión especial. En consecuencia, constituye un servicio público

con el carácter de fundación de derecho público.” Iguales consideraciones formuló respecto del Fondo Histórico Presidente Joaquín Prieto, creado por el artículo 4º de la Ley Nº 11.794, y del Archivo de don Bernardo O’Higgins, que creó la Ley Nº 7.367, modificada por la Nº 11.891, considerándolos también como servicios públicos con el carácter de fundación de derecho público.

Por dictamen Nº 41.744, de 1968, la Contraloría General se pronunció sobre la forma de administrar el Fondo de Educación y Extensión Sindical creado por el DFL Nº 6, de 1967, haciéndole aplicables los criterios generales de derecho público que rigen en la Administración Pública. “Diversas normas de este DFL inducen a estimar que el Fondo es una entidad que no encuentra su cauce en la clasificación que contempla el inciso 3º del artículo 45 de la Constitución Política del Estado. Así, su dirección está confiada al Director del Trabajo, quien deberá actuar de acuerdo con el Consejo, cuya composición prescribe el artículo 4º, y sus recursos provienen de aportes obligatorios de los empleadores y trabajadores, según lo dispone el artículo 12.”

“Sin embargo, el Fondo de Educación y Extensión Sindical, como entidad, no puede ser incluido en ninguna de las clasificaciones existentes, por lo que no le podrá ser aplicable en materia presupuestaria la ley orgánica de administración financiera del Estado, ya que carece de personalidad jurídica propia, y el título III del DFL Nº 47, de 1959, Orgánico de Presupuestos, se aplica precisamente a los procesos de formulación, aprobación, ejecución y control de los presupuestos de los servicios personificados.”

“No obstante lo expuesto, ello no eximiría al Fondo de Educación y Extensión Sindical de la obligación de elaborar un presupuesto anual de entradas y gastos, el que deberá ser aprobado por la autoridad correspondiente, el cual se ajustará a lo prescrito en la materia por el propio DFL Nº 6, de 1967.”

En cuanto a su dotación de empleados, ésta pertenece a la Administración Civil del Estado y “el régimen estatutario aplicable a ellos es el contenido en el DFL Nº 338, de 1960”, Estatuto Administrativo para el personal de esa Administración, por cuanto el artículo 1º de la ley estatutaria dispone su aplicación a todos los funcionarios del Estado, sin perjuicio de que el Director del Trabajo pueda contratar a honorarios los profesio-

nales o expertos que el Fondo requiera, por permitirlo así el DFL orgánico que rige a dicho Fondo.

El Ferrocarril de Puente Alto a El Volcán, señaló el dictamen N° 72.963, de 1969, es un “servicio no contemplado por estatuto legal específico ni considerado por la doctrina de derecho administrativo”. “Se trata de un caso especialísimo, en el cual una dependencia del Ejército que no posee autonomía orgánica, administra determinados recursos provenientes de aportes fiscales y de beneficios derivados de la explotación de un servicio público.” Creado por el decreto N° 329, de 1913, del Ministerio de Ferrocarriles, la gestión del Ferrocarril se entregó al Comandante del Batallón de Ferrocarrileros, en las condiciones que ese decreto estableció.

¿Cómo habría de administrarse esta gestión empresarial carente de personalidad jurídica?

“Aunque carece de un estatuto legal propio que le confiera una naturaleza jurídica distinta del Fisco –dijo el dictamen N° 72.963, de 1969–, no es posible desconocer que actúa sobre la base de un patrimonio de afectación compuesto parcialmente de bienes fiscales, que han sido entregados en administración a un Cuerpo del Ejército, el que necesariamente debe aplicarlos a la consecución de un fin determinado, cual es la explotación comercial del Ferrocarril indicado. Para ello, sus administradores cuentan con un presupuesto, en el cual se consideran los ingresos y gastos de dicha actividad, documento que, por lo demás, deben elaborar en conformidad con lo dispuesto en el decreto antes citado. Asimismo, por ser un patrimonio de afectación, goza de cierta autonomía financiera que le permite llevar a cabo su misión sin sujeción a las reglas a que ordinariamente debe ajustarse la Administración Central”, lo que implica que sus recursos deban ser administrados “de una manera similar a la autorizada para los servicios descentralizados”.

“Los Comités de la Corporación de Fomento de la Producción –expresó el dictamen N° 64.236, de 1973– pueden tener su origen en decisiones del Comité Ejecutivo o del Consejo de la Corporación y en ambos casos configuran organismos técnicos en los cuales esos cuerpos colegiados han delegado el conocimiento y resolución de materias determinadas, dotándolos de atribuciones suficientes para cumplir sus fines. Se desprende –de lo dicho– que no se trata de servicios públicos diferen-

tes de la CORFO, sino de organismos integrantes de la Corporación, que dependen de sus autoridades ejecutivas. No tienen personalidad jurídica propia distinta de aquélla, pero pueden actuar en la vida del derecho representándola. No pueden ejercer sino las atribuciones y derechos que expresamente se les hayan conferido ni comprometer el patrimonio de CORFO más allá de los recursos que les hayan sido destinados.”

En consecuencia, sus empleados “son empleados del Estado”, “sus relaciones laborales se regulan por el Código del Trabajo”, “sus contratos deben traducirse en una resolución sometida al trámite de toma de razón” y les son plenamente aplicables las disposiciones sobre provisión de vacantes y contrataciones que rigen a los servicios de la Administración del Estado.¹

Recientemente, la Contraloría General de la República ha tenido oportunidad de confirmar la existencia de organismos administrativos atípicos, al reiterar anteriores informes relativos a la Defensa Civil de Chile. El 29 de diciembre de 1995, por dictamen N° 41.983, se remitió a sus dictámenes N°s 1.418, de 1977; 17.575, de 1985; 22.820, de 1966, y 13.879, de 1991, para sostener que la Defensa Civil de Chile, que es una corporación de derecho público que tiene a su cargo la misión de prevenir, evitar, reducir y reparar los efectos de cualquier catástrofe, “constituye un organismo de la administración descentralizada del Estado, ya que se trata de un ente creado por la ley, que realiza fines de interés general, regido por un estatuto especial, que cuenta con un patrimonio propio y que tiene personalidad jurídica independiente, pero que actúa supeditado a la Administración central y está supeditado a la fiscalización de la Contraloría General, conforme lo ordena el inciso final del artículo 8° de la Ley N° 8.059”.

La existencia de estos organismos, algunos de los detectados dentro de la Administración Pública, revela que el cuadro clasificatorio alcanzado en 1970 por la Contraloría General de la República, con todos los méritos a que se hace acreedor, privilegió la consideración de los organismos relevantes que se daban en la Administración del Estado, extendiendo su tipolo-

¹ Respecto de estas gestiones culturales, sociales y económicas, véase Pantoja Bauzá, Rolando, *Curso de Derecho Administrativo*, 1973, cit., págs. 38 y sgts.

gía hacia la búsqueda de una geometría jurídica, pero no pudo absorber la plenitud de la realidad administrativa, como que dejó fuera de ella a todo organismo diferente de los centralizados y descentralizados, reconocidos como los tipos constitutivos de las categorías matrices de la organización administrativa.

29. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL SUJETO PRESTADOR DEL SERVICIO, LA REALIDAD ADMINISTRATIVA A 1970 RECONOCÍA LA EXISTENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS ATENDIDOS POR EL ESTADO-NACIÓN Y SERVICIOS PÚBLICOS ATENDIDOS POR PARTICULARES. Pero los servicios públicos no sólo se prestaban a 1970 por el Estado-sector público, como podría deducirse de lo hasta aquí expresado: la doctrina y la jurisprudencia administrativas de aquellos años no dudaban en afirmar que junto a los servicios públicos propiamente estatales existían otros prestados por los particulares, por decisión de la propia Administración Pública.

Exponiendo estas ideas, el profesor Guillermo Varas Contreras testimonia en 1948 que “entre nosotros prevalecía hasta hace poco el concepto de que el contrato de concesión entre el Estado y el particular se regía exclusivamente por las disposiciones de nuestro Código Civil”, pero que esta situación se revirtió con el fallo de la Corte Suprema de Justicia de 29 de abril de 1947, recaído en los autos Testart con Fisco, en que se reconoció que la concesión era un “acto de poder público” y que “el poder reglamentario del Estado concedente no puede ser ligado ni restringido por estipulación contractual alguna”.

Con anterioridad a este fallo, agrega el señor Varas, “no se daba a la noción de servicio público todo el alcance jurídico que tiene en el derecho moderno; se desconocía la primacía de la Administración para velar y cuidar en todo instante por la adecuada satisfacción de las necesidades sociales; en una palabra, se colocaba a esta última y al concesionario, como partes contratantes, en un mismo plano de igualdad jurídica, y lo que es más grave aún, se equiparaba el interés de la sociedad entera con el interés particular del concesionario”, en circunstancias que “el Estado, al otorgar una concesión de servicio público, como de transporte colectivo, de alumbrado eléctrico, de agua potable, etc., y fijar las condiciones en que el concesionario prestará el servicio, no se despoja de sus facultades soberanas ni del deber que tiene de atender las necesidades públicas en las condiciones que esas necesidades lo exijan. Si aquéllas

requieren mejoras en el servicio, el interés particular del concesionario no puede anteponerse al interés de la sociedad entera; corresponderá dar a éste las compensaciones adecuadas, pero nunca podrá prevalecer una disposición contractual que impida al Estado cumplir con sus fines públicos, los que, por su esencia, son irrenunciables”.²

La Contraloría General de la República hizo suya la perspectiva del servicio público concedido. Así, por dictamen N° 77.285, de 1972, sostuvo que la concesión de servicio público implicaba el ejercicio por parte de un particular de una determinada actividad pública, en que por regla general éste sustituía a la Administración en la prestación del servicio, sin que por eso esta prestación perdiera su carácter de pública. “Pero esta delegación, que es el signo característico de la concesión de servicio público, no altera la naturaleza jurídica del servicio, por cuanto la actividad prestada continúa siendo la propia del servicio público, con la particularidad de que su ejecución la materializa un concesionario.”

En estas condiciones, agregó, son aplicables al servicio concedido “los principios generales aceptados por la doctrina y la jurisprudencia administrativas” como propios de estos organismos, entre los cuales se cuentan “la continuidad, la regularidad, la uniformidad, la obligatoriedad y la permanencia”. De este modo, si se trata de establecer tarifas telefónicas diferenciadas, bien puede aceptarse tal modalidad tarifaria siempre que “las tarifas diferenciadas encuentren su fundamento en el establecimiento de diversas categorías de usuarios, considerando la calidad o cantidad de las correspondientes prestaciones; actuando sobre pautas objetivas cuya determinación queda comprendida en el ámbito de acción de la autoridad administrativa. Ello no significaría violación del principio de la uniformidad que rige al servicio público concedido, por cuanto los usuarios de cada orden o categoría se hallan en las mismas condiciones para requerir la prestación. Pero lo que a la Administración le está vedado, es discriminar, como se ha hecho con las tarifas telefónicas, respecto de las prestaciones de un servicio público concedido, fundándose en factores ajenos al servicio público concedido en sí mismo, como son los factores de índole geo-

²Varas Contreras, Guillermo, *vid. op. cit.*, págs. 320 y 294, nota 3, a).

gráfica o económica, o por niveles patrimoniales de usuarios, llegándose por este sistema a resultados que contravienen el principio de igualdad que rige la actividad del servicio público concedido”. Admitir lo contrario sería aceptar la imposición de un tributo por vía administrativa, lo que es inconstitucional, termina diciendo el dictamen N° 77.285, de 1972.

Los servicios concedidos son, así, servicios públicos, y sin embargo el cuadro clasificatorio presentado por la Contraloría General de la República al año 1970 rehuyó asignarles la importancia que presentaban en el campo de la Administración del Estado, tendiendo sobre ellos un manto de silencio que muestra a una Administración Pública geométrica, ajustada más bien al estilo de la verticalidad jerárquica, a la unilateralidad, que a la acción conjunta Administración-particular, lo que en su proyección actual se presenta como un factor distorsionador de la realidad, en la medida que cada vez con mayor frecuencia e intensidad los particulares hacen una Administración en participación para alcanzar en unión con el sector público las finalidades públicas que son propias de éste, en su calidad de titular de la función administrativa del Estado-nación.

30. EN FRANCIA, EL CONCEPTO ORGÁNICO-FORMAL DE SERVICIO PÚBLICO EVOLUCIONÓ HACIA UNA CONCEPCIÓN ADMINISTRATIVA FUNCIONAL, QUE LUEGO SE HIZO TRANSVERSAL AL ESTADO, DANDO ORIGEN A LOS SERVICIOS PÚBLICOS JUDICIALES Y PARLAMENTARIOS. Los planteamientos tradicionales tienen el certificado de acreditación que da el tiempo y habla al subconsciente ciudadano ese lenguaje de la seguridad que todo ser humano entiende fácilmente.

Sin embargo, no siempre lo tradicional es lo real.

Así tuvo oportunidad de constatarlo la escuela del servicio público, al verse enfrentada a aceptar el destino del cambio. Aceptada en Francia sobre la base de un concepto orgánico, devino primero en una amplia concepción funcional para proyectarse luego en una aplicación transversal que habría de cruzar los tres poderes clásicos.

La noción de servicio público fue incorporada al campo jurídico administrativo por el famoso arrêt Blanco, de 1873, del Tribunal de Conflictos, que afirmó que “la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en el servicio público, no puede regirse por los principios esta-

blecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; esta responsabilidad no es general ni absoluta: tiene reglas especiales que varían según las necesidades de servicio y de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”.³

“La evolución comenzada en 1873 por la famosa sentencia Blanco —destacarán Duez y Debeyre— se generalizará y precisará en sucesivos pronunciamientos del Consejo de Estado, sobre todo los dictados a comienzos del siglo XX: el arrêt Terrier, de 1903, y el arrêt Therond, de 1910, a los cuales cabe agregar el arrêt Feutry, del Tribunal de Conflictos, de 1908. De esta jurisprudencia surge la siguiente nueva fórmula: por naturaleza, pertenecen a la jurisdicción administrativa todos los litigios relativos a la organización y funcionamiento de los servicios públicos. La idea de servicio público se une a la de competencia administrativa, circunstancia que traerá consigo una extensión considerable de lo administrativo en detrimento de la competencia judicial.”⁴

El arrêt Blanco partía de la base no discutida en su tiempo de que la caracterización de los servicios públicos había de hacerse desde el punto de vista orgánico, subjetivo o formal.

Según este criterio, los servicios públicos son las organizaciones del Estado destinadas a satisfacer necesidades públicas de manera regular y continua, bajo la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República, y conforme a un régimen de derecho público.

Sin embargo, esta idea de servicio público habría de experimentar una primera y profunda transformación con posterioridad a la Primera Gran Guerra como consecuencia de haber asumido el Estado nuevas responsabilidades socioeconómicas, circunstancia que llevó a la jurisprudencia francesa a verificar la existencia de servicios públicos diferentes de los tradicionales.

En efecto, esta nueva realidad demostró que había organismos públicos que actuaban como particulares, sujetos al dere-

³ Los arrêts de la jurisprudencia francesa están tomados de: Long, M.; Weil, P.; Braibant, G.; Delvolvé, P.; Genevois, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 9ª edición, Sirey, 1990.

⁴ Duez, Paul et Debeyre, Guy, *Traité de Droit Administratif*, Librairie Dalloz, Paris, 1952, pág. 241.

cho común, como lo testimonió el arrêt Bac d'Eloka, de 1921, y personas jurídicas privadas que ejercían un servicio público, según lo admitió el arrêt Caisse Primaire "Aide et Protection", de 1938, ambos del Consejo de Estado.

De esta manera, tomó carta de ciudadanía jurídica la posibilidad de que las personas públicas actuaran en régimen de derecho privado y que las personas particulares lo hicieran en régimen público, disociando los dos elementos que hasta ese momento constituían la parte estructural e indisoluble del concepto de servicio público como institución jurídica: ser una organización del Estado y hallarse sometida a un régimen jurídico de derecho público administrativo.

"El litoral de la Costa de Marfil está sembrado de lagunas que hacen difícil la circulación –haría ver el Comisario Matter en el asunto conocido como la Balsa de Eloka, de 1921–, de donde surgió la feliz idea de usar balsas para cruzarlas. Fue así como en la laguna Ebrié se estableció una, llamada la Balsa de Eloka, que explotaba directa y personalmente el wharf de Bassam. Durante la noche del 5 al 6 de septiembre de 1920, en circunstancias que la barca atravesaba la laguna cargada con diecinueve personas y cuatro automóviles, la balsa bruscamente se desequilibró y hundió, falleciendo un indígena y causando daños gravísimos a los vehículos." Como el teniente gobernador de la colonia planteara un conflicto de competencia ante la demanda deducida por la empresa propietaria de uno de aquellos automóviles, el Tribunal de Conflictos hubo de concluir, en esta sentencia célebre, que desde el momento que la Balsa de Eloka "realizaba las operaciones de transporte de peatones y de vehículos de una orilla a la otra de la laguna, mediante remuneración, cabe concluir que por su intermedio la Colonia de Costa de Marfil explota un servicio de transporte en las mismas condiciones que un transportista cualquiera; que, por consiguiente, en ausencia de un texto especial que disponga lo contrario, no corresponde a la jurisdicción administrativa, sino a los tribunales del fuero común, el conocimiento de la demanda de daños interpuesta a raíz del accidente de autos".

Justificando esta doctrina jurisprudencial, agregaría el Comisario Matter: "Algunos servicios son de la naturaleza, de la esencia misma del Estado o de la administración pública, por lo que es necesario que el principio de la separación de pode-

res les asegure el pleno ejercicio de sus atribuciones. Su contencioso será de la competencia administrativa. Por el contrario, existen otros servicios emprendidos a veces por el Estado en interés general de la sociedad, que son de naturaleza privada, y que por eso derivan los conflictos jurídicos que promueva su explotación hacia los tribunales de derecho común, que son los naturalmente llamados a conocer de estos juicios”.

Desde entonces, se ha dicho, se hablará en Francia de los “servicios públicos industriales o comerciales”, oponiéndolos a los “servicios públicos administrativos” o “servicios públicos propiamente tales”, diferenciados por su consiguiente régimen jurídico normativo e impugnatorio.⁵

En el caso de la Caja de Ayuda y Protección, “el Comisario de Gobierno, R. Latournerie, demostró en su informe que las cajas de seguros sociales, instituidas y administradas conforme a las disposiciones de la ley de 1898 sobre sociedades de socorros mutuos, eran indudablemente corporaciones privadas a las cuales el legislador, sin embargo, había sometido parcialmente, en razón del interés general que revestía su acción, a un régimen de derecho público”. Este criterio fue confirmado y ampliado por otras sentencias, en diversos aspectos que no modificaron su línea central. De acuerdo con ellas, se está en presencia de un servicio público, no sólo cuando concurre la presencia de un organismo del Estado que satisface de manera regular y continua necesidades públicas, sujeto a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República, sino, además, en cualquiera oportunidad en que concorra un ente privado que por lo menos reúna tres elementos:

–Una misión de interés general confiada por la ley al organismo de que se trate;

–Prerrogativas de poder público atribuidas para alcanzar esa misión, y

–Control ejercido sobre ella por la administración”.⁶

De este modo, la noción orgánica de servicio público se vio modificada por la concurrencia dentro de la Administración

⁵ Long, M.; Weil, P.; Braibant, G.; Delvolvé, P.; Genevois, B., *op. cit.*, págs. 220 y 221.

⁶ *Vid.*, ídem, págs. 320 a 327.

del Estado de otros organismos, públicos y privados, que acreditaban tener sólo uno de los elementos estructuradores de los servicios públicos tradicionales.

Con todo, la evolución del servicio público en Francia no se detendría en las fronteras de lo administrativo.

El Tribunal de Conflictos, por el arrêt Prefecto de Guyana, de 1953, sostendría que era de competencia del Consejo de Estado conocer “de los actos relativos, no al ejercicio de la función judicial, pero sí a la organización misma del servicio público de la justicia”, y el Consejo de Estado, por el arrêt Falco et Vidailac, del mismo año, concluiría que si bien era cierto que las decisiones del Consejo Superior de la Magistratura –institución judicial encargada de garantizar la independencia del poder judicial, participando en la designación de los magistrados y asegurando su disciplina– “no son susceptibles de ningún recurso”, según la ley de 1947, artículo 8º, no era menos verídico que “en ausencia de toda prescripción prohibitiva en sentido contrario, esta norma excluye únicamente el recurso de plena jurisdicción, no pudiendo tener como consecuencia la privación a los afectados por un acto ilegal de ese Consejo Superior de la Magistratura, del recurso por exceso de poder, que está abierto a los interesados en esta materia, como en todas las demás, en virtud de principios generales de derecho”.

Así, los arrêts Prefecto de Guyana y Falco et Vidailac abrieron la ancha vía del exceso de poder a los afectados por actos del servicio público judicial; fueron decisiones de principio, se ha destacado. Según ellas, “el juez administrativo es incompetente para conocer de toda decisión de un órgano judicial que se refiera al ejercicio mismo de la función judicial. Mas, por el contrario, es competente para conocer de toda decisión, administrativa o judicial, relativa a la organización del servicio público de la justicia”, como es el caso, por ejemplo, de las que conciernen a las diversas formas de provisión de los cargos judiciales, nombramiento, ascenso, reincorporación, y las medidas disciplinarias que se apliquen al personal judicial.

Siguiendo esta impronta, la ley de 5 de julio de 1972, reguladora de la responsabilidad extracontractual del Estado-juez, en su artículo 11, dispuso que el Estado estaba obligado a reparar los daños provenientes del “funcionamiento defectuoso del servicio de la justicia”, mediando “falta grave” o “denega-

ción de justicia”, y confiando su juzgamiento al Consejo de Estado.

“La bondad de la intervención del juez administrativo en materia de organización del poder judicial –se ha dicho– ha sido apreciada por el legislador, que ha dispuesto confiar los actos ligados a la actividad administrativa de las Asambleas parlamentarias, al llamado servicio público de la legislación”, por la Ordenanza N^o 581.100, de 1958, modificada por la ley de 13 de julio de 1983.⁷

Junto al servicio público judicial, se configuró, así, el servicio público parlamentario.

En estas condiciones, las circunstancias de la vida jurídico institucional francesa han llevado a los servicios públicos en Francia a experimentar una profunda transformación, aceptada y estimulada por una jurisprudencia que ha dado constantes muestras de respeto hacia la legalidad y realidad administrativas del país, lo que ha llevado a los servicios públicos franceses a presentar en la actualidad un panorama del todo distinto a aquella primera versión organizacional que se conoció desde 1873.

En beneficio de una normalización de regímenes jurídicos respecto de situaciones análogas concurrentes en campos distintos y tradicionalmente diferentes y diferenciados, Francia ha llegado a admitir como servicios públicos a los servicios administrativos, sociales, industriales o comerciales, y más allá del ámbito de la Administración, a considerar como servicios públicos también a los de naturaleza judicial o parlamentaria, recorriendo transversalmente la arquitectura del Estado-nación.

Estos conceptos no han sido aplicados en Chile y la concepción transversal de servicio público, que incluso caracteriza como tales a ciertos organismos o actividades judiciales y parlamentarios, pareciera no adaptarse a las ideas generalmente aceptadas en el país, como se expresa en el párrafo sesenta y seis de esta obra.

⁷ *Vid.*: Long, M.; Weil, P.; Braibant, G.; Delvolvé, P.; Genevois, B., *op. cit.*, págs. 493 a 501.

CAPITULO QUINTO

EL SISTEMA INSTITUCIONAL CONSAGRADO POR LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA

ANTECEDENTES

SUMARIO: 31. La interacción entre estructura y fines públicos. 32. La Administración como actividad de ejecución de ley se estructuró centralizadamente, apoyándose en la verticalidad jerárquica. 33. La Administración Pública como actividad de ejecución de ley en la doctrina chilena. 34. La Administración prestadora de servicios de educación, salud, seguridad social, rechazó el esquema jerárquico e independizó la acción social de la potestad imperativa del Estado-persona jurídica. 35. Las reformas constitucionales de 1943 y 1970 materializaron la visión organizacional del Estado social. 36. La Administración del Estado en la doctrina chilena. 37. La reorientación teórica organizacional de la Administración del Estado durante el período 1973-1990: el Estado portaliano.

31. LA INTERACCIÓN ENTRE ESTRUCTURA Y FINES PÚBLICOS. De lo hasta aquí expuesto se desprende que la Administración Pública contemporánea es el resultado de una evolución de la sociedad, por lo que las formas por ella asumidas, la estructura a través de las cuales se ha expresado, guardan estrecha relación con las finalidades que le han sido impuestas en cada época histórica.

Las formas administrativas no constituyen sino los medios organizacionales que viabilizan las funciones-objetivos estatales.

Así, por ejemplo, y a título ilustrativo, ya en el pasado lejano las monarquías absolutas cambiaron sus formas de administración cuando variaron sus finalidades y asumieron funciones diferentes a las que se autorreconocían con anterioridad. El paso de “el Estado soy yo”, de Luis XIV, a “el rey es el primer servidor del Estado”, de Federico el Grande, o sea, de la monarquía absoluta estricto sensu al despotismo ilustrado, impactó a la administración monárquica, transformando una administración colegiada, de convención, en una administra-

ción unipersonal, de acción, porque si el rey absoluto necesitaba el apoyo de los nobles, el déspota ilustrado requería más bien de buenos administradores que impulsaran su política de todo por el pueblo, pero sin el pueblo, alcanzar la prosperidad del reino y el bienestar de las súbditos.

Chile conoció esta experiencia. En virtud de los cambios administrativos impulsados por los Borbones el país pudo contar con la Contaduría Mayor de Cuentas del Reino de Chile, creada por real cédula de 19 de abril de 1768, oficina unipersonal que constituye el primer antecedente de un tribunal de cuentas en el país y que tuvo como primer Contador Mayor a don Silvestre García, quien asumió como tal el 14 de abril de 1769.

Bajo la Casa de los Austrias, la Administración funcionaba bajo un sistema de Consejos, “organismos compuestos por un número pequeño de miembros e infinidad de funcionarios menores. El número cada vez mayor de asuntos de gobierno, la engorrosa tramitación, la discusión y análisis pormenorizado de cada uno de ellos por los Consejos, tomaba largo tiempo. Las resoluciones se adoptaban tardíamente, cuando el problema de hecho se había resuelto y la diversidad de poderes administrativos, legislativos y judiciales que reunía cada Consejo hacía ineficiente su acción por la interrelación de funciones entre unos y otros”.

“Al iniciar su administración, los Borbones reemplazaron estos organismos por las Secretarías de Estado o Ministerios. En 1700 se crea una Secretaría de Estado general, en 1705 se la dividió en tres: de Guerra, de Hacienda y de Negocios. En 1714 se aumentó a cuatro el número de ministerios: Estado, Justicia, Guerra, Marina e Indias, siendo las finanzas administradas por un Superintendente hasta 1754, en que constituyeron un ministerio propio.” En 1787 se creó la Junta de Estado, para facilitar el trabajo ministerial.

Refiriéndose a la obra de Carlos III, don Tomás Lurquín decía en el Consulado de Santiago, que había poblado “la horrible Sierra Morena, repartió las tierras que al pretexto de ser comunes no eran de nadie, y sólo eran excluidas de ellas los que necesitándola más carecían de medios de disfrutarlas; redujo los privilegios de la ganadería y permitió circular los granos en obsequio del cultivo; reformó los gremios y los redujo a enseñanza, honró las ocupaciones fabriles; derramó gracias so-

bre las artes; fijó la oliva de la paz en el Mediterráneo; persiguió la ociosidad voluntaria y estableció auxilios para la indigencia laboriosa; originó los cuerpos patrióticos análogos a éste –el Consulado–, destinados a tratar del provecho común, de los trabajos lucrativos y de los destinos que producen. Semejante a un río majestuoso, no sólo fecunda las regiones que le vieron nacer, sino los vastos terrenos, para cuyo bien le situó la Providencia en el vértice de la mayor monarquía; establece frecuente y reglada correspondencia con estos dominios; rompe las cadenas que dilatan su comercio, estrecha así los vínculos que nos unen, abriendo nuevos consumos recíprocamente a las producciones de ambos continentes”.¹

Los profundos cambios políticos que trajo consigo la institucionalización de las grandes utopías de los siglos XVIII y XIX: la libertaria y la social, con el Estado liberal y el Estado social, respectivamente, también habrían de impactar a la Administración Pública imponiéndole nuevas finalidades-funciones, objetivos y responsabilidades que modelaron dos formas típicas de administración: la centralizada-jerarquizada y la descentralizada-coordinada.

32. LA ADMINISTRACIÓN COMO ACTIVIDAD DE EJECUCIÓN DE LEY SE ESTRUCTURÓ CENTRALIZADAMENTE, APOYÁNDOSE EN LA VERTICALIDAD JERÁRQUICA. El racionalismo legalista del siglo XVIII que inspiró el Estado constitucional de primera generación, vio al Estado como la organización de la nación y lo diseñó estructurado en los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

La Administración era poder ejecutivo, tanto porque debía ajustar su organización y su acción a la ley como porque tenía a su cargo la titularidad de la fuerza pública, al servicio del orden y la seguridad pública.

Como dijera don Valentín Letelier en su dictamen de 22 de octubre de 1922, la Carta Fundamental de 1833 se inspiró “en la doctrina clásica que entonces predominaba de la separación de poderes” y por eso reconoció. “1º. Al Legislativo la prerrogativa de dictar leyes. 2º. A las municipalidades la de dictar

¹Véase Méndez, Luz María, *El siglo XVIII*, en: “Antecedentes históricos de la Contraloría General de la República, 1541-1927”, trabajo colectivo publicado por la Contraloría General de la República, 1977; págs. 137 a 139.

ordenanzas. 3º. Al gobierno la de expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes y ejercer la suprema inspección de policía conforme a las respectivas ordenanzas.”

Según el artículo 59 de este Código Político, el Presidente de la República administraba el Estado y era el jefe supremo de la nación. De acuerdo con su artículo 81, su autoridad se extendía a todo cuanto tuviera por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad exterior de la República, guardando y haciendo guardar la Constitución y las leyes.

Artículo 59. Un ciudadano con el título de Presidente de la República administra el Estado, i es el Jefe Supremo de la nación.

Artículo 81. Al Presidente de la República está confiada la administración i gobierno del Estado; i su autoridad se estiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior, i la seguridad exterior de la República, guardando i haciendo guardar la Constitución i las leyes.

En tal carácter, entre otras atribuciones, el artículo 82 lo facultaba para nombrar y remover a su voluntad a los ministros de Estado y oficiales de sus secretarías, a los consejeros de Estado, a los ministros diplomáticos, cónsules y demás agentes exteriores, a los intendentes y gobernadores; proveer, asimismo, los demás empleos civiles y militares, salvo los de oficiales superiores del Ejército y Armada, en que debía proceder con acuerdo del Senado, y destituir a los empleados “por ineptitud u otro motivo que haga inútil o perjudicial su servicio, con acuerdo del Senado si se trataba de jefes de oficina o empleados superiores; disponer de la fuerza de mar y tierra, organizarla y distribuirla, “según lo hallare por conveniente”. En caso de conmoción interior, el mismo precepto lo facultaba para declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la República, con acuerdo del Congreso o del Consejo de Estado: “Declarado algún punto de la República en estado de sitio –agregaba el artículo 161–, se suspende el imperio de la Constitución en el territorio comprendido en la declaración; pero durante esta suspensión i en caso en que usase el Presidente de la República de facultades especiales concedidas por el Congreso, no podrá la autoridad pública condenar por sí ni aplicar penas. Las medidas que tomare en estos casos contra las personas, no pueden exceder de un arresto o traslación a cualquier punto de la República”.

Sus facultades de gobierno y administración se extendían a todo el territorio nacional a través de los intendentes, gobernadores, subdelegados e inspectores, todos ellos funcionarios de confianza exclusiva del Presidente de la República, del gobernador o del subdelegado, en el caso de los subdelegados e inspectores, respectivamente; y de las municipalidades, que según el artículo 127 tenían como “jefe superior” al gobernador, y como presidente, al subdelegado de la correspondiente subdelegación.

La Ley General de Régimen Interior, de 10 de enero de 1844, desarrollaría estas facultades presidenciales, inspirada en el propósito, como dijo su artículo 1º, de “facilitar la acción del Poder Ejecutivo en toda su extensión” territorial, en los términos examinados en el capítulo primero de esta obra, de manera que la función administrativa apareció congruentemente articulada en un sistema de centralización administrativa, sostenido por la gran columna vertebral del poder jerárquico, instrumentalizado en los elementos mando-obediencia, que permite el funcionamiento escalonado de toda la cadena funcionaria, desde su cúspide hasta su base.

33. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO ACTIVIDAD DE EJECUCIÓN DE LEY EN LA DOCTRINA CHILENA. En la doctrina aún se conceptúa a la Administración del Estado como una Administración-ejecución de ley.

Según este esquema, las autoridades administrativas ejercen potestades públicas rígidamente sujetas a la Constitución y a las leyes, conforme a un estricto principio de legalidad en que la frase “de acuerdo con la Constitución y las leyes” que emplea el artículo 24 de la Carta Política, pasa a asumir la forma más drástica que puede presentar: la de la habilitación legal previa, según la cual la autoridad administrativa sólo puede actuar previo texto constitucional o legal explícito que la habilite en cada caso para hacerlo, y que surge, según este criterio, del inciso 2º del artículo 7º del Código Político.

Artículo 24. El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado.

Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes.

Artículo 7º, inciso 2º. 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.

En esta estructura ideológica discurren las dos fundamentaciones de lo administrativo que en este sentido se dan en el administrativismo chileno: la del profesor Caldera Delgado, que sostiene “la ecuación del Estado de Derecho”: “derechos individuales + principio de la legalidad administrativa + control jurídico + responsabilidad del Estado” como base de su perspectiva doctrinal, apuntada “a la protección de los derechos del administrado”;² y la del profesor Soto Kloss, que estima de necesidad que el derecho administrativo sea “iluminado por una buena nueva” que parta por reconocer que “todo problema político lleva envuelto un problema religioso”; que el fin personal es alcanzar una “vida virtuosa”, un *honeste vivere* en sentido aristotélico, y que el fin social es la justicia para la pacificación, en armonía social, entendida esta armonía como “la vida en común de los hijos de una nación, unidos por un igual creer, hablar, sentir y pensar”.³

Por sostener esta inclinación, los autores que la impulsan combaten y cuestionan las atribuciones de poder público del Estado administración, y cuando aceptan su carácter potestativo, lo hacen en aquella forma drásticamente restrictiva.

De aquí que los profesores Caldera y Soto coincidan en ver a la administración pública como una función ejecutiva, sierva de la ley.

El profesor Caldera afirma, así, que la “función ejecutiva se traduce en la ejecución de las leyes para la realización del bien común”,⁴ y el profesor Soto Kloss, que “el órgano administrativo, al ejercer sus funciones legales de interpretación –debe atenderse– al mero esclarecimiento de las disposiciones de la ley a fin de buscar su sentido, y al ir más allá de ello cae en la

² Caldera Delgado, Hugo, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica de Chile, 1979, pág. 7.

³ Soto Kloss, Eduardo, “La responsabilidad pública (un retorno a la idea clásica de restitución)”, *Revista de Derecho Público* N° 27 (enero-junio), 1980, págs. 135 y 133. “La fórmula ‘y en su contra no procederá recurso alguno’ y el Estado de Derecho”, *Gaceta Jurídica* N° 27 (agosto), 1979, pág. 14.

⁴ Caldera Delgado, Hugo, *op. cit.*, pág. 34.

creación normativa, función que no es atribución suya, de ejecución de ley, sino del legislador”.⁵

“En efecto, la misión del Estado es el bien común (art. 1º, inc. 4º, de la Constitución); uno de los aspectos más importantes de este bien común es la satisfacción de las necesidades públicas; para tal finalidad es que se dota o confiere a la autoridad pública de poderes jurídicos de imposición sobre los ciudadanos para así posibilitar la primacía del bien común en el orden temporal de la sociedad política, pero “con pleno respeto de los derechos y garantías” que la Constitución reconoce y establece, respectivamente (art. 1º, inc. 4º, frase final). Esos poderes jurídicos de imposición son las denominadas potestades públicas que la Constitución y las leyes dictadas en su conformidad (arts. 6º y 7º de la Constitución) confieren a los órganos del Estado; tales potestades no son otra cosa que poderes jurídicos finalizados, es decir destinados, como deberes de actuación, al bien de terceros...”⁶

“Al Presidente de la República toca de manera primordial y como deber fundamental ‘la conservación del orden público en el interior’ (art. 24, inc. 2º, de la Constitución), y debe hacerlo, no según su beneplácito sino ‘de acuerdo con la Constitución y las leyes’... Y ¡cuidado! con entender que porque el texto constitucional diga ‘que crea convenientes’ para dicha ejecución, el Presidente queda liberado de su obligación constitucional y puede actuar cuando se le ocurre según su capricho, ‘bon vouloir’, o beneplácito, al modo de un monarca absoluto, porque la propia Constitución, que es republicana y no monárquica como algunos parecen creer, se encarga de hacer jurídicamente responsable al mismo Presidente.”⁷

Pero, en rigor de verdad, estas posiciones sólo interpretan a quienes las propugnan: al margen de otras razones, que las

⁵ Soto Kloss, Eduardo. Comentario al fallo recaído en el recurso de protección deducido por Administradora de Inversiones y Supermercados Unimarc S.A., RDJ, tomo 88, N° 2, 1991, segunda parte, sección quinta, pág. 205.

⁶ Soto Kloss, Eduardo. Comentario a la sentencia recaída en el recurso de protección deducido por Norma Díaz Maliqueo, RDJ, tomo 88, N° 2, 1991, pág. 191.

⁷ Soto Kloss, Eduardo. Comentario al fallo recaído en el recurso de protección deducido por don Mario Vallejos Balboa y otros, RDJ, tomo 89, N° 1, 1992, segunda parte, sección quinta, pág. 61.

hay, es irreal sostener a 1996 que la función de administrar el Estado se resuelva en la ejecución de la ley. La historia constitucional y la jurisprudencia administrativa contradicen esta afirmación, como lo comprueba cualquier análisis que se haga sobre la materia.

Por lo demás, así se ha puesto de relieve por los publicistas por lo menos desde 1919 en adelante. Carré de Malberg, el ilustre tratadista francés defensor de las tesis constitucionales clásicas, afirmaba ese año en su *Teoría General del Estado* que la doctrina según la cual la administración es una función de ejecución de ley era una teoría esencialmente francesa y que a la fecha en que escribe su obra “es rechazada universalmente. Se funda en la idea errónea de que las leyes pueden proveer a todas las necesidades del Estado”, creencia que es imposible de sostener, pues “un Estado que se impusiera vivir exclusivamente de sus leyes, en el sentido que su actividad estuviera indefinidamente encadenada a decisiones o medidas tomadas previamente por vía legislativa, se colocaría prácticamente en la imposibilidad de subsistir y, de hecho, en ninguna parte existe un Estado de este género. En la mayor parte de los casos, las leyes se limitan a formular reglas generales y abstractas, o sea a fijar de manera preventiva un cierto orden jurídico para el porvenir. Es evidente que la ley no podría preverlo todo, ya que no puede prescribir por anticipado las disposiciones que deban adoptarse frente a las eventualidades y acontecimientos variables de la realidad”.⁸

En Chile ha rebatido la tesis del gobierno-administración como poder ejecutivo el profesor Raúl Bertelsen, quien señaló en la sesión 323^a de las celebradas por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, el 26 de octubre de 1977, que esta expresión era “una de las más incorrectas del derecho constitucional contemporáneo, porque los llamados Poderes Ejecutivos indican, si se atiende únicamente al nombre, que desempeñan una actividad secundaria, o sea, la de ejecutar, llevar a la práctica lo que otros han decidido, cuando lo que ocurre es lo contrario. Quienes participan en la toma de decisiones políticas de alcance general son los integrantes de los

⁸ Carré de Malberg, R, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, pág. 430.

órganos más importantes del Poder Ejecutivo y en ellos se centra la acción de gobierno de un país, no en el Parlamento”. Por eso, indicó, “no hablaría de Poder Ejecutivo en la futura Constitución”. En la sesión 339^a, de 14 de marzo de 1978, agregó que “la idea tradicional de distinguir los poderes públicos en legislativo, ejecutivo y judicial –es– equívoca e incompleta. Dar a un órgano constitucional el nombre de poder legislativo y al otro el de poder ejecutivo lleva implícita una equivocación. En efecto, sugiere la idea de una subordinación del ejecutivo al legislativo: el legislativo da las normas o pautas generales, obligatorias, de conducta, y el ejecutivo, esto es mera teoría, sería el que ejecuta, el que lleva adelante estas decisiones adoptadas por el otro órgano”.

Este modo de pensar, que rechaza la concepción ejecutiva de los órganos no legislativos ni jurisdiccionales, era, por lo demás, ampliamente compartido al momento de aprobarse el proyecto de Constitución Política. Es así como el Presidente de la República, dando a conocer su contenido, expresó en la exposición hecha al país el 10 de agosto de 1980 que “resalta en su creatividad y sentido moderno, la forma como se plasma el sistema de Gobierno”, pues radica “en el Gobierno y no en el Parlamento el eje de la conducción política y económica del Estado”.

34. LA ADMINISTRACIÓN PRESTADORA DE SERVICIOS DE EDUCACIÓN, SALUD, SEGURIDAD SOCIAL, RECHAZÓ EL ESQUEMA JERÁRQUICO E INDEPENDIZÓ LA ACCIÓN SOCIAL DE LA POTESTAD IMPERATIVA DEL ESTADO-PERSONA JURÍDICA. Desde 1920 en Chile y desde fines del siglo pasado en la Europa continental, el Estado dejó de ser gendarme para asumir responsabilidades de prestación social y económica.

La interrelación entre ideas y diseño estructural, entre fondo y forma, entre filosofía y acción, nuevamente se haría presente en el campo público para readecuar la arquitectura administrativa clásica proveniente del Estado liberal y modelar una Administración acorde con la sensibilidad societaria que ahora hacía suya la cultura posmoderna.

La tesis sociológica en que descansaron las explicaciones jurídicas de esta nueva etapa del mundo occidental, conceptuó a la sociedad como un taller social en el cual convergían seres humanos con similares necesidades aunque con distintas capacidades, lo que hacía que las personas necesitadas de servicios

necesariamente tuvieran que acudir a quienes estaban en condiciones de atenderlos, en una espontánea y natural interdependencia o solidaridad social.

De esta manera, los miembros del taller social tenían deberes para con los otros, pues la noción de deber era la única apta para situar la posición del ser humano dentro de estas relaciones necesidad-capacidad, requerimiento-prestación, por lo cual no cabía insistir en la formulación de los derechos subjetivos, noción individualista y sin valor científico, basada solamente en el instinto ancestral de dominación de los unos sobre los otros, sin justificación, se decía, en el mundo contemporáneo.

Desde la perspectiva social, el hombre no tenía el derecho de ser libre, tenía el deber de obrar, de desenvolver su individualidad y cumplir su rol social.

El Estado, al igual que los otros miembros de la sociedad, también tenía deberes sociales y estos deberes consistían en satisfacer las necesidades públicas: para ello, debía crear los consiguientes servicios públicos.

“Se comprende, pues –dirá el maestro León Duguit–, el sentido y el alcance de la transformación profunda que se ha realizado en el derecho público. No es ya un conjunto de reglas aplicables a una persona soberana, es decir, investida del derecho subjetivo de mandar, y que determina las relaciones de esa persona con los individuos y las colectividades que se hallan en un territorio dado, relaciones entre personas desiguales, entre un soberano y sus súbditos. El derecho público moderno se convierte en un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido. De la relación de soberano a súbditos no queda nada. Del derecho subjetivo de soberanía, de poder, tampoco. Pero sí una regla fundamental, de la cual se derivan todas las demás: la regla que impone a los gobernantes la obligación de organizar los servicios públicos, de fiscalizar su funcionamiento, de evitar toda interrupción. El fundamento del derecho público no es el derecho subjetivo de mando, es la regla de organización y gestión de los servicios públicos. El derecho público es el derecho objetivo de los servicios públicos.”

En suma, “así como el derecho privado deja de estar fundado en el derecho subjetivo del individuo, en la autonomía de

la persona misma y descansa hoy en la noción de una función social que se impone a cada individuo, el derecho público no se funda en el derecho subjetivo del Estado, en la soberanía, sino que descansa en la noción de una función social de los gobernantes, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de los servicios públicos”.⁹

“El neoconstitucionalismo –señalará el profesor Julio Heise– limita resueltamente los derechos del individuo toda vez que éstos se opongan a los intereses del organismo social. Los derechos sociales han pasado así a la categoría de principios fundamentales que, como tales, priman sobre los derechos individuales.”

“En las constituciones del siglo XX, a partir de la primera posguerra, vemos consagradas estas nuevas tendencias. La Constitución mexicana, promulgada el 5 de febrero de 1917, y la soviética de 1918, son las primeras que marcan una reacción frente al constitucionalismo clásico del siglo XX.”¹⁰

El movimiento social marcó en Chile el factor social de cambio. En su virtud, junto a los servicios fiscales surgieron en el país las instituciones semifiscales, personas jurídicas de derecho público integrantes de la Administración del Estado, cuya característica esencial radicaría en otorgar prestaciones de seguridad social a los trabajadores de los sectores público y privado, para lo cual fueron concebidas como descentralizadas, desplazadas del poder jerárquico del Presidente de la República, con autonomía de gestión, en una acción que se extendía a todo el territorio nacional.

Más allá de su concreto significado en el cuadro clasificatorio de la Administración Pública, estos servicios personificados marcaron la primera señal política de una reacción administrativa contra el Estado-persona; el comienzo de una liberación de las formas estructurales rígidas propias del poder central

⁹Duguít, León. *Vid. Las transformaciones del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, EDEVAL, Valparaíso-Chile, 1987, págs. 22, 23-24, 28, 31, 38, 39-54, 45 a 55, 136-137; *El pragmatismo jurídico*, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1924, págs. 71, 75-76, 85; *Las transformaciones del Derecho Público*, F. Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1915, págs. 89-90, 113 a 117. Véase Pantoja Bauzá, Rolando, *El Derecho Administrativo, classicismo y modernidad*, cit., págs. 83 a 108.

¹⁰Heise González, Julio, *op. cit.*, pág. 121.

para abrir paso al dinamismo y agilidad de gestión de los organismos administrativos-sujetos de derecho.

Esta fue una reacción notoria y notable del administrativismo frente a un Estado-persona jurídica cada vez más absorbente, ante un Estado-persona en expansión, cada vez mayor en tamaño y con menor operatividad, que no ofrecía soluciones prácticas para la gestión de sus dependencias orgánicas y el cumplimiento de sus deberes sociales para con la sociedad.

Dentro de las circunstancias que vivía el mundo posmoderno, cada vez se hizo menos operante el sistema de la centralización administrativa, en que el Primer Mandatario seguía siendo el representante y en principio la única autoridad titularizada para decidir en todo el ámbito estatal.

La complementación del sistema de centralización administrativa con el de la descentralización funcional, asume, de este modo, dos significados:

–Primero, constituye un tipo organizacional administrativo, el de las personas jurídicas administrativas de carácter social;

–Segundo, concreta la liberación decisional y gestonaria administrativa, al independizar a estos nuevos organismos del Estado de la potestad jerárquica, para justificar sólo el ejercicio de poderes superiores de coordinación, que son los que la doctrina conoce con el nombre de supervigilancia o tutela.

Si el mundo liberal puso el énfasis organizacional en la jerarquía, el mundo social lo hizo en la coordinación.

Las mismas consideraciones formuladas para las instituciones, son válidas para explicar la posición administrativa que pasaron a asumir las empresas del Estado en el campo económico, como consecuencia del factor socioeconómico de cambio que se da en el país a contar de 1938.

Se confirmó, así, la experiencia histórica recogida por el administrativismo: a una nueva época, a un nuevo sentir social, sobrevino una nueva forma de Administración y de administrar: a los servicios fiscales se agregaron los servicios personificados: las instituciones y las empresas del Estado, símbolos de la reacción administrativa contra el Estado-persona jurídica de derecho público, de la operatividad contra la formalidad, de la sociabilidad prestacional contra la imperatividad unilateral.

35. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 1943 Y 1970 MATERIALIZARON LA VISIÓN ORGANIZACIONAL DEL ESTADO SOCIAL. La Constitución de

1925, se sabe ya, contenía una visión administrativa similar a la regulada en la Carta de 1833, de modo que sólo concebía una administración por cargos públicos y no por organizaciones administrativas constitutivas de servicios públicos.

A lo más, en su capítulo IX, a propósito del “Régimen Administrativo Interior”, postulaba una “Descentralización Administrativa” territorial, concebida, en los términos de su artículo 107, como una paulatina entrega de facultades de las autoridades centrales a “los organismos provinciales o comunales”, y, asimismo, como la constitución de oficinas zonales por parte de los servicios generales de la nación, desconociendo la descentralización funcional o por servicios.

Artículo 44. Sólo en virtud de una ley se puede:

4º, *primera parte.* Aprobar anualmente el cálculo de entradas y fijar en la misma ley los gastos de la administración pública.

5º, *primera parte.* Crear o suprimir empleos públicos; determinar o modificar sus atribuciones; aumentar o disminuir sus dotaciones, y decretar honores públicos a los grandes servidores.

Artículo 107. Las leyes confiarán paulatinamente a los organismos provinciales o comunales las atribuciones y facultades administrativas que ejerzan en la actualidad otras autoridades, con el fin de proceder a la descentralización del régimen administrativo interior.

Los servicios generales de la Nación se descentralizarán mediante la formación de las zonas que fijen las leyes.

En todo caso, la fiscalización de los servicios de una provincia corresponderá al Intendente, y la vigilancia superior de ellos al Presidente de la República.

El constituyente de 1925, pues, no alcanzó a asimilar conscientemente los cambios que se habían operado al interior de la Administración del Estado, ni a ponderar la importancia que estaban asumiendo en el país las organizaciones administrativas.

Por esta razón, es comprensible que una vez transcurridos algo menos de veinte años de vigencia de sus disposiciones, y cuando los nuevos organismos eran una realidad establecida en el mundo administrativo, fuera el mismo constituyente quien recogiera los nuevos tipos administrativos para constitucionalizar a las instituciones semifiscales y a las empresas del Estado.

En efecto, la reforma constitucional aprobada por la Ley Nº 7.727, de 1943, sí innovará en su visión de la Administración del Estado, pues hablará de Administración Pública, como comprensiva de los servicios fiscales, y, además, de las instituciones semifiscales y de las empresas fiscales, consciente, como

se dijo en la historia fidedigna de su establecimiento, que era conveniente incorporar al cuerpo del Código Político las nuevas organizaciones que el legislador había incorporado al mapa administrativo de la época.

Artículo 45, inciso 3º, primera parte. Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa para alterar la división política o administrativa del país; para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados y para conceder o aumentar sueldos y gratificaciones al personal de la Administración Pública, de las empresas fiscales y de las instituciones semifiscales.

La idoneidad de la fórmula personificada habría de demostrar su eficacia al ser asimilada por la teoría administrativa para abrir la categoría de los entes descentralizados funcionales o por servicios, cuyo mayor mérito radicó en la libertad de gestión de que pasaban a gozar los organismos que componían ese sector por el hecho de tener personalidad jurídica, lo que hacía que no dependieran del Presidente de la República sino para determinados asuntos de por sí importantes y para los solos efectos de mantener la coherencia global de la acción administrativa del Estado, por lo que esta relación jurídica pasó a tomar el nombre de supervigilancia o tutela frente al vínculo de dependencia que caracterizaba a los servicios fiscales o de administración central.

En 1970, por consiguiente, al modificarse nuevamente el artículo 45, inciso 2º, de la Constitución Política de la República por medio de la Ley N° 17.284 de ese año, para aludir ahora a “los servicios de la Administración del Estado, tanto central como descentralizada”, no hubo cambio alguno de referencia organizacional en el campo de la Administración, sino, por el contrario, una confirmación y un explícito reconocimiento de la aptitud de la fórmula personificada para atender las necesidades de la ciudadanía con mejores y mayores medios y resultados que con el diseño centralizador jerarquizado.

El nuevo criterio administrativo, orientado a la emancipación de los servicios públicos del Estado-persona jurídica, demostró ser ya una realidad aceptada en la Administración Pública.

Artículo 45, inciso 2º, primera parte. Corresponderá exclusivamente al Presidente de la República la iniciativa (...) para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados; para fijar o modificar las remuneraciones y demás beneficios pecuniarios del personal de la administración del Estado, tanto central como descentralizada (...).

El Estado social, de esta manera, incorporó al derecho administrativo organizacional el sistema de organización administrativa denominado descentralización por servicios o descentralización funcional, caracterizado porque en él la prestación pública se hacía por organismos jurídicamente independientes del Presidente de la República, en la medida que tenían personalidad jurídica y con ella autonomía de gestión, sin perjuicio de hallarse vinculados al Jefe de Estado a través del respectivo ministerio, como garantía de una actuación coherente con la política general de Gobierno emanada del Estado-persona jurídica.

Se desplegó, así, en la Administración Pública, un poderoso movimiento de rescate de la dinámica administrativa para cumplir mejor las finalidades-funciones de los servicios públicos, al asumir el Estado-nación nuevas responsabilidades en el ámbito social y económico. Bajo su inspiración se dio lugar a una nueva morfología orgánica, materializada en la creación de personas jurídicas de derecho público administrativo: las instituciones y las empresas del Estado, que eran servicios públicos descentralizados funcionales que, con las modalidades anotadas, formaban parte de la Administración del Estado.

36. LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN LA DOCTRINA CHILENA. Por eso, a 1970, la Administración del Estado se concebía como un conjunto de servicios públicos, centralizados o descentralizados, en un concepto de servicio público que respondía a los parámetros fijados para esta gran institución del Estado social por la doctrina y jurisprudencia francesas en su época de oro, esto es, desde la Tercera República, y concretamente desde 1872, al dársele por el legislador autonomía decisional al Consejo de Estado y al restablecerse el Tribunal de Conflictos: una organización permanente del Estado destinada a satisfacer necesidades públicas de manera regular y continua, conforme a un procedimiento o régimen de derecho público.

“Los servicios públicos constituyen la estructura misma del Estado”, expresará don Manuel Jara Cristi.¹¹

¹¹Jara Cristi, Manuel, *vid. op. cit.*, pág. 73.

Esta idea de servicio público dominó incontrarrestablemente la escena pública administrativa hasta 1970, en todos los niveles y círculos públicos.

Así, cuando el Gobierno del Presidente Jorge Alessandri quiso proyectar la acción del Estado al agro chileno, no dudó en crear tres grandes servicios públicos: la Corporación de la Reforma Agraria, el Servicio Agrícola y Ganadero y el Instituto de Desarrollo Agropecuario.

Cuando el Presidente Eduardo Frei Montalva buscó extenderla en materia constructiva, acudió a la Corporación de la Vivienda, a la Corporación de Servicios Habitacionales, a la Corporación de Mejoramiento Urbano y a la Corporación de Obras Urbanas.

En uno y otro caso, los Jefes de Estado contaron con la aprobación del legislador, de los círculos especializados del país y del público, sin que este proceder llamara en absoluto la atención. Esa adhesión no hizo sino testimoniar el consenso que dominaba el mundo occidental en orden a considerar que el instrumento adecuado para hacer Estado en el medio social era el servicio público, que el servicio público era la forma adecuada e idónea para atender debidamente las necesidades generales haciéndolas públicas.

Es cierto que con anterioridad a 1920 se hablaba también de servicio público, como lo testimonian los apuntes de clases de don Valentín Letelier, por ejemplo, pero por aquel entonces no existía la definida percepción que con posterioridad la doctrina francesa difundiría en el mundo administrativista, configurándolo como una institución prototípica: organización estatal, actuando conforme a procedimientos de derecho público, para satisfacer necesidades generales; titular de las prestaciones obligatorias que el Estado ofrecía a la comunidad.

Toda actividad desarrollada en beneficio de terceros era un servicio. Si se prestaba por particulares daba origen a servicios privados; si se prestaba por el Estado, a servicios públicos. Ambos, para la época, respondían a una misma idea y presentaban iguales características. Por eso, el ilustre maestro Letelier afirmaba que “la Administración Pública es un conjunto de servicios. La administración del Estado no se distingue esencialmente de la administración privada. No hai diferencias entre la administración de los ferrocarriles fiscales con los particulares, ni entre las tesorerías fiscales con las cajas bancarias. En uno i

otro caso los empleados tienen a su cargo servicios que desempeñar, los unos a beneficio de la sociedad, los otros a beneficio del Estado”.¹²

En la nueva etapa administrativa, la del Estado social, que se despliega en Chile desde 1920 en adelante, el servicio público pasó a ser la entidad representativa del actuar prestacional del Estado, lo que hizo que la posición doctrinal pasara a concebirlo y caracterizarlo de una manera completamente distinta a aquélla.

El servicio público, en su nueva caracterización doctrinal, fue un concepto unívoco claramente identificado e identificable en el ámbito del derecho administrativo: se consideró como tal a una organización del Estado destinada a satisfacer, de manera regular y continua, necesidades públicas, conforme a un procedimiento de derecho público, siguiendo la visión de la escuela realista francesa de Burdeos.

La primera mención a los servicios públicos como organismos componentes de la Administración del Estado hecha en el sentido que se deja expresado, se encuentra en don Manuel Jara Cristi. Después de él, se generalizó en la bibliografía de la disciplina. “La Administración –dice en sus anotaciones de clases de 1943– se exhibe precisamente como una entidad formada por servicios públicos. Adonde quiera que dirijamos la mirada nos encontramos con servicios, que no son sino organismos destinados a la satisfacción de necesidades públicas.”¹³

“La Administración Pública –hace ver don Guillermo Varas Contreras el año 1948– tiende, fundamentalmente, a satisfacer las necesidades públicas; para ello se somete a los procedimientos del derecho privado o a los del derecho público. En este segundo, que es el que más directamente interesa a nuestro estudio, las entidades públicas, llámense Estado o Municipalidad, organizan los servicios públicos dentro de un procedimiento especial, cuyas características jurídicas deben ser consideradas, por las consecuencias prácticas que de ellas se derivan.”

“Se ha definido el servicio público –por Gastón Jèze– diciendo que es ‘toda organización de carácter permanente des-

¹²Letelier, Valentín, *Apuntaciones...*, cit., pág. 9.

¹³Jara Cristi, Manuel, *op. cit.*, pág. 73.

tinada a satisfacer una necesidad pública, de una manera regular y continua’.”

“En esta definición se advierten, desde luego, tres características dominantes, a saber: permanencia, regularidad y continuidad. Los servicios públicos, tales como el agua potable, alcantarillado, alumbrado, etc., son permanentes, por su naturaleza, porque satisfacen necesidades de ese carácter. Además, son de una índole tal que deben ser atendidos en forma que no pueda perturbarse su funcionamiento regular y continuo, pues de lo contrario se irrogarían daños incalculables a la salud, seguridad y aun economía de la población.”

“Estas características tan especiales dan origen a un régimen legal también especial que permite satisfacer las necesidades públicas en forma amplia, sin las trabas ni restricciones que impone a veces el derecho privado en las relaciones civiles entre particulares. El régimen del servicio público debe tener, pues, como fundamento y fin, según queda dicho, la satisfacción superior de necesidades públicas y, como medio, el poder legal suficiente para atenderlas, en todo instante, sin consideración a interés particular alguno; atención que debe hacerse de una manera “regular” y “continua”, dentro de la marcha ordenada y normal de la colectividad social.”¹⁴

“En su acepción subjetiva –dice el profesor Patricio Aylwin– con el término Administración se designa al conjunto organizado de las distintas oficinas, reparticiones, estructuras, empresas, por medio de las cuales el Estado ejerce su función administrativa, a las que corrientemente se les llama servicios públicos o simplemente servicios.”

Cuando los particulares o el Estado “deciden encarar la atención de una determinada necesidad colectiva, precisan crear una organización”; cuando la organización es creada por los particulares, “estas organizaciones se rigen, en cuanto a su constitución y funcionamiento, por reglas de derecho privado”; cuando la crea el Estado, “se sujetan, en cambio, por regla general, aunque no siempre, a normas especiales de derecho público”.

“Podemos, en consecuencia, definir al servicio público como una organización de personas y bienes creada por el Estado,

¹⁴ Varas Contreras, Guillermo, *op. cit.*, págs. 311 y 312.

sometida a un régimen jurídico especial de derecho público, que tiene por objeto satisfacer de manera regular y continua una necesidad pública.”¹⁵

“Analizando el problema que nos inquieta desde un ángulo eminentemente legalista o positivo, creemos –señala don Enrique Silva– que en Chile el servicio público ha sido tomado desde un prisma preferentemente, si bien no exclusivamente, orgánico. Toda concepción que no tuviera, pues, como base este elemento primordial, rebasaría y escaparía al sentido realista de que ha partido nuestro legislador.”

“Es el criterio típicamente clásico preconizado e ideado por León Duguit y defendido intensamente por Gastón Jèze. Es, por otra parte, la tendencia que predominó de manera casi absoluta en la legislación y en la jurisprudencia mundiales hasta los comienzos del presente siglo.” Jèze expresa: “Decir que en determinada hipótesis existe servicio público equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos de derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico.”

“Si trasladamos estas ideas al campo del Derecho chileno, habremos de considerar en forma muy especial la idea de administrar, es decir, gobernar, cuidar, regir, suministrar, en una palabra, satisfacer necesidades generales, misión ésta que nuestro texto constitucional comete al Presidente de la República y que dicho Magistrado realiza por intermedio de la Administración del Estado, vale decir, por el conjunto de servicios públicos orgánicamente considerados.”¹⁶

Atendidas estas razones, bien pudo sostenerse, como se afirmó, que la Administración Pública era un conjunto de servicios públicos, caracterizándola así desde el punto de vista subjetivo, formal u orgánico, en el entendido de que el servicio público respondía a la concurrencia de tres requisitos simultáneos: en primer lugar, debía tratarse de un organismo del Esta-

¹⁵ Aylwin Azócar, Patricio, *op. cit.*, tomo I, págs. 86 a 88.

¹⁶ Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno...*, cit., tomo II, 1969, págs. 62, 30-31 y 10-11.

do; en segundo término, debía tener por finalidad la satisfacción de una necesidad pública; en tercer lugar, debía actuar de acuerdo con procedimientos de derecho público, sometido a un régimen jurídico especial, propio del sector si se quiere estatal y diferente del derecho común.

Organización estatal, necesidad general y régimen jurídico de derecho público, fueron, entonces, los elementos exclusivos y excluyentes, pero necesariamente convergentes, que hicieron de una entidad administrativa un servicio público.

37. LA REORIENTACIÓN TEÓRICA ORGANIZACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO DURANTE EL PERÍODO 1973-1990: EL ESTADO PORTALIANO. El Gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden que rigió al país entre 1973 y 1990, desde temprana hora predicó y practicó una filosofía individualista. Ella marcó su actuación y su producción jurídicas.

De aquí que junto con asumir el mando supremo de la nación impusiera un conjunto de medidas tendientes a reaccionar contra el anterior estado de cosas administrativas, a disminuir el tamaño de la Administración del Estado y a limitar su acción en el campo económico y social, que pasó a ser reconocido como propio de la iniciativa particular.

Esta tendencia llevó a decir a una destacada figura de ese Gobierno que la intención de sus personeros fue “reducir el Estado a términos de tanta insignificancia que no pudiese el día de mañana amagar las pretendidas libertades. El Estado tenía que ser un ente sin poder alguno, que tuviese que golpear las puertas de los vecinos de la sociedad para pedirles prestado un poco de su propia fuerza para adoptar cualquier iniciativa. De lo que se trataba era de transformar en ineficiente al Estado.”¹⁷

Este modelo de Estado fue conocido en su tiempo con el nombre de Estado portaliano, por referencia a la Administración del primer gobierno conservador del país, el del Presidente Joaquín Prieto (1831-1841), encarnada en su ministro Diego Portales, y que sugerentemente estaba formada sólo por tres ministerios: los de Interior y Relaciones Exteriores, de Hacienda y de Guerra y Marina.

¹⁷ Vid. revista *Análisis*, N° 120, 10 al 16 de diciembre de 1985, pág. 19.

En este contexto político, el Estado recobró su antiguo rol histórico de un Estado de la *pace et iustitia*, de un Estado gendarme, estricto custodio del orden público en el interior y de la seguridad exterior de la República, cuyo papel era por naturaleza ajeno a toda intervención social y desde luego económica, presentándosele como la superación del Estado social que hasta entonces había regido en el país.

Por eso, la nueva visión política formulada en la “Declaración de Principios del Gobierno de Chile”, de 1974, abandonó la idea del servicio público como concepto matriz fundamentador de la Administración Pública y eje de clasificación de sus organismos componentes, para adoptar otro criterio, en que el Estado asumía un papel subsidiario de la acción particular, entendida la subsidiariedad como la actuación estatal en aquellos ámbitos que no interesaran a los privados o en los sectores estratégicos que definiera el gobierno.

Dentro del derecho administrativo, esta tendencia llevó a minimizar el estudio de la organización administrativa, argumentándose que “dicha materia corresponde más bien a la ciencia de la administración que a nuestra disciplina”, porque el objeto del derecho administrativo, se sostuvo, “es mostrar a los particulares la forma en que pueden amparar sus derechos”.¹⁸

Cuando no se prescindió del tema, se le redujo a las estructuras jurídicas tradicionales reguladas por el Código Civil, insertando las organizaciones administrativas en los conocidos tipos de las corporaciones y fundaciones, contemplados por el Código para modelar a las personas jurídicas de derecho privado.

Se trata de “mostrar en lo técnico jurídico –dirá el profesor Eduardo Soto– cómo la Administración del Estado más que un conjunto de servicios públicos centralizados y descentralizados, noción por lo demás difícil de asir jurídicamente y de escasa utilidad operativa en lo organizacional, es un conjunto de personas jurídicas estatales, públicas, administrativas, noción esta de persona jurídica no sólo técnicamente adecuada en Derecho, sino sobre todo perfectamente delimitada en lo conceptual y suficientemente precisa en sus efectos operativos”.

¹⁸Caldera Delgado, Hugo, *op. cit.*, pág. 8.

Esta es “la correcta manera de plantearse jurídicamente el problema de la organización administrativa, pues si se estima, como no puede ser menos, que la organización del Estado y el Estado Administrador es algo también jurídico, normado por el Derecho (Constitución y leyes) y sometido al principio de juridicidad, no cabe duda que su enfoque ha de ir por la técnica de la personificación, que es precisamente una técnica jurídica de organización de una función o actividad”.

En efecto, la Administración revela la existencia de “personas jurídicas de tipo corporacional, usando la noción civil, artículo 549 del Código Civil, analógicamente por cierto, y creadas todas por ley de la República”, y personas “de tipo fundacional, patrimonios de afectación, masas de bienes afectas a un fin, entidades creadas por ley y que, usualmente, han recibido en Chile el nombre jurídico de Fondos, destinados, en general, a fines culturales”.

“De todo ello resulta claramente que el Estado de Chile actúa a través de personas jurídicas en lo que se refiere a la actividad administrativa estatal; siguiendo la terminología que usa el constituyente, ellas serían:

- 1) el fisco,
- 2) las municipalidades, y
- 3) una serie de personas jurídicas administrativas con características bien definidas y que pueden incluirse en tres diversos tipos, a saber:
 - 3.1. instituciones semifiscales,
 - 3.2. empresas estatales, y
 - 3.3. organismos o entidades dotadas de autonomía especial.”

Los dos primeros tipos, las instituciones semifiscales y las empresas del Estado, son los que ya conocía la doctrina y la jurisprudencia, en la evolución administrativa que se ha reseñado en los capítulos anteriores.

Los organismos o entidades autónomos, una subespecie de entes personificados, caracterizada por gozar de un mayor grado de independencia de gestión que las instituciones y las empresas. “El tercer tipo de personas jurídicas (3.3) comprende a ciertas entidades personificadas, todas ellas que desarrollan, v. gr. una actividad de fomento industrial del país, como la Corporación de Fomento de la Producción, más conocida como CORFO, o bien cumplen una función de docencia superior,

como v. gr. las universidades estatales, centros de enseñanza superior y de investigación científica y tecnológica, entidades dotadas de personalidad jurídica y, en consecuencia, con una autonomía de gestión tanto docente como administrativa y financiera, y obviamente, con patrimonio propio; y también, un abigarrado conjunto de entidades personificadas en razón de la función que realizan y que no son, en general, sino servicios públicos en el sentido clásico, pero que el legislador ha dotado de personalidad en especial con una finalidad de eficiencia.”

En estas condiciones, si se deseara elaborar un diagrama de la Administración del Estado, en cuanto un conjunto de personas jurídicas y teniendo en cuenta, asimismo, el vínculo que une a todas ellas con el centro que les da unicidad, y que es el Presidente de la República, podría decirse que comprende:

–una administración fiscal, que actúa bajo la persona jurídica fisco, y que está vinculada con el Presidente de la República por medio de una relación jerárquica: la configuran los Ministerios y los Servicios dependientes de ellos, servicios y ministerios que carecen de patrimonio propio y son alimentados o sostenidos por el Presupuesto General de la Nación, y

–una administración no fiscal, compuesta por numerosas personas jurídicas que, ya sea por la función que realizan y llevan a cabo (funcionalmente descentralizadas) o por el territorio en el cual actúan (territorialmente descentralizadas), están dotadas de autonomía de gestión, tanto normativa como financiera, contando, en consecuencia, con facultades que la ley les ha conferido para actuar con independencia en la realización de los fines propios que les han sido encomendados, pero vinculadas todas ellas, por intermedio del Ministerio afín con su actividad, al Presidente de la República, centro unificador de la organización administrativa a través de sus poderes jurídicos de supervigilancia”.¹⁹

No parece del caso realzar la importancia que de por sí asume el concepto de persona jurídica en el campo del derecho, pero tampoco se justifica sostener que las formas de corporación y fundación sean las únicas que autorizan la actuación responsable de una entidad en el ámbito jurídico,

¹⁹ Soto Kloss, Eduardo, *La organización de la Administración del Estado: un complejo de personas jurídicas*, Gaceta Jurídica N° 73, 1986, págs. 16 y sgts.

desde el instante que el mismo Código Civil contempla también como personas jurídicas a las asociaciones personificadas que persiguen fines utilitarios, a las que denomina sociedades o compañías.

Artículo 2053. La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan.

La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.

La personalidad jurídica representa una idea basal de su construcción para la ciencia del derecho, la de sujeto jurídico, por lo que no puede ser sino un referente obligado de caracterización de lo administrativo en el gradual y progresivo proceso de juridización que ha experimentado el Estado occidental a partir de la institucionalización del constitucionalismo europeo –erradicador del *ius politiae* para implantar en su lugar el *ius publicum*–, como que en el hecho, por esta misma circunstancia, la personificación de los organismos administrativos ha demostrado ser el eje rector del cuadro clasificatorio de la Administración Pública. El análisis de la doctrina y de la jurisprudencia recaídas en la materia, confirma que la figura de la persona jurídica de derecho público dentro del campo administrativo fue un tema que el administrativismo del Estado constitucional nunca puso en la mesa de la discusión jurídica, consciente de la necesidad de expresar la realidad estatal en la forma hecha suya por el constituyente y el legislador, aunque sin pretender cristalizarla en las solas figuras de la corporación y de la fundación, que por responder a las ideas de *universitas personarum* y de *universitas bonorum*, en un acto fundacional que la genera y en sucesivos actos operacionales de carácter cooperativo que la dinamizan, se presentaban y presentan diferentes a aquellas modalidades que nacen de la inserción de un organismo público en un sistema administrativo complejo, desde luego sujeto a la dirección superior del Jefe de Estado y en el cual no existen miembros fundadores ni miembros afiliados que determinen su dirección.

Las *Lecciones de Derecho Administrativo* de don Juan Antonio Iribarren, de 1936, y *El servicio público* de don Enrique Silva, de 1995, v. gr., son sugerentes testimonios de esta aceptación matizada del concepto de persona jurídica en el ámbito *ius* administrativo.

“Las personas administrativas reciben diversas denominaciones, según sea la forma de su constitución, el modo de actuar que tengan y la mayor o menor relación en que se encuentren con respecto a los particulares”, indica el señor Iribarren.

“En nuestro Código Civil se contempla la concepción de persona jurídica de derecho público y en ella tenemos elementos que permiten apreciar su naturaleza y contenido. Dice el mencionado cuerpo legal, en su artículo 547, inciso 2º, que las disposiciones del título de las personas jurídicas no se extenderán a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas y los establecimientos que se costean con fondos del erario, corporaciones y fundaciones que se regirán por leyes y reglamentos especiales.”²⁰

“Al hablar de las personas administrativas –anota don Enrique Silva–, nos referimos a aquellos órganos de la Administración del Estado que, junto con satisfacer una necesidad pública, están dotados de personalidad jurídica de derecho público para la libre administración de su patrimonio.

Nuestro derecho positivo no ha hecho una clasificación de las personas públicas, pero recurriendo a algunos preceptos, principalmente al artículo 547 del Código Civil, podemos considerar como tales a las siguientes:

1. El Estado, sinónimo para estos efectos de nación –voz que emplea el artículo citado–, que es la persona pública por excelencia. Desde un punto de vista patrimonial, se le denomina por nuestras leyes Fisco, conservando y respetando el criterio tradicional;

2. Los órganos descentralizados territoriales, es decir, los gobiernos regionales y los municipios;

3. Los ‘establecimientos públicos que se costean con fondos del erario’, dentro de los cuales, necesariamente, y por exclusión, tenemos que comprender a las instituciones y empresas fiscales personificadas;

4. Las instituciones semifiscales.

Los órganos comprendidos en los N^{os} 2, 3 y 4 bien pueden quedar incluidos dentro de la nomenclatura administrativa y

²⁰Iribarren, Juan Antonio, *op. cit.*, pág. 109.

genérica más moderna de entes autónomos que más de una vez emplean las leyes, pero con el sentido que a la expresión autonomía se da en Chile”, o sea, como independencia de gestión.²¹

De este modo, el postulado político del Gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden, viabilizado en el ámbito del derecho administrativo organizacional a través de una Administración-conjunto de personas jurídicas de derecho público, desplazó entre 1973 y 1990 la sistematización administrativa modelada en torno a los servicios públicos, para ceder su espacio al estudio de las personas jurídicas de derecho público administrativo, que pasó a ocuparlo, y lo ocupa, incluso en los planes de estudio de las Escuelas de Derecho del país.

Con todo, al diseñar a la Administración como un conjunto de personas jurídicas, la concepción individualista no sistematizó la visión constitucional de la Administración Pública; restringió su óptica a encuadrar simplemente los organismos administrativos en los conceptos de corporación y de fundación civiles, en un intento doctrinal por sustituir la teoría de los servicios públicos acuñada por el Estado social por la teoría de las personas jurídicas, de suyo conocida en el ámbito del derecho, esfuerzo que al carecer de base empírica y de demostración, puesto que sólo fue afirmación, dejó oscilando en el ambiente administrativo la duda acerca de cuál era y es, realmente, la visión arquitectural de la Administración Pública aceptada por el Código Político de 1980.

²¹ Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, El servicio público, op. cit.*, págs. 126 y 132.

CAPITULO SEXTO

EL PLAN MAESTRO DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA

EFFECTOS

SUMARIO: 38. La Constitución Política de 1980, un serio esfuerzo por recomponer el mapa administrativo de Chile. 39. La Constitución Política de la República, escenario para un gran entendimiento nacional. 40. La interpretación de la Constitución Política de la República requiere seguir su curso y su discurso, sin insistir en conceptos a priori. 41. El plan maestro de la Constitución de 1980. 42. La erradicación del principio fiscalista. 43. El principio de la servicialidad del Estado no se basa en el régimen jurídico público aplicable a la actuación administrativa. 44. El principio de la distribución de las competencias públicas es una aplicación del principio de la servicialidad. 45. La interacción pública-privada. 46. La situación de las empresas del Estado-nación. 46. A. La visión jurisprudencial de las empresas del Estado, a 1996, mantiene las definiciones alcanzadas en 1957. 46. B. ¿Por qué las empresas privadas del Estado no formaban parte de la Administración del Estado? 46. C. El artículo 19, N° 21, de la Constitución Política de la República regula la actividad empresarial del Estado sin distinguir entre formas públicas y privadas. 46. D. La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado dispone que las empresas públicas creadas por ley han de regirse por sus propias normas y no por el régimen administrativo general. 46. E. La normativa que rige la actividad empresarial del Estado constituye una regulación, no una prohibición. 46. F. La actividad empresarial del Estado-nación integra la Administración del Estado, independientemente del régimen jurídico que la rija: de la empresa del Estado-servicio descentralizado a la empresa del Estado-actividad empresarial del Estado. 46. G. Confirmando lo expresado en los párrafos anteriores, la Constitución Política de la República también regula a las empresas privadas del Estado; las empresas públicas y privadas del Estado deben enviar sus publicaciones al Congreso Nacional; la Ley N° 18.196, de 1982, y las leyes aprobatorias de los Presupuestos del Sector Público para los años 1996 y 1997 establecen normas aplicables a ambos tipos de organismos; el control que se ejerce sobre las empresas públicas y privadas del Estado lo realiza el organismo estatal de control externo y su defensa judicial está confiada por la ley al organismo que tiene a su cargo la defensa del Estado. 47. El concepto constitucional de Administración del Estado, ba-

sado en el principio democrático de la servicialidad del Estado, ha dado origen a una nueva Administración, organizacionalmente compleja y jurídicamente diversificada.

38. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1980, UN SERIO ESFUERZO POR RECOMPONER EL MAPA ADMINISTRATIVO DE CHILE. La Constitución Política de la República, según se ha expuesto anteriormente, ha regulado a la Administración del Estado de manera diferente a lo largo del tiempo, atendidas las finalidades que en cada época histórica se reconocieron como propias del Estado de Chile.

En 1833, en tiempos que se apreciaban de agitación en el país, la política gubernativa buscó establecer un régimen que permitiera mantener para siempre, se dijo, la tranquilidad y el orden públicos, alejando las causas que habían motivado tantos males políticos a la República. Tratábase, argumentó el Presidente Prieto en el manifiesto que antecedió a la Constitución de aquel año, “de asegurar para siempre el orden i la tranquilidad pública contra los riesgos de vaivenes a que han estado espuestos. La reforma no es más que el modo de poner fin a las revoluciones i disturbios a que daba origen el desarreglo del sistema político en que nos colocó el triunfo de la independencia. Es el medio de hacer efectiva la libertad nacional, que jamás podríamos obtener en su estado verdadero mientras no estuviesen deslindadas con exactitud las facultades del gobierno i se hubiesen opuesto diques a la licencia”.

Para ello, la Carta Política instituyó un fuerte poder central, articulado sobre la base de cargos públicos de creación legal, cuyos titulares dependían del Presidente de la República, incluso para mantenerse en sus destinos.

En 1925 se reiteró este punto de vista, aunque con algunos trazos de modernidad. Se postuló una descentralización territorial que correspondería materializar al legislador mediante la transferencia de atribuciones de los organismos de administración central a las asambleas provinciales y a las municipalidades, y la constitución de oficinas zonales de los servicios generales de la nación.

Independientemente de la Constitución Política, y al margen de ella, desde esta fecha en adelante el legislador procederá a crear organismos administrativos con personalidad jurídica

y consiguiente patrimonio propio para desarrollar funciones sociales de la Administración Pública primero: las instituciones semifiscales, representadas inicialmente por las cajas de previsión social, y actividades industriales y comerciales, enseguida: las empresas fiscales o estatales, modelando así un sector de organismos hasta entonces desconocidos en la Administración chilena, pues siendo estatales en sentido amplio, en el sentido de que eran creados, regulados y financiados inicialmente por el Estado, luego, una vez constituidos, actuaban con independencia de gestión frente a él, pudiendo incluso demandarlo en juicio en defensa de sus intereses corporativos, desde el instante que su calidad de ser sujetos de derecho les daba un lugar propio dentro del cuadro de la Administración Pública.

El legislador, por esta vía, en forma paulatina pero sostenida, generó todo un nuevo sector organizacional, aquel ámbito que más tarde sería conocido con el nombre de descentralización funcional o por servicios.

Las reformas constitucionales de 1943 y de 1970, aprobadas por las Leyes N^{os} 7.727 y 17.284, respectivamente, asimilarán la nueva realidad administrativa y se referirán entonces “al personal de la Administración Pública, de las empresas fiscales y de las instituciones semifiscales”, en el primer caso, y de “los servicios de la Administración del Estado, tanto central como descentralizada”, en la segunda situación, dando fe de un orden de cosas administrativas en evolución y cambio.

1943: artículo 45, inciso 3^o, primera parte. Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa para alterar la división política o administrativa del país; para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados y para conceder o aumentar sueldos y gratificaciones al personal de la Administración Pública, de las empresas fiscales y de las instituciones semifiscales.

1970: artículo 45, inciso 2^o, primera parte. Corresponderá exclusivamente al Presidente de la República la iniciativa (...) para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados; para fijar o modificar las remuneraciones y demás beneficios pecuniarios del personal de la administración del Estado, tanto central como descentralizada (...).

Así, una Administración Pública orientada a velar por el orden y la seguridad pública, como la de 1833, y otra encaminada a la prestación de servicios, cuando no de bienes a la ciudadanía, como fue la posterior a 1920, hizo suya una correspondiente forma de organización administrativa.

Aquella acudió a la centralización administrativa, que permite al Jefe de Estado disponer imperativamente sobre los funcionarios públicos a lo largo y ancho del país en una cadena de transmisión jerárquica que amplifica los alcances de una orden hasta los más remotos lugares de la nación; ésta, la Administración posterior a 1925, internalizó la descentralización administrativa, sistema de administración que no sólo había demostrado en el derecho comparado poseer un alto dinamismo y una gran capacidad de acción, sino que incluso había sido celebrado en los círculos políticos y administrativos como expresión de la libertad corporativa de la Administración frente al Estado, al ser ellas, en sí mismas, personas jurídicas con atribuciones propias, distintas del Estado persona jurídica, que pasaban a ejercer y a hacer administración en forma separada del tronco tradicional.

Este sentir de dos épocas animadas de diferentes signos políticos: el autoritarismo conservador y el progresismo social, habría de privilegiar aquellos elementos jurídico-institucionales aptos para lograr los objetivos estatales de cada época: la jerarquía, en la primera etapa; la coordinación, por medio de la supervigilancia o tutela presidencial, en la segunda.

La descentralización territorial prevista en la Constitución Política de 1925 no lograría alcanzar el éxito que auguraban los debates de fines del siglo pasado, revividos en la subcomisión de reformas constitucionales de 1925.

Las asambleas provinciales establecidas en la Carta Fundamental nunca se crearon y las municipalidades, como lo testimoniaron los autores de la segunda mitad de este siglo, desde 1950 en adelante, terminaron por arrastrar una vida lánguida dentro de la institucionalidad del país, al haber visto disminuidas en lugar de robustecidas sus atribuciones en el campo vecinal.

“Las atribuciones de las municipalidades se han visto notablemente cercenadas –con posterioridad a 1925, dice al respecto don Enrique Silva Cimma– por la existencia de una marcada tendencia legislativa que, contrariando el sentido de la Constitución Política de 1925, ha tendido a un marcado centralismo”, en que “el Poder Central, por intermedio de sus diferentes órganos, ha arrasado, por virtud de la ley, con las atribuciones y facultades municipales”.¹

¹ Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, tomo II, cit., pág. 298.

Estas eran las ideas que dominaban el escenario administrativo al año 1973, al producirse los hechos históricos que son vastamente conocidos en el país y que al actuar por la vía revolucionaria dismantelaron la Administración que existía en el país e impusieron un mapa administrativo de ideas y estructuras opuesto al que hasta ese entonces existía en el país.

En estas circunstancias, la Constitución Política de 1980 aparece como un serio esfuerzo por recomponer el mapa organizacional administrativo de Chile, a raíz de la fragmentación que había experimentado desde 1973 en adelante.

39. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, ESCENARIO PARA UN GRAN ENTENDIMIENTO NACIONAL. La Constitución Política de la República plebiscitada el año 1980, en vigencia desde el 11 de marzo de 1981, y sus modificaciones posteriores, representa para el jurista la fuente insustituible de toda sistematización del derecho público en tanto derecho de la sociedad y para la sociedad.

De aquí la importancia de establecer los principios matrices de su concepción jurídica, más aún cuando los hechos que conoció el país desde el año 1973 estremecieron todas las conciencias, impactaron todos los sectores ciudadanos y llamaron a una profunda introspección.

No hubo indiferencia ante lo sucedido en aquel entonces y esta realidad hizo sentir sus efectos también sobre quienes intervinieron directa o indirectamente en el estudio de la Carta Fundamental dentro de la Comisión Constituyente, como se la llamó en 1973, o Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, según pasó a denominársele más tarde.

El capítulo primero de la Carta Fundamental, titulado "Bases de la Institucionalidad", refleja ese estado espiritual en que se encontraba el país.

En él, el constituyente establece, consciente y deliberadamente, los principios considerados esenciales para la creación de un gran escenario de entendimiento nacional, base de un debate democrático y de una acción compartida de futuro, y en cuya aceptación y realización los chilenos se encontrarían a sí mismos, desterrando los fraccionamientos que habían producido los dolorosos acontecimientos de 1973.

La Administración posmoderna del Estado de Chile ha venido a insertarse dentro de esta sensibilidad-racionalidad, y

conforme a este curso seguido por la Constitución Política, y a su consiguiente discurso, han de determinarse, entonces, las ideas matrices a que responde, interrelacionando contenidos con formas, funciones con estructuras, finalidades con medios para lograrlas.

40. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA REQUIERE SEGUIR SU CURSO Y SU DISCURSO, SIN INSISTIR EN CONCEPTOS A PRIORI. La dificultad de interpretar debidamente el esfuerzo que desplegó en este sentido la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, cuerpo encargado de elaborar el proyecto de nuevo Código Político, y por consiguiente de dimensionar en toda su extensión qué es al día de hoy la Administración chilena, arranca en gran parte de ese fenómeno sociológico asaz reiterado en la historia y consistente en explicar el mundo de la realidad jurídica acudiendo a criterios de la idealidad, confirmando individualmente lo aceptado antes que admitir la vivencia de lo renovado.

Por esta vía, el tradicionalismo, ministro de fe de la seguridad jurídica, siempre encuentra justificaciones convincentes para reafirmar las imágenes y convenciones jurídicas conocidas y sacrificar en el altar del pasado las demandas de expansión que plantean las nuevas ideas, situaciones o fenómenos que buscan abrirse paso en la sociedad, como fórmulas de solución a los problemas societales.

Por supuesto, este tradicionalismo se ve estimulado también por la dificultad doctrinal que encierra la objetivación de esas nuevas visiones e ideas.

Por lo demás, el texto constitucional, en sí mismo, como toda obra de gran magnitud, fue una obra compleja, colectiva e interactuada entre los miembros de la Comisión y entre éstos y todos aquellos que opinaron o decidieron acerca de ella en sus distintas fases y en los múltiples temas que abarca el Código Político, y no ofrece, entonces, una fácil sistematización.

A ello se agrega que la Carta Fundamental terminó con la aprobación de cierto articulado, el que después fue adicionado por importantes reformas incorporadas a su texto desde 1989 hasta ahora, en particular las del año 1991, desde otra perspectiva, desde la visión democrática, que renovaron la visión regional y comunal, incorporando las partes sustantivas y formales de un diseño institucional cuya coherencia requiere ser investi-

gada jurídicamente, al transformarse ese texto político en una normativa objetivada.

41. EL PLAN MAESTRO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980. De aquí que el derecho administrativo organizacional requiera profundizar el análisis del sistema constitucional para extraer de él el plan maestro que consulta la Constitución Política de la República en materia de modelo societal, es decir, para inferir el tipo de sociedad política que concibe y busca instituir la Carta Fundamental, y cuáles son las ideas matrices a través de las cuales pretende lograr su objetivo, aceptadas así en el plebiscito que aprobó el Código Político y sus modificaciones posteriores.

Justamente, sólo precisando estas estructuras fundamentales de la construcción jurídica el derecho administrativo puede avanzar en la configuración del sistema que acoge a los órganos, organismos o personas que participan en esa sociedad, en qué carácter lo hacen y cuáles son las interrelaciones que se dan entre quienes concurren en el mercado de bienes y servicios del país, en beneficio del interés general.

Los antecedentes que se desarrollarán en los dos capítulos siguientes llevan a sostener que este plan maestro arranca del artículo 1º de la Constitución Política de la República y consiste en establecer una sociedad solidaria, basada en el respeto a la persona humana y al derecho, objetivo y subjetivo.

Artículo 1º. Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

De las normas de la Constitución Política de la República y de lo dicho precedentemente se deduce que la Carta Fundamental modela su arquitectura partiendo de la idea matriz de la servicialidad como razón de ser del Estado.

En los términos de los incisos 4º y 5º de su artículo 1º, la razón de ser del Estado es estar al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, bien común que no sólo se reduce a dar seguridad de orden a la población, como ocurría en el Estado constitucional de primera generación, sino que se proyecta y extiende “a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”, a “dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Este precepto resume la idea rectora que domina todo el ordenamiento jurídico constitucional, tanto por cuanto sintetiza el “sustrato espiritual que existe dentro de un conjunto humano que habita determinado territorio y que debe expandirse a lo largo de todo el cuerpo social y del Estado, como expresión jurídica de dicho cuerpo”, “los valores con los cuales la sociedad chilena se siente identificada”, “su núcleo o esencia”; como porque este artículo 1º tiene un carácter vinculante que obliga a todos los sujetos jurídicos, a los del sector público y del sector privado.

Así se consignó en la sesión 402ª de las celebradas por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, el 14 de julio de 1978, en que a propósito del actual artículo 1º se manifestó que la Carta Fundamental debía acoger “una declaración de principios de lo que constituye la nación chilena”, que “expresen los motivos que unen a la sociedad chilena”; “lo relativo a la identificación de la nación chilena”, a “un sustrato espiritual que existe dentro de un conjunto humano que habita determinado territorio y que debe expandirse a lo largo de todo el cuerpo social y del Estado, como expresión jurídica de dicho cuerpo”; “establecer en el artículo 1º los valores con los cuales la sociedad chilena se siente identificada”, “disposiciones que constituyen su núcleo o esencia”; “comenzar por la gran definición de lo que es la Nación chilena”.

El Tribunal Constitucional en sus fallos Roles N°s 19 y 53, de 1983 y 1988, respectivamente, destacó la importancia de este artículo 1º, al expresar “que el artículo 1º de la Carta Fundamental es de un profundo y rico contenido doctrinario

que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional”.

“El objeto de este precepto es destacar algunas de las funciones más relevantes que debe ejecutar el Estado en procura de obtener su finalidad básica, cual es ‘promover el bien común’, concepto este último que define el inciso cuarto del mismo precepto como el conjunto ‘de las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece’.”

“En consecuencia, no cabe duda que, conforme a este precepto, los titulares e integrantes de los órganos del Estado deben realizar estas funciones básicas a fin de alcanzar la finalidad suprema, el ‘bien común’; –y– que en el cumplimiento de su misión deben actuar con la debida prudencia, equidad y mesura que las circunstancias aconsejen.”

A su vez, a raíz del actual artículo 6º del Código Político se sostuvo en esa misma sesión 402ª, en una opinión hoy día compartida ampliamente por la doctrina y jurisprudencia nacionales, que este artículo “representa la aplicación inmediata del derecho constitucional a todos los chilenos”: “este derecho –se afirmó– obliga a toda autoridad, Poder Legislativo, Presidente de la República, Tribunales, particulares y sociedad, y nadie puede desligarse de esta obligación, al contrario de lo que se creía en Chile en cuanto a que el derecho constitucional era una disposición no aplicable directamente, que no regía sin leyes”.

“El artículo 6º de la Constitución –dirá el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol Nº 19, de 27 de octubre de 1983– comprende dos conceptos fundamentales.

En sus incisos 1º y 2º consagra principios vitales en los cuales descansa la nueva institucionalidad, como son: el de la supremacía constitucional sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo y el de la vinculación directa de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo, por ende, tales preceptos obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados.”

42. LA ERRADICACIÓN DEL PRINCIPIO FISCALISTA. El artículo 1º de la Carta Fundamental, en sus incisos 4º y 5º, entonces, destierra del ámbito administrativo el viejo principio fiscalista del interés público asimilado al interés del Estado-persona jurídica, al estilo regalista, que confundía los intereses del rey con los del reino, para establecer un nuevo principio jurídico: el del interés general, inspirado en la promoción del bien común, en que el Estado está ante todo y por sobre todo al servicio de la persona humana.

Desde este ángulo de observación, la Constitución de 1980 liberó las formas administrativas del esquema geométrico que le imponía la jurisprudencia administrativa de los años 1970: al dar primacía a la idea central de un Estado al servicio de la persona humana, el Código Político invirtió el concepto transpersonal que en el pasado aunó a algunos círculos ciudadanos bajo la idea corporativa de la cohesión social o de la fuerza de la misma nacionalidad, generando esa profunda transformación consistente en estimar que toda organización, sea cual fuere su tipo, es solo un elemento medial, un simple instrumento para alcanzar fines humanos, lo que significó y trajo consigo una minusvalía en la apreciación de las categorías y tipos de organizaciones, haciéndolos perder el valor de forma-fin jurídico que les atribuía el pensamiento anterior a 1980, en beneficio de este humanismo posmoderno hecho suyo por el texto constitucional, que no gira en torno a formas, sino de contenidos.

En el pasado cercano, el Estado se hacía a través de su organización; en la Constitución vigente se hace Estado sirviendo a la población.

43. EL PRINCIPIO DE LA SERVICIALIDAD DEL ESTADO NO SE BASA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO PÚBLICO APLICABLE A LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. Desde este prisma de observación, las posiciones del Estado-nación y de los particulares han dejado de hallarse en los extremos de un mundo jurídico dividido drásticamente en los dos hemisferios clásicos, el público y el privado, en que los situaba el pensamiento individualista, pues la época posmoderna ha venido a hacer que la actividad pública y la privada converjan en la común preocupación de servir a las personas, lo que las lleva a alcanzar altos puntos de coincidencia sustancial: materializándose la actividad privada en la prestación de

bienes y servicios a la comunidad, prestación que desde la perspectiva jurídica se realiza en un plano de igualdad por medio de normas coordinadoras de la voluntad de las partes intervinientes en una relación jurídica, la acción pública administrativa, que es la parte operativa del Estado, también se presenta ahora configurada por su naturaleza servicial a las personas, sin justificar su actuación en la naturaleza potestativa, *iure imperii*, que le reconoció el clasicismo publicista desde el mil ochocientos en adelante.

Por eso, el artículo 6º, inciso 2º, de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, N° 18.695, no dudó en autorizar a las municipalidades para ejercer sus funciones privativas, asumidas o compartidas por sí mismas, desde luego, pero también por medio de organismos de los sectores público y privado, en la medida que estas entidades fueren habilitadas contractualmente con tal fin por las corporaciones edilicias.

De aquí que el dictamen N° 39.055, de 1988, de la Contraloría General de la República afirmara que “el artículo 6º de la Ley N° 18.695 regula, principalmente, los convenios que los municipios celebren con el sector público o privado, para el cumplimiento de sus funciones, sean éstas privativas o compartidas, esto es, aquellas que se contienen en los artículos 3º y 4º de la Ley N° 18.695, o para la realización de algunas de las funciones específicas que correspondan a sus unidades internas, siempre que la naturaleza de la función lo permita”.

Artículo 6º, inciso 1º. Para el cumplimiento de sus funciones, las municipalidades podrán celebrar convenios con otros órganos de la Administración en las condiciones que señale la ley respectiva, sin alterar las atribuciones y funciones que corresponden a los municipios.

Inciso 2º. Asimismo, a fin de atender las necesidades de la comunidad local, las municipalidades podrán celebrar contratos que impliquen la ejecución de acciones determinadas.

La historia fidedigna del establecimiento de este artículo 6º abona la conclusión del dictamen N° 39.055, de 1988, antecedente que este mismo pronunciamiento cuida de recordar. En efecto, el informe del Presidente de la Cuarta Comisión Legislativa de la Junta de Gobierno, explicando el alcance de ese artículo, expresó a la Junta de Gobierno que dicho precepto “permite a las municipalidades celebrar convenios y contratos con el sector público y con el sector privado, respectivamente,

para dar cumplimiento a sus funciones, sean éstas privativas o compartidas”, abriendo “también la posibilidad de que algunas de las funciones específicas que correspondan a las unidades internas del municipio también puedan ser llevadas a cabo por el sector público o privado, mediante la suscripción de los convenios o contratos correspondientes, y siempre que la naturaleza de la función lo permita”.

“En otras palabras –termina diciendo el dictamen N° 39.055, de 1988–, los convenios regidos por el citado artículo 6º, inciso 2º, son, de un modo general, aquellos en virtud de los cuales un municipio cumple una función municipal a través de un particular.”

Desde esta perspectiva, parece claro que la actividad privada y la acción administrativa convergen al mercado de bienes y servicios para realizar una misma acción: servir a los demás, aunque lo hagan, naturalmente, bajo una distinta motivación: los privados actúan impulsados por el incentivo económico, cualquiera que sean las técnicas que utilicen para gestionar sus asuntos; la Administración del Estado, en cambio, desenvuelve sus funciones para alcanzar finalidades de país, para realizar un proyecto de vida societal que apunta más allá de la cotidianidad y de la mecánica insumo producto para proyectarse al futuro en una dimensión distinta a la privada.

Esta visión de la estructura societaria del país explica la preocupación del Código Político por aplicar una normativa igualitaria a las actividades empresariales y financieras, que son las característicamente compartidas por los sectores público y privado.

El artículo 19, N° 21, consagra “el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”. Agrega el numeral 22 del mismo artículo que la Constitución asegura a todas las personas “la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”, dentro de una libertad garantizada “para adquirir el dominio de toda clase de bienes”, salvo los que expresamente excluye el numeral 23 del mismo precepto, y asegurando, asimismo, en el artículo 98, que “el Banco Central no podrá adoptar ningún acuerdo que signifique de una manera directa o indirecta establecer normas o requisitos diferentes o discriminatorios en relación a perso-

nas, instituciones o entidades que realicen operaciones de la misma naturaleza”.

Sin embargo, si la razón de ser del Estado no es autorreferente, no es realizarse a sí mismo en el ejercicio de sus funciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales, y si su finalidad no consiste única y exclusivamente, ni primordialmente tampoco, en asegurar el orden y la seguridad pública, sino en “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”, parece del todo fundado sostener que se está en presencia de un nuevo rol del Estado y que su posición dentro de la sociedad contemporánea muestra los índices de un cambio radical: el Estado-nación ha dejado de ser sólo poder y prerrogativa para hacerse un Estado obligado por el deber de promoción del bien común, con pleno respeto al derecho de las personas, con lo cual impacta severamente la correspondiente concepción del mundo jurídico, diluyendo las diferencias jurídicas estructurales que reservaban al sector público el monopolio del derecho público y al sector privado la exclusividad del derecho privado.

En este sentido, el principio de la servicialidad abarca diversas facetas, desde luego, regulaciones constitucionales que se extienden por igual a los particulares y a las autoridades; un principio de legalidad que también abarca a los sujetos de uno y otro sector; un principio de la buena fe, común a ambos campos, según sus modalidades; y formas serviciales generales a cargo del Estado-nación y bajo responsabilidad de privados: en la primera situación se hallan los servicios fiscales, las instituciones semifiscales y fiscales, los servicios autónomos, las empresas del Estado, los gobiernos regionales, las municipalidades; los consejos: Nacional de Televisión y de Seguridad; los fondos: Nacional de Desarrollo Regional y Común Municipal, y los servicios públicos derivados de los órganos y organismos del sector público; en el segundo caso se encuentran los servicios públicos concedidos y los servicios de utilidad pública.

44. EL PRINCIPIO DE LA DISTRIBUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS PÚBLICAS ES UNA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA SERVICIALIDAD. Otra pieza clave del plan maestro que contiene la Constitución Política de la

República para configurar a la institucionalidad posmoderna es el principio de distribución de competencias de que se trata en el capítulo octavo, cuya inclusión en el texto constitucional no hace sino complementar el espíritu de servicio que anima a la Carta Fundamental.

Por intermedio del principio de la distribución de competencias públicas, capital en la arquitectura jurídica institucional, el constituyente reitera, en efecto, su visión de servicio antes que imperativo-prohibitiva del actuar público, pues ¿qué significa la distribución de competencias públicas si no generalizar, y por consiguiente extender a numerosos órganos y organismos de la nación, el ejercicio de ese superior atributo político jurídico que es el imperio, el poder o prerrogativa pública, generado desde la suprema fuente de poder que es la soberanía?

Este atributo, sagrado para el constitucionalismo, que el clasicismo político reservaba sólo al exclusivo círculo de las autoridades elegidas, integrantes de los poderes del Estado, se extiende así a otras autoridades del sector público, como el Sistema Electoral, el Consejo Nacional de Televisión, la Contraloría General de la República, el Banco Central, los Gobiernos Regionales y las Municipalidades, v. gr., en una democratización de la vida pública que abre espacios a la actuación independiente de variados órganos y organismos públicos, en una habilitación de autoridades y poderes jurídicos que acceden al círculo superior de la República para compartir la autoridad y responsabilidad del correcto funcionamiento del Estado-nación.

La verdadera descentralización política del ejercicio de la soberanía que entraña la institucionalización de esta tesis constitucional, implica establecer un nuevo diseño de construcción estatal, pues al incorporar al campo público a las autonomías constitucionales superpuso otra imagen a la tradicional de un Estado conformado sólo por servicios públicos: ahora emergen destacadamente órganos y organismos distintos de los clásicos poderes públicos, y que sin embargo ejercen soberanía, ese poder supremo de determinación de un pueblo, con plena autonomía de las demás autoridades, incluso del Presidente de la República, encontrándose sometidos sólo a la Constitución y a la ley, en una dimensión del todo distinta a la que caracteriza a los servicios descentralizados, aquella gran conquista política organizacional de principios de este siglo.

El Estado-nación no es ya, entonces, un Estado-poder, ni un Estado de los servicios públicos, sino un Estado complejo, de composición diferenciada, que se articula democráticamente como tal al servicio de la comunidad nacional, regional, provincial y local.

45. LA INTERACCIÓN PÚBLICA-PRIVADA. La Constitución Política de la República reconoce naturalmente la existencia de los sectores público y privado, así como la diferente vocación que anima a uno y otro de ellos en los roles sociales que desempeñan en la vida de la nación.

Esta visión recorre todo el Código Político. Así, por ejemplo, en el artículo 1º se refiere ya a la familia, a los grupos intermedios y al Estado; en el artículo 5º, a sector del pueblo y a individuos; en el artículo 6º, a “los titulares o integrantes de dichos órganos –del Estado– como a toda persona, institución o grupo”; en el artículo 7º, a las magistraturas, personas o grupos de personas; en el artículo 62, inciso 4º, numeral sexto, a determinadas normas “tanto del sector público como del sector privado”, y en su artículo 98, inciso 3º, a las “entidades públicas o privadas”.

Sin embargo, este reconocimiento no descansa ya en las diferencias que acusan los sectores público y privado según el pensamiento decimonónico, que las hacía derivar del régimen jurídico público o privado a que estaba sometido cada uno de ellos, en términos que el procedimiento de derecho público era el característico y propio del servicio público, y el procedimiento de derecho privado consustancial a la actividad particular, sino que encuentra su fundamento más bien en la fuente de creación de los organismos o actividades que se dan y ejecutan al interior de esos ámbitos y en la motivación que los induce a desarrollar sus actividades.

En su fuente generadora, en primer lugar, porque los órganos y organismos del sector público siempre requieren de ley, como que el artículo 62, inciso 4º, numeral segundo, condiciona su creación, funciones y atribuciones a la ley; en tanto las entidades privadas tienen un origen convencional, en que el pacto social establece su giro y radio de facultades.

En la motivación, en segundo término, por cuanto la Administración del Estado ejerce funciones públicas, es decir, no actúa en interés propio, sino en interés general, conforme a

una idea de país, como se ha señalado, mientras el sector privado se mueve en el tráfico jurídico impulsado por sus propios intereses, originalmente de tipo económico, aunque amplificados en la contemporaneidad por preocupaciones humanistas que hablan de la mantención de las fuentes de trabajo, de una preocupación por la estabilidad familiar de los trabajadores, de un clima laboral acorde con la normalidad síquica de las dotaciones, etc.

Sin embargo, una cosa es diferenciar matices y otra oponer antagonismos.

En el pasado, la construcción liberal, en su enérgico rescate de la individualidad, opuso la libertad, como virtud, a la estatalidad, como mal necesario. Con el transcurrir del tiempo y con la variación de las circunstancias socioeconómicas que generaron esas ideas, ambas realidades, la privada y la pública, han llegado a confluír complementariamente hacia la sociedad en la oferta de bienes y servicios necesarios para la vida societaria, en una actitud aceptada y exigida por la ciudadanía.

De aquí que haya actividades reconocidamente públicas, incluso como de ejercicio exclusivo del Estado, como son las relativas a la defensa nacional, al orden y la seguridad pública, y otras reconocidamente privadas, como la provisión de los bienes elementales que requiere la población para atender a las necesidades que demanda la cotidianeidad de la vida.

Entre una y otra franja de organismos y actividades, hay un ancho margen de acción que acoge a toda una gama de organismos públicos y privados de variada estructura, que matizan el mundo organizacional desde diversos ángulos.

Para los efectos de este análisis, cabe destacar que la actividad de los organismos públicos que se mueven en ese plano encuentra su reconocimiento precisamente en el principio constitucional de la servicialidad, que al priorizar la finalidad por sobre la autoridad formal basada en el *iure imperii*, hace que los objetivos estatales condicionen las formas de prestación, haciéndolas asumir el diseño que sea congruente con dichas finalidades, sin subordinarlas a esquemas organizacionales preestablecidos, de manera que bien pueden generar organismos estatales en sentido amplio, regidos por el derecho público o privado, y organismos privados que se incorporan al logro de esos objetivos, sea también bajo formas públicas o privadas.

46. LA SITUACIÓN DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO-NACIÓN.

46. A. LA VISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO, A 1996, MANTIENE LAS DEFINICIONES ALCANZADAS EN 1957. En el capítulo segundo de esta obra se ha tenido ocasión de presentar el cuadro clasificatorio modelado por la Contraloría General de la República en la década de 1970, y de comprobar cómo, por dictamen N° 10.492, de 1979, el organismo contralor admitió una actividad empresarial del Estado bifurcada en dos tipos de empresas: las públicas y las privadas.

“Las empresas del Estado o empresas públicas o estatales –dijo este dictamen– son entidades creadas por la ley que tienen personalidad jurídica de derecho público distinta y separada del Fisco; cuentan con un patrimonio propio que originalmente está constituido por fondos públicos y han sido dotadas de autonomía para gestionar el mismo. Son, además, organismos funcionalmente descentralizados que, con tal naturaleza, integran los cuadros orgánicos de la Administración. Cabe agregar que, no obstante contar con la citada autonomía, se encuentran bajo la supervigilancia del poder central, la que se ejerce de diversas formas, como son, a modo de ejemplo, la designación del Vicepresidente Ejecutivo, el que es de la exclusiva confianza del Presidente de la República, o el nombramiento de ciertos representantes en los directorios o consejos, el control jurídico de los actos más importantes, la aprobación previa de planes de inversión o de la planta de sus empleados.”

Las empresas privadas del Estado “comprenden las empresas, sociedades o entidades privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación”.

“Aun cuando el Estado o los entes públicos participen en dichas empresas privadas, tal hecho no tiene el alcance de modificar su naturaleza jurídica, que es esencialmente de derecho privado, sin que por ello, entonces, puedan considerarse formando parte de los cuadros orgánicos de la Administración como empresas del Estado.”

La caracterización que este dictamen hace de las empresas del Estado no fue, por supuesto, una novedad dentro de la jurisprudencia.

La Contraloría General había sostenido igual tesis desde 1957, por lo menos, en que por dictamen N° 55.741 conceptuó como empresa del Estado o fiscal, al tenor de lo prescrito por la Constitución de 1925, “a aquellos servicios personificados y patrimonializados mediante los cuales el Estado atiende necesidades públicas con características esencialmente comerciales. Es el caso, entre otros –ejemplificó–, de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, la Empresa Nacional de Transportes, la Empresa Marítima del Estado, etc.”.

La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado acepta nominalmente este punto de vista asumido por la jurisprudencia al incluir en su artículo 1º, inciso 2º, entre los órganos y organismos que modelan la Administración Pública, a “las empresas públicas creadas por ley”, y sugerir, por esta vía, que dichas entidades se hallan sometidas a las normas generales que rigen para los órganos y organismos que conforman la Administración Pública, que son las tradicionales del derecho público administrativo.

Artículo 1º. El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.

La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

Siguiendo este *iter* de ideas, así lo entendió también y lo admite al día de hoy la Contraloría General de la República, como consta de su dictamen N° 22.683, de 1996.

En lo que concierne a la condición de órganos de la Administración del Estado que invisten tales entes –las empresas del Estado, manifestó en él el organismo contralor–, la respuesta la da explícitamente la preceptiva orgánica constitucional contenida en la Ley N° 18.575, cuyo artículo 1º, en su inciso segundo, que se ocupa de la definición de dicho complejo orgánico, luego de mencionar a una serie de organismos centralizados, descentralizados y autónomos que integran la Administración Pública, incluye en su ámbito, en lo que a las entidades empresariales se refiere, solamente a las “empresas públicas creadas por ley”. Por lo tanto es el propio

ordenamiento el que excluye de la Administración Pública a los entes empresariales constituidos con participación de órganos estatales de acuerdo con las normas del derecho común, cual es el caso, precisamente, de las sociedades anónimas en que el Fisco o los órganos personificados de la Administración del Estado tienen participación. Así lo pone de manifiesto, por lo demás, el artículo 6º de la ley orgánica constitucional aludida, al prescribir, en su inciso primero, que “el Estado podrá participar... en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales”.

Incluir a las empresas públicas en el cuadro de la Administración Pública, añadió el dictamen N° 22.283, de 1996, significa considerarlas órganos del Estado, y son tales “todos los que integran la Administración de acuerdo con el artículo 1º de la Ley N° 18.575”, siendo “propio de los órganos del Estado estar sujetos legalmente a un *régimen jurídico de derecho público*, que determina la organización, las funciones y la competencia del organismo estatal, es decir, el ámbito dentro del cual están autorizados para ejercer las atribuciones y los poderes jurídicos o potestades públicas de que están dotados para desarrollar su actividad y cumplir con sus fines”.

Estas reflexiones discurren sobre un fondo conocido, pues representan sólo la reiteración de una jurisprudencia estabilizada a lo largo del tiempo, y que evaluadas en su significado socioeconómico muestran que a juicio del organismo contralor la figura jurídico-administrativa empresa del Estado o fiscal no ha experimentado cambio ni variación alguna entre 1957 y 1996, ni siquiera con motivo de las profundas transformaciones experimentadas por el país, lo que no se ajusta a la realidad normativa desde luego, porque la Constitución de 1925 consideraba a las empresas del Estado, como ha podido comprobarse a lo largo de esta obra, como servicios públicos descentralizados, organizaciones formalmente insertas dentro de la Administración Pública y sometidas a la supervigilancia o tutela del Presidente de la República, en tanto la Constitución de 1980 las concibe de manera diferente e incluso las excluye de la frase “Estado y sus organismos” que suele utilizar, para darles un tratamiento jurídico separado, por estimarlas entes empresariales sometidos al derecho común que actúan en el

mercado como cualquier particular, en un nivel de plena igualdad jurídica.

46. B. ¿POR QUÉ LAS EMPRESAS PRIVADAS DEL ESTADO NO FORMABAN PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO? La Contraloría General, entonces, distingue las empresas del Estado-nación en públicas y privadas, concluyendo que las segundas, por adoptar fórmulas societarias de derecho privado, aun cuando tuvieran su origen en el sector público y nacieran por requerimientos también públicos, no formaban parte de los cuadros orgánicos de la Administración, no eran Administración del Estado.

¿Por qué?

La respuesta a esta interrogante tampoco proviene de los años recientes, ya que se remonta a las ideas clásicas aceptadas en Chile por la escuela social. Por lo demás, había sido modelada ya en los albores del Estado social por la escuela francesa del servicio público.

En palabras de don Guillermo Varas Contreras, que adhirió en forma entusiasta a las ideas de la Escuela de Burdeos, consignadas el año 1948 en su *Derecho Administrativo*, lo administrativo se identificaba con lo público: por lo tanto, si un organismo se regía por el derecho privado, no podía ser caracterizado como servicio público.

Esta tesis tomó el nombre de concepción orgánica del servicio público e interpretó el sentir del mundo jurídico de los dos hemisferios, basado en la idea liberal de que uno era el sector estatal y otro el sector individual.

“La Administración Pública tiende, fundamentalmente, a satisfacer las necesidades públicas –explica el profesor Varas–; para ello se somete a los procedimientos del derecho privado o a los del derecho público. En este segundo caso, que es el que más directamente interesa a nuestro estudio, las entidades públicas, llámense Estado o Municipalidad, organizan los servicios públicos dentro de un procedimiento especial, cuyas características jurídicas deben ser consideradas, por las consecuencias prácticas que de ellas se derivan.”

“Se ha definido el servicio público –por Gastón Jèze– diciendo que es ‘toda organización de carácter permanente destinada a satisfacer una necesidad pública, de una manera regular y continua’.”

“En esta definición se advierten, desde luego, tres características dominantes, a saber: permanencia, regularidad y continuidad. Los servicios públicos, tales como el agua potable, alcantarillado, alumbrado, etc., son permanentes, por su naturaleza, porque satisfacen necesidades de ese carácter. Además, son de una índole tal que deben ser atendidos en forma que no pueda perturbarse su funcionamiento regular y continuo, pues de lo contrario se irrogarían daños incalculables a la salud, seguridad y aun economía de la población.”

“Estas características tan especiales dan origen a un régimen legal también especial que permite satisfacer las necesidades públicas en forma amplia, sin las trabas ni restricciones que impone a veces el derecho privado en las relaciones civiles entre particulares. El régimen del servicio público debe tener, pues, como fundamento y fin, según queda dicho, la satisfacción superior de necesidades públicas y, como medio, el poder legal suficiente para atenderlas, en todo instante, sin consideración a interés particular alguno; atención que debe hacerse de una manera ‘regular’ y ‘continua’, dentro de la marcha ordenada y normal de la colectividad social.”²

Expresado en otros términos, el hecho de definir a un servicio público como tal o sostener que una organización del Estado-nación pertenece a la esfera privada es, dentro de los términos de razonamiento generalmente aceptados por la doctrina y la jurisprudencia, una conclusión basada en un juicio a priori, producto de una determinada visión de la Administración del Estado y su derecho.

Ese juicio y esta visión son los instituidos por el derecho público clásico, que articuló las formas y normas públicas en un modelo único de elementos inseparables, opuesto al estructurado por las formas y normas privadas, también presentadas como un todo, en que a la forma particular sigue inevitablemente la correspondiente norma privada, operación lógica, de carácter abstracto, a través de la cual se adscribe el respectivo organismo, con caracteres definitivos, a uno u otro de esos dos sectores representativos de una realidad escindida, cuya validez se acepta como expresión de una verdad societal.

Sin embargo, al día de hoy, no es éste el planteamiento constitucional, según pasa a analizarse.

² Varas Contreras, Guillermo, *op. cit.*, págs. 311 y 312.

46. C. EL ARTÍCULO 19, N° 21, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA REGULA LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO SIN DISTINGUIR ENTRE FORMAS PÚBLICAS Y PRIVADAS. Si bien se examina, tratándose de estas empresas llamadas del Estado, públicas o fiscales, la situación constitucional difiere de la consultada por el artículo 1° de la Ley N° 18.575 y de la definida por la jurisprudencia administrativa.

Desde luego, porque la Constitución Política de la República no distingue entre empresas públicas creadas por ley y aquellas creadas bajo otras formas jurídicas; enseguida, ya que según la Carta Fundamental la regulación de las actividades empresariales del Estado o de sus organismos debe hacerse por ley de quórum calificado; por último, en razón de que el régimen jurídico que el Código Político postula para dicha actividad empresarial es el de derecho común y no el público administrativo.

Así fluye del artículo 19, numeral 21, de la Constitución Política de la República, que consagra el derecho de todas las personas a desarrollar cualquiera actividad económica y que a propósito de este derecho agrega que “el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza”.

Dándose esta situación, dice, esas actividades han de quedar sometidas “a la legislación común aplicable a los particulares”.

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

21. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

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

La historia fidedigna del establecimiento de este precepto revela que él surgió de la preocupación que asistía al sector económico del gobierno a 1978 por la regulación económica que habría de contener la Constitución Política de la República, la que para los personeros de ese sector debía recoger cuatro grandes principios:

–“El de la libertad económica, el cual se traduce en consagrar constitucionalmente la libertad de producción, la libertad de comercio y la libertad de trabajo o profesional”;

–“El del derecho de propiedad privada”, con expresa mención de “los medios de producción y consumo”;

–“El tercer principio es el de la extensión, que no es otra cosa que la aplicación en el campo económico del principio de la igualdad ante la ley, de la no discriminación”, que implica “que nadie puede ser perjudicado o beneficiado arbitrariamente por decisiones de la autoridad”, y

–El “cuarto principio importante dice relación a la acción subsidiaria del Estado, establecida en la Declaración de Principios de la Junta de Gobierno y en las pautas dadas por el Presidente de la República, en el sentido de que el Estado debe desarrollar un papel subsidiario en el campo económico. Piensa que para concretar ese principio hay que establecer que cualquier creación de servicios públicos o de empresas del Estado debe hacerse por ley; en seguida, que la participación del Estado, mayoritaria o minoritaria, en la gestión o en la propiedad de las empresas, también debe ser autorizada por ley, de manera que la compra de acciones de un banco, como se hizo en un momento dado por el Estado, concepto en el que comprende no sólo al Fisco sino que a cualquier entidad o servicio público, sería materia de ley”. “El Estado en su actividad empresarial recibirá el mismo trato que los particulares y no podrá contratar préstamos directa o indirectamente con el Banco Central ni con cualquier otro organismo estatal.”³

El contenido del actual artículo 19, N^o 21, de la Constitución Política se alcanzó en la sesión 388^a, celebrada en martes 27 de junio de 1978.

En ella, el señor Raúl Bertelsen sugirió que debería considerarse “un número en el artículo o un artículo dentro del Capítulo de las garantías constitucionales que, como proyección de la libertad personal, asegure la libertad para desarrollar actividades económicas, porque el principio, si bien se incluye, adolece de imprecisión dentro de la libertad genérica de trabajo”. La libertad para desarrollar cualquier actividad

³ Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 384^a, celebrada en miércoles 14 de junio de 1978, págs. 2816 y sgts.

económica abarca, agregó, la libertad “para crear una empresa extractiva, una industria manufacturera, una empresa de transportes, una sociedad de comercio, una sociedad de prestación de servicios, etc.”.

Al respecto, precisó el señor Enrique Ortúzar, hay que tener presente que al reconocerse una “garantía constitucional que establezca la libre iniciativa privada para desarrollar actividades económicas”, “se está haciendo mención de las actividades industriales o comerciales y no de la función económica que pueda ejercer el Estado. Añade que la excepción asegura que el Estado podrá desarrollar precisamente esas actividades reservadas a los particulares. Aclara a este respecto que una cosa es “actividad económica” y otra distinta “función económica”, agregando que esta última es ajena a la participación del Estado en actividades industriales o comerciales”.

La norma constitucional llamada a materializar estas ideas debía referirse, en su concepto, a la “actividad económica del Estado”, no a “su función económica”, que era consustancial a su razón de ser.

La distinción formulada por el señor Ortúzar llevó al señor Jaime Guzmán a sugerir que el proyecto constitucional hablara entonces, para mayor claridad, de actividad empresarial del Estado, en lugar de actividad económica. “Sobre la base de todo lo dicho –manifestó–, se podría dar más riqueza y armonía al precepto en estudio si se hiciera una referencia a las actividades empresariales precisamente al afianzar el principio de la subsidiariedad, de modo que lo delimite con más claridad, aun con la explicitación de las actividades extractivas, productivas, de comercialización, de distribución o de transporte. Añade que cuando se habla específicamente de actividades empresariales se está perfilando con más nitidez a qué actividad económica se hace referencia y cuál tipo no puede el Estado ejercer sino por razón subsidiaria.”

Coincidiendo en el tipo de actividades que el Estado podría realizar previa ley autorizatoria, el señor Juan de Dios Carmona sugirió que la norma se hiciera extensiva también a la participación del Estado en ellas, y no sólo a su realización o desarrollo: propone el siguiente texto: “Sin embargo, el Estado podrá desarrollar o participar en actividades económicas empresariales cuando una ley así lo autorice”, proposición que fue aceptada, por cuanto, como dijo el señor Guzmán, “deja

perfectamente en claro que también se requerirá ley para que el Estado se asocie en una empresa mixta, inclusive en carácter minoritaria”.

Así se aprobó.⁴

Como puede advertirse del texto del artículo 19, N° 21, y de los antecedentes de su establecimiento, la Constitución Política dispone en forma explícita, alejando toda sombra de duda, que el Estado y sus organismos, esto es, el Estado persona jurídica y los servicios centralizados y descentralizados que forman parte de la Administración Pública, pueden “desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza”.

Conforme a esta norma, entonces, toda actividad empresarial, toda actividad de tipo económico, sea comercial o industrial, que aquellas entidades quieran emprender, sea directamente: “desarrollar actividades empresariales”, sea indirectamente: “o participar en ellas”, requiere, para su realización, la concurrencia previa e inicial de “una ley de quórum calificado”.

No distingue, pues, la Carta Fundamental entre empresas públicas y empresas privadas del Estado: su normativa está referida a las “actividades empresariales” del Estado, de cualquier clase que fueren, sea para “desarrollar” estas actividades empresariales, esto es, para incorporarse por primera vez al flujo comercial o industrial en un determinado giro de negocios, sea para “participar en ellas”, es decir, para adherir a actividades que se hallen en curso de desarrollo.

Por lo tanto, la distinción que la Contraloría General de la República formuló en el pasado y que ha mantenido hasta hoy, como lo acredita su oficio N° 22.683, de 1996, entre empresas públicas: modeladas bajo formas-normas públicas, y empresas privadas del Estado: estructuradas bajo formas-normas de derecho común, es una caracterización que en la actualidad carece de fundamento constitucional, desde el momento que la Constitución de 1980 no hizo suyo el eje central de caracterización que animaba en esta materia a la Carta de 1925: para este Código Político las empresas fiscales eran servicios públicos

⁴ Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 388ª, celebrada en martes 27 de junio de 1978, págs. 2898 y sgts.

descentralizados sometidos a la normativa general vigente para los servicios públicos, mandato constitucional y legal que obligaba al intérprete a contrastar con ellas las demás empresas del Estado, de modo que aquellas que no reunían esas características quedaban al margen de ese tipo organizacional, eran privadas, y no podían ocupar un espacio dentro de la Administración Pública concebida como forma-norma pública.

46. D. LA LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO DISPONE QUE LAS EMPRESAS PÚBLICAS CREADAS POR LEY HAN DE REGIRSE POR SUS PROPIAS NORMAS Y NO POR LAS DEL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO GENERAL. Pudiera parecer a primera vista, atendido lo expuesto en párrafos anteriores, que la normativa de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado ha venido a contradecir lo establecido por la Constitución Política, dada la circunstancia que su artículo 1º incluye en la Administración Pública a las empresas públicas creadas por ley, sometiéndolas, por ende, al régimen público aplicable a todos los órganos y organismos de la Administración del Estado.

Empero, si bien se examina, en estricto sentido jurídico ésta no es más que una impresión superficial transmitida al exterior por el legislador a través del diseño que dio a ese artículo 1º.

En verdad, el artículo 1º de la Ley N° 18.575 es sólo una fachada de presentación de lo que se quiere sea el edificio administrativo del país, modelado conforme a la doctrina de los tres poderes del Estado, tesis que de por sí concentra en ellos la plenitud de funciones-poderes, repugnando toda autonomía o independencia organizacional y reconduciendo a ellos todos los demás órganos u organismos públicos.

Si se profundiza en la estructura de la ley, podrá advertirse que es efectivo que en el inciso 2º de su artículo 1º incluye a las empresas públicas creadas por ley en el cuadro de la Administración Pública, pero que no es menos cierto que simultáneamente, en su artículo 18, inciso 2º, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado cuida de excluir, enseguida, a esas entidades y a varias otras mencionadas en el artículo 1º, de la aplicación de sus disposiciones, mediante el reenvío de su régimen jurídico a las disposiciones constitucionales que regulan a esos organismos y

a las pertinentes leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado que los rijan.

Artículo 18. La organización básica de los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, será la establecida en este título.

Las normas del presente título no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a las municipalidades, al Consejo Nacional de Educación y a las empresas públicas creadas por ley, órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado.

De esta manera, no puede sostenerse que las empresas públicas creadas por ley se rijan por las normas de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y que en razón de esa circunstancia estén afectas a un régimen público administrativo, por oposición a las empresas privadas, que se gobernarían por disposiciones de derecho privado, puesto que siendo efectivo que el artículo 1º, inciso 2º, las entiende comprendidas dentro de la Ley N° 18.575, no es menos verídico que el artículo 18 de la misma ley, en su inciso 2º, junto con excluirlas de las disposiciones del título II, las reenvía nuevamente al texto constitucional y a la ley de quórum calificado que contempla su artículo 19, numeral 21, como requisito indispensable para que el Estado y sus organismos puedan desarrollar actividades empresariales, disponiendo que a estas empresas, sean públicas o privadas en los términos jurisprudenciales, se les apliquen las disposiciones de derecho común que postula como las propias del giro comercial o industrial a que se dedican, y que serán las que las rijan preferentemente por sobre cualquiera de otro carácter.

46. E. LA NORMATIVA QUE RIGE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO CONSTITUYE UNA REGULACIÓN, NO UNA PROHIBICIÓN. De este modo, la Constitución Política de la República buscó establecer y consagró el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica por parte de los particulares, incluyendo una norma, la del artículo 19, N° 21, que así lo prescribió.

Simultáneamente, reguló la actividad económica que desarrolla el Estado-nación, no desde el punto de vista de la fijación de políticas económicas relativas al sector económico del país, sino para aquellos casos en que el poder administrador

quiera constituir o participar en actividades productivas o comerciales.

Tradicionalmente se ha admitido y exigido en Chile, como consecuencia del principio de la legalidad administrativa al estilo francés que rige en el país desde los albores de la independencia, que todos los servicios públicos sean creados por ley y que corresponde a la ley, asimismo, determinar cuáles han de ser sus funciones y sus atribuciones.

Por ello, toda empresa del Estado, en los términos admitidos por la jurisprudencia administrativa: toda empresa pública o privada del Estado, siempre requirió surgir de ley, fuere de normas específicas que la establecieran o de una atribución genérica, consultada en la ley de un organismo público, que permitiera a éste constituir las o participar en alguna ya existente.

En estas condiciones, la actitud de la Constitución de 1980 no es distinta de la observada en esta materia por la Carta de 1925, ya que ambas exigen que los organismos públicos se creen por ley.

La diferencia entre una y otra Constitución no se halla, entonces, en la exigencia de ley expresa para desarrollar actividades económicas, sino en el tipo de ley que la Constitución de 1980 ha prescrito para que el Estado y sus organismos ejerzan funciones empresariales, puesto que las somete a la autorización de una ley pétrea, como es la de quórum calificado.

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

Nº 21, inciso 2º. El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una *ley de quórum calificado* los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.

Desde la perspectiva del derecho administrativo organizacional, la regulación constitucional de las actividades económicas del Estado se contiene en tres preceptos de la Carta Fundamental:

–En el artículo 19, Nº 21, inciso 2º, para el Estado y sus organismos, entendiendo como tales al Estado-persona jurídica y a sus servicios dependientes, y a las instituciones semifiscales y fiscales, como se reiterará más adelante;

–En el artículo 55, que en sus incisos 1º y 2º reconoce la existencia de empresas formadas por el Estado bajo formas privadas, y

—En el artículo 62, inciso 4º, Nº 2, que permite a las empresas del Estado constituir “servicios públicos” previa autorización de ley ordinaria, entendiendo que estos servicios públicos han de ser corporaciones o fundaciones creadas para realizar alguna de las funciones que la respectiva ley de quórum calificado reconozca como propia de esas empresas, puesto que de tratarse de constituir o participar en alguna entidad del área empresarial requerirá recurrirse a la respectiva ley de quórum calificado, por las razones que se conocen y se han dejado expuestas más arriba.

Esta regulación más estricta que en el pasado, aunque no prohibitiva de actuar en el campo económico, que la Constitución Política de la República impuso al Estado y a sus organismos, aparece confirmada en la historia fidedigna de su establecimiento.

Así se desprende de lo expresado por los señores Juan de Dios Carmona y Sergio de Castro en las sesiones 388ª, del 27 de junio, y 394ª, del 4 de julio, respectivamente, ambas de 1978, de las celebradas por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

En la primera de esas sesiones, el señor Carmona, coincidiendo con el criterio de que la ley debía autorizar la realización de actividades empresariales, sugirió que la norma se hiciera extensiva también a la participación del Estado en ellas. Propone el siguiente texto: “Sin embargo, el Estado podrá desarrollar o participar en actividades económicas empresariales cuando una ley así lo autorice”, proposición que fue aceptada, por cuanto, como dijo el señor Guzmán, “deja perfectamente en claro que también se requerirá ley para que el Estado se asocie en una empresa mixta, inclusive en carácter minoritaria”.

Dentro de los antecedentes históricos que ilustran la necesidad de ley para crear empresas del Estado, públicas o privadas, la admisión de la vía de la ley de quórum calificado para autorizar la participación en una “empresa mixta”, reafirma la idea reguladora que fluye del artículo 19, Nº 21, de la Constitución Política de la República.

Existía, en efecto, en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, una sensibilidad especial frente a las actuaciones del Gobierno. Esta inducía a sus miembros a temer que en el futuro los órganos y organismos administrativos pudieran in-

corporarse por decisión propia, ajena a la ley, al flujo económico, lo que siempre haría –ésa es la imagen que transmiten las actas– en condiciones privilegiadas frente a los particulares, atendida su naturaleza y al hecho de ejercer atribuciones públicas, facultades que de cualquier ángulo que se mirara siempre desequilibrarían la balanza económica en su favor y en perjuicio de los demás participantes del mercado, en particular de los privados.

Así lo expresó con suma claridad el señor Raúl Bertelsen en la sesión 388^a, del 27 de junio de 1978: las actividades económicas del Estado deben requerir de ley, que “no sea por simple voluntad del Gobierno que el Estado ejerza esas actividades, sino que la ley deberá autorizarlo expresamente para ello”.

Por eso, es comprensible también que el señor Sergio de Castro dijera en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución el 4 de julio de 1978, en su calidad de Ministro de Hacienda y a propósito de la no discriminación en materia económica en el trato que debe dar el Estado a los particulares, que este principio “tiene por objeto obligar al Estado a resolver determinados problemas en el ámbito económico y financiero recurriendo a ciertos instrumentos y no a otros”; “que un principio fundamental es que el Estado sea subsidiario, por lo cual no cree que eso se pueda lograr si no existe un trato absolutamente igualitario para el Estado y las empresas privadas”, pero que hay que dejar en claro “que la norma recién analizada no impide ninguna actividad del Estado”.⁵

46. F. LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO-NACIÓN INTEGRA LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, INDEPENDIENTEMENTE DEL RÉGIMEN JURÍDICO QUE LA RIJA: DE LA EMPRESA DEL ESTADO-SERVICIO DESCENTRALIZADO A LA EMPRESA DEL ESTADO-ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO. La circunstancia de que las empresas del Estado –sean públicas o privadas, en el lenguaje administrativamente aceptado– no aparezcan reguladas, sino tan sólo mencionadas en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del

⁵ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política, sesión 393^a, celebrada en martes 4 de julio de 1978, páginas 3004, 3008 y 3010.

Estado para los efectos de reconocer que ellas se rigen por la Carta Fundamental y sus propias leyes de quórum calificado, no desmiente su pertenencia a la Administración Pública.

Sistemáticamente la Constitución Política de la República se refiere a ellas insistiendo en que se trata de “actividades empresariales” que desarrollan “el Estado y sus organismos”; de “empresas del Estado” o de “empresas estatales”, como lo señalan sus artículos 19, N° 21; 55, 60, N° 9; 62, inciso 4°, N° 2.

Con esta denominación-caracterización jurídica, la Carta Fundamental demuestra que los organismos del sector público que realizan actividades comerciales e industriales en verdad pertenecen a la Administración del Estado, aunque, como prescribe en términos expresos el artículo 19, N° 21, su régimen jurídico haya de ser el de derecho común, no el de derecho público, salvo texto expreso de ley de quórum calificado que disponga otra cosa.

Se ha producido así una disociación del concepto forma-norma que predominaba en la doctrina y jurisprudencia administrativas, y que hasta hoy día aplica la Contraloría General de la República: empresa del Estado-servicio descentralizado, para ceder paso al de forma-variada regulación, al de empresa del Estado-actividad empresarial del Estado, sujeta a un determinado régimen jurídico, postulado común, si se quiere privado, por la Constitución Política de 1980.

Las empresas del Estado son personas jurídicas que por su origen pertenecen al Estado-nación, con todas las implicancias que tal generación trae consigo, pero que en su regulación, entonces, no necesariamente, como hasta la etapa 1970-1973, han de estar sujetas a las disposiciones del derecho público administrativo, sino que deben estar sometidas a las de derecho privado.

La evolución hacia la nueva arquitectura empresarial se halla aun en un período de definiciones que busca y tiende a estabilizarse bajo la forma de sociedad anónima, pues la legislación vigente al 11 de marzo de 1981, día en que comenzó a regir la Constitución Política de la República, fue reconocida como válida por su disposición quinta transitoria, que con este predicamento congeló la realidad preconstitucional y obligó al legislador a dictar nuevas disposiciones que adaptaran las leyes orgánicas de las empresas-servicios públicos descentralizados al mandato del artículo 19, numeral 21, prescribiendo qué forma

y cuáles normas habrían de modelar y regir en el futuro a la empresa de que se tratara.

En la actualidad, la realidad administrativa muestra por lo menos cuatro tipos de regulaciones legales diferentes para el circuito o sector de las empresas del Estado:

–En primer término, hay empresas del Estado que mantienen su estatus tradicional de servicio público descentralizado.

Es el caso de la Empresa Portuaria de Chile, que se rige todavía por un texto refundido fijado por el Decreto Supremo N° 91, de 1978, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que establece en su artículo 2° que “la Empresa Portuaria de Chile será una empresa del Estado, autónoma, y sus relaciones con el Gobierno se mantendrán por intermedio del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones”.

Agrega su artículo 4° que “el objeto principal de la Empresa será la explotación, administración y conservación de puertos de la República”, precisando, en sus artículos 1°, 9° y 14, y 17, 21, 23 y 29, que ella se rige por “las leyes”; que el Presidente de la República ejerce sobre ella un poder de supervigilancia; que sus recursos financieros y humanos se hallan sujetos a la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado y al Estatuto Administrativo que rige a los funcionarios de la Administración Civil del Estado, respectivamente, y que su control externo corresponde a la Contraloría General de la República.

–En segundo lugar, hay empresas del Estado que mantienen el carácter de servicios descentralizados, pero sin regirse por la normativa administrativa general de los servicios públicos, sino por sus propias disposiciones y supletoriamente por las de derecho común.

En esta situación se halla la Empresa de Correos de Chile, que por mandato del artículo 1° de su ley orgánica, aprobada por DFL N° 10, de 1981, es “un organismo de administración autónoma del Estado, con patrimonio propio, que estará sujeta a la fiscalización de la Contraloría General de la República. Se regirá por las disposiciones del presente decreto con fuerza de ley y sus reglamentos y, en lo no previsto en ellos, por la legislación común”.

–En tercer término, hay empresas del Estado creadas como personas jurídicas de derecho público, pero sometidas, por mandato de la misma ley y no obstante ese carácter, al régimen de las sociedades anónimas abiertas.

Ejemplos de este tipo de empresas lo constituyen Televisión Nacional de Chile y la Empresa de los Ferrocarriles del Estado.

En efecto, por Ley N° 19.132, de 1992, Televisión Nacional de Chile fue estructurada como “una persona jurídica de derecho público”, “empresa autónoma del Estado”, para “establecer, operar y explotar servicios de televisión”, según señalan los artículos 1° y 2° de esa ley, “con las más amplias y absolutas facultades de administración” (artículo 16).

Según lo prescrito por su artículo 35, se rige “exclusivamente por las normas de esta ley y, en lo no contemplado por ella, por las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas. En consecuencia, no le serán aplicables, para efecto legal alguno las disposiciones generales o especiales que rigen o rijan en el futuro a las empresas del Estado, a menos que la nueva legislación expresamente se extienda a la empresa”.

Como corolario de esta óptica legislativa los artículos 24, 29, 33 y 34, inciso último, sujetan a Televisión Nacional de Chile “a las mismas normas financieras y tributarias que rigen para las sociedades anónimas abiertas”; someten a su personal al Código del Trabajo; la dejan bajo la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, y circunscriben el ámbito de la competencia de la Contraloría General de la República al que este organismo puede ejercer sobre cualquiera empresa particular, esto es, al control específico de los aportes fiscales que deriven de ley permanente y para el solo efecto de establecer si esos fondos se emplearon en la finalidad para la cual fueron transferidos, como lo establecen los artículos 25 y 85 de la ley orgánica de la Contraloría General.

Artículo 24. Televisión Nacional de Chile, en sus actividades financieras, estará sujeta a las mismas normas financieras y tributarias que rigen para las sociedades anónimas abiertas y sus balances y estados de situación deberán ser auditados por firmas auditoras externas de primera categoría. No se aplicarán a la Corporación las normas de régimen y administración económica que rigen a las empresas del Estado.

Artículo 29. Los trabajadores de Televisión Nacional de Chile se registrarán exclusivamente por las normas del Código del Trabajo y no les será aplicable norma alguna que afecte a los trabajadores del Estado o de sus empresas. Para todos los efectos legales, se consideran como trabajadores del sector privado.

Artículo 33. La empresa quedará sujeta a la tuición y fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros en los mismos términos que las sociedades anónimas abiertas.

Artículo 34, inciso final. Televisión Nacional de Chile sólo estará afecta al control de la Contraloría General de la República en los mismos casos, oportunidades, materias y forma en que lo estaría una sociedad anónima abierta privada.

“En consecuencia –dice el artículo 35 de la Ley N° 19.132–, no le serán aplicables, para efecto legal alguno, las disposiciones generales o especiales que rigen o rijan en el futuro a las empresas del Estado, a menos que la nueva legislación expresamente se extienda a la empresa.”

Similar criterio aplicó el legislador a la Empresa de los Ferrocarriles del Estado al dictar la Ley N° 19.170, de 1992, modificatoria de su ley orgánica, que lo era el DFL N° 94, del año 1960.

De aquí que la ley orgánica de Ferrocarriles del Estado vigente al día de hoy: el DFL N° 1, de 3 de agosto de 1993, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, reconozca amplias facultades de gestión a sus órganos de administración: Corresponde al Directorio la administración y representación de la Empresa, con las más amplias y absolutas facultades y sin otras limitaciones que aquellas que expresamente se establecen en este decreto con fuerza de ley (artículo 16), y contenga en sus artículos 45, 22, 30, 38 y 40, normas similares a las que ya se habían integrado al régimen de Televisión Nacional de Chile.

Artículo 45, inciso 1°. La Empresa se regirá por las normas de este decreto con fuerza de ley y, en lo no contemplado por él, por las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas. En consecuencia, no le serán aplicables, para efecto legal alguno, las disposiciones generales o especiales que rigen o rijan en el futuro a las empresas del Estado, a menos que la nueva legislación expresamente se extienda a la Empresa.

Artículo 22. Los trabajadores de la Empresa se regirán por las normas de este decreto con fuerza de ley, por las disposiciones del Código del Trabajo y sus normas complementarias y por el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 1980, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. En consecuencia, no les será aplicable norma alguna que afecte a los trabajadores del Estado o de sus empresas. Para todos los efectos legales, se consideran como trabajadores del sector privado.

Artículo 30. La Empresa en sus actividades estará sujeta a las mismas normas financieras, contables y tributarias que rigen para las sociedades anónimas abiertas y sus balances y estados de situación deberán ser sometidos a auditorías por firmas auditoras externas de reconocido prestigio.

Artículo 38. La Empresa quedará sujeta a la tuición y fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros en los mismos términos que las sociedades anónimas abiertas.

Artículo 40. La Empresa sólo estará afecta al control de la Contraloría General de la República en los mismos casos, oportunidades, materias y forma en que lo estaría una sociedad anónima abierta privada.

Con todo, estarán sujetos a este control los aportes y subvenciones que reciba la Empresa del Fisco, en los términos del artículo 32 de este decreto con fuerza de ley.

“En el fondo –explicitó el senador señor Miguel Otero, durante la tramitación del proyecto de ley modificatorio del DFL N° 94, de 1960– se la está equiparando –a la Empresa de los Ferrocarriles del Estado a las sociedades– para que pueda competir en igualdad de condiciones, sin beneficios adicionales, pero tampoco con otros gravámenes, en el sector privado.” “Sin duda –hizo presente en la misma oportunidad el senador señor Andrés Zaldívar– un ente como la Contraloría no podría efectuar auditorías a una empresa privada que desarrolla una actividad productiva, pues ello sería absolutamente paralizante” (Diario de sesiones del Senado, sesión 61ª, celebrada en miércoles 20 de mayo de 1992).

–En cuarto lugar, hay empresas del Estado que son sociedades anónimas por directo mandato legal y habilitación administrativa.

Así ocurre con la Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias y la Empresa de Obras Sanitarias de la V Región, que por disposición de los artículos 2º y 3º de la Ley N° 18.777, de 1989, fueron sucedidas por la Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias S.A. y la Empresa de Obras Sanitarias de Valparaíso S.A., respectivamente, desde la fecha en que éstas cobraron existencia legal, que lo fue la de constitución de las correspondientes sociedades anónimas por parte del Fisco y la Corporación de Fomento de la Producción, encargados de viabilizar la voluntad del legislador.

Expresamente, la Ley N° 18.777, de 1989, previno que estas sociedades “se regirán por las normas de las sociedades anónimas abiertas”, “quedando sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros”.

De esta manera, las empresas del Estado, expresión de la actividad empresarial del “Estado y sus organismos”, o sea, del Estado-persona jurídica y de sus servicios descentralizados: las instituciones fiscales y semifiscales, han dejado de investir la calidad de servicios públicos descentralizados que les asignaba la Constitución Política de 1925 y aun les reconoce la jurisprudencia.

dencia, para articularse en estructuras formales disímiles, sujetas a distintos regímenes, que configuran un nuevo circuito administrativo de organismos del Estado, distinto al modelado por el Estado-persona jurídica, por los organismos constitucionalmente autónomos y por los servicios descentralizados.

La tendencia del legislador apunta a considerarlas como sociedades anónimas y a hacerles aplicable, por lo tanto, el régimen jurídico y de control establecido para este tipo de compañías.

46. G. CONFIRMANDO LO EXPRESADO EN LOS PÁRRAFOS ANTERIORES, LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA TAMBIÉN REGULA A LAS EMPRESAS PRIVADAS DEL ESTADO; LAS EMPRESAS PÚBLICAS Y PRIVADAS DEL ESTADO DEBEN ENVIAR SUS PUBLICACIONES AL CONGRESO NACIONAL; LA LEY N° 18.196, DE 1982, Y LAS LEYES APROBATORIAS DE LOS PRESUPUESTOS DEL SECTOR PÚBLICO PARA LOS AÑOS 1996 Y 1997 ESTABLECEN NORMAS APLICABLES A AMBOS TIPOS DE ORGANISMOS; EL CONTROL QUE SE EJERCE SOBRE LAS EMPRESAS PÚBLICAS Y PRIVADAS DEL ESTADO LO REALIZA EL ORGANISMO ESTATAL DE CONTROL EXTERNO Y SU DEFENSA JUDICIAL ESTÁ CONFIADA POR LA LEY AL ORGANISMO QUE TIENE A SU CARGO LA DEFENSA DEL ESTADO. Un recorrido constitucional y legal demuestra, pues, que la Constitución Política de la República se refiere a las empresas públicas y privadas colocándolas para determinados efectos en una misma situación jurídica; que la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional entiende que su fiscalización abarca también “a las personas jurídicas creadas por ley o las empresas en que el Estado tenga representación o aportes de capital mayoritario”; que la Ley N° 18.196, de 1982, y las Leyes de Presupuestos del Sector Público para los años 1996 y 1997 establecieron normas financieras aplicables a ambos tipos de organismos; que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República prescribe que el control de este organismo se ejerce tanto sobre las empresas del Estado como sobre las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación; y que la ley orgánica del Consejo de Defensa del Estado habilita a este cuerpo administrativo de defensa judicial del Estado para que asuma la defensa de los intereses de “las entidades privadas en que el

Estado tenga aporte o participación mayoritarios”, de “las entidades de derecho privado en que el Estado o sus instituciones tengan aportes o participación mayoritarios o igualitarios”.

Tratándose de la regulación de las empresas públicas y privadas del Estado-nación que contiene el Código Político, cabe recordar que estos organismos están incorporados a la normativa constitucional en los artículos 55, incisos 1º y 2º; 60, Nº 9, y 62, inciso 4º, Nº 2, de la Constitución Política de la República.

En su artículo 55, incisos 1º y 2º, al normar las incompatibilidades parlamentarias, y establecer que los cargos de diputado y senador son incompatibles entre sí y además con todo empleo o comisión retribuidos con fondos del Fisco, de las municipalidades, de las entidades fiscales autónomas, semifiscales o de *las empresas del Estado o en las que el Fisco tenga intervención por aportes de capital*, y con toda otra función o comisión de la misma naturaleza, así como con las funciones de directores o consejeros en las entidades fiscales autónomas, semifiscales o en *las empresas estatales, o en las que el Estado tenga participación por aporte de capital*.

El artículo 60, Nº 9, a su vez, dispone que son materias de ley “las que fijen las normas con arreglo a las cuales *las empresas del Estado y aquellas en que éste tenga participación* puedan contratar empréstitos, los que en ningún caso podrán efectuarse con el Estado, sus organismos o *empresas*”, y el artículo 62, inciso 4º, numeral 2º, como se sabe, reserva a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República la creación de nuevos servicios públicos o empleos rentados “de las empresas del Estado”.

En el caso de la extensión de los poderes fiscalizadores de la Cámara de Diputados a las empresas públicas y privadas del Estado-nación, ha de tenerse presente que el artículo 48, Nº 1, de la Constitución Política de la República establece que es atribución exclusiva de la Cámara de Diputados “fiscalizar los actos del Gobierno”. Agrega el inciso 2º de este numeral que “cualquier diputado podrá solicitar determinados antecedentes al Gobierno siempre que su proposición cuente con el voto favorable de un tercio de los miembros presentes en la Cámara”.

Gobierno, en los términos constitucionales, es la organización regulada como tal por el capítulo IV, que se refiere justamente al “Gobierno”, y en el cual se establecen normas relativas al Presidente de la República, a los ministros de Estado y a la Administración del Estado o Administración Pública.

De esta manera, cuando el numeral 1º del artículo 48 establece que corresponde a la Cámara de Diputados fiscalizar los actos del Gobierno, el Gobierno comprende estos tres grandes planos: Presidente de la República, ministerios, Administración del Estado.

Pues bien, la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, N° 18.918, de 1990, basada en este artículo 48, N° 1, de la Constitución, dispone en su artículo 8º que “los organismos de la Administración del Estado, las personas jurídicas creadas por ley o las empresas en que el Estado tenga representación o aportes de capital mayoritario, remitirán al Congreso Nacional sus memorias, boletines y otras publicaciones que contengan hechos relevantes concernientes a sus actividades”.

“En el caso de las empresas en que el Estado tenga representación o aportes de capital mayoritario, la remisión de dichos antecedentes será responsabilidad del Ministerio por intermedio del cual éstas se relacionen o vinculen con el Presidente de la República.”

Con este proceder, el legislador orgánico constitucional incorporó a “las personas jurídicas creadas por ley o las empresas en que el Estado tenga representación o aportes de capital mayoritario” a la obligación de enviar sus publicaciones al Congreso Nacional, lo que implica asimilarlas en este aspecto a la Administración Pública, porque la razón de ser del envío de esa información al Congreso Nacional está en que ellas constituyen un supuesto de fiscalización, más aún si se responsabiliza a los ministros respectivos de la remisión de los antecedentes de que se trate, precisamente cuando la información solicitada se refiera a “las empresas en que el Estado tenga representación o aportes de capital mayoritario”.

Artículo 8º. Los organismos de la Administración del Estado, las personas jurídicas creadas por ley o las empresas en que el Estado tenga representación o aportes de capital mayoritario, remitirán al Congreso Nacional sus memorias, boletines y otras publicaciones que contengan hechos relevantes concernientes a sus actividades.

En el caso de las empresas en que el Estado tenga representación o aportes de capital mayoritario, la remisión de dichos antecedentes será responsabilidad del Ministerio por intermedio del cual éstas se relacionen o vinculen con el Presidente de la República.

Con todo, no es éste el único índice demostrativo de la tendencia acusada por el legislador de incluir a las empresas del Estado, sean públicas o privadas, en un régimen jurídico propio, diferente del que rige a los organismos centralizados y descentralizados. Ya el artículo 11 de la Ley N° 18.196, de 1982, había establecido normas sobre administración financiera y publicación de balances generales y estados financieros, aplicables a “las empresas del Estado y aquellas en que el Estado, sus instituciones o empresas tengan aporte de capital igual o superior al 50 por ciento”, y recientemente, en las leyes aprobatorias de los Presupuestos del Sector Público para los años 1996 y 1997, se ha reiterado aquella disposición según la cual “la Dirección de Presupuestos proporcionará –a las Comisiones de Hacienda del Senado y de la Cámara de Diputados– copia de los balances y estados financieros semestrales de las empresas del Estado, Televisión Nacional de Chile y de todas aquellas en que el Estado, sus instituciones o empresas tengan aporte de capital igual o superior al 50 por ciento, realizados y auditados de acuerdo a las normas establecidas para las sociedades anónimas abiertas”.

En cuanto al control externo de las empresas del Estado-nación, debe recordarse que conforme a lo prescrito por los artículos 87 y 88 de la Constitución Política de la República, corresponde a la Contraloría General de la República ejercer el control de la Administración, Administración entendida como el conjunto de órganos y organismos del Estado-nación regido por el derecho público administrativo, entre otras atribuciones.

Artículo 87, inciso 1º. Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se contiene en un texto refundido con número de ley, es la Ley N° 10.336, de 1964, que luego de entrar en vigencia la Constitución de 1980 pasó a investir la calidad de ley orgánica constitucional por mandato de su disposición quinta transitoria.

Prescribe esta ley que corresponderá a la Contraloría General fiscalizar al Fisco, a las municipalidades y a los otros servicios que determinen las leyes, fijando su esfera de competencia, su esfera de acción, como puede deducirse de estas solas menciones, en la fiscalización de los organismos integrantes del sector público, que es aquel al cual su propia jurisprudencia conceptuó como Administración del Estado, término genérico comprensivo de todos los órganos u organismos públicos regidos por el derecho público administrativo y que se encuadran en aquellas dos grandes categorías que estableció la Constitución Política luego de la reforma del año 1970: la centralizada y la descentralizada funcional y territorial.

El inciso 1º de su artículo 16 corrobora este ámbito competencial, al decir que “los Servicios, Instituciones Fiscales, Semifiscales, Organismos Autónomos, *Empresas del Estado* y, en general, todos los Servicios Públicos creados por ley, quedarán sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República, sin perjuicio del control que ejerce la Superintendencia de Bancos sobre el Banco Central y el Banco del Estado de Chile, del que cumple la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio sobre el Instituto de Seguros del Estado y la Caja Reaseguradora de Chile y del que desarrolla la Superintendencia de Seguridad Social sobre las instituciones y entidades sometidas actualmente a su fiscalización”.

Sin embargo, agrega la ley enseguida, en el inciso 2º de este artículo 16, que “también quedarán sujetas a la fiscalización de la Contraloría General *las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación*, para los efectos de cautelar el cumplimiento de los fines de esas empresas, sociedades o entidades, la regularidad de sus operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados, y obtener la información o antecedentes necesarios para formular un Balance Nacional”.

Artículo 16. Los Servicios, Instituciones Fiscales, Semifiscales, Organismos Autónomos, Empresas del Estado y, en general, todos los Servicios Públicos creados por ley, quedarán sometidos a la fiscalización de la Contraloría General

de la República, sin perjuicio del control que ejerce la Superintendencia de Bancos sobre el Banco Central y el Banco del Estado de Chile, del que cumple la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio sobre el Instituto de Seguros del Estado y la Caja Reaseguradora de Chile y del que desarrolla la Superintendencia de Seguridad Social sobre las instituciones y entidades sometidas actualmente a su fiscalización.

También quedarán sujetas a la fiscalización de la Contraloría General las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación, para los efectos de cautelar el cumplimiento de los fines de esas empresas, sociedades o entidades, la regularidad de sus operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados, y obtener la información o antecedentes necesarios para formular un Balance Nacional.

Dicho en otras palabras, el control que ejerce la Contraloría General de la República, organismo constitucionalmente autónomo que fiscaliza a la Administración del Estado, se extiende también “a las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación”, es decir, a organismos constituidos por el sector público o en los cuales participa el sector público, pero bajo forma y régimen privados.

El inciso 2º del artículo 16 fue incorporado al texto de la Ley Nº 10.336, de 1964, por el Decreto Ley Nº 38, de 1973, y lo que pudo haberse considerado como una útil norma de emergencia para aquellos agitados años ha dejado de ser transitoria para ser defendida como permanente y en tal carácter incorporada al control externo de la Administración chilena.

Siendo ello así, bien puede pensarse, entonces, que la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República ha pasado a internizar un concepto de Administración del Estado que supera la sistematización de la Administración Pública alcanzada en el período que discurrió entre los años 1950 y 1970, para incorporar a ella a organismos que son administrativos por su origen, por su función y por su finalidad pública, independientemente de la forma que asuman y del régimen jurídico público o privado a que se hallen sometidos.

La Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado fue aprobada por el Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de 1993, del

Ministerio de Hacienda, y se mueve en el mismo universo administrativo de la Ley Orgánica de la Contraloría General.

Su artículo 2º prescribe que “el Consejo de Defensa del Estado tiene por objeto, principalmente, la defensa judicial de los intereses del Estado”, y luego, en los numerales 3 y 4 del artículo 3º, precisa que sus funciones, entre otras, serán defender “los juicios en que tengan algún interés los servicios de la administración descentralizada del Estado o las entidades privadas en que el Estado tenga aporte o participación mayoritarios”, así como “el ejercicio y sostenimiento de la acción penal, tratándose de delitos que pudieren acarrear perjuicios económicos para el Estado, los gobiernos regionales, las municipalidades, las instituciones o servicios descentralizados territorial o funcionalmente, o a las entidades de derecho privado en que el Estado o sus instituciones tengan aportes o participación mayoritarios o igualitarios, tratándose especialmente de los delitos indicados en el artículo 4º”.

Artículo 3º, inciso 1º. Las funciones del Consejo de Defensa del Estado son, sin perjuicio de las otras que les señalen las leyes, las siguientes:

Inciso 3º. La defensa de los juicios en que tengan algún interés los servicios de la administración descentralizada del Estado o las entidades privadas en que el Estado tenga aporte o participación mayoritarios, siempre que el respectivo servicio jurídico no esté en condiciones de asumir convenientemente la función, circunstancia que en cada caso calificará el Consejo.

Inciso 4º. El ejercicio y sostenimiento de la acción penal, tratándose de delitos que pudieren acarrear perjuicios económicos para el Estado, los gobiernos regionales, las municipalidades, las instituciones o servicios descentralizados territorial o funcionalmente, o a las entidades de derecho privado en que el Estado o sus instituciones tengan aportes o participación mayoritarios o igualitarios, tratándose especialmente de los delitos indicados en el artículo 4º.

En estas circunstancias, un texto refundido reciente, del año 1993, como es el DFL N° 1, de Hacienda, producto de las importantes modificaciones que ese mismo año introdujo la Ley N° 19.202 a la anterior Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, ha ratificado el criterio legislativo de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, aceptando el nuevo concepto de Administración del Estado.

Porque: ¿A qué título el Consejo de Defensa del Estado, defensor en juicio de los intereses del Estado, asume también la defensa de “las entidades privadas” de “las entidades de derecho privado en que el Estado o sus instituciones tengan apor-

tes o participación”, como dicen aquellos numerales 3 y 4 del artículo 3º del DFL N° 1, de 1993?

Bien puede pensarse que lo hace con el mismo título con que la Contraloría General de la República fiscaliza a las empresas públicas y mixtas según lo prescrito por el inciso 2º del artículo 16 de la Ley N° 10.336, de 1964: porque se ha modificado la idea de una Administración del Estado formada sólo por servicios públicos formales, aceptando una nueva conformación plural y diferenciada de las organizaciones que la integran, que abarca a todos los organismos derivados del Estado-nación, sin atender al régimen jurídico a que estén sometidos, en razón a que por su origen, función y finalidad no dejan de ser públicos, en el sentido de servir necesidades de la generalidad de las personas, por la forma que asumen y las normas a que sujetan su organización y funcionamiento, aun cuando, como se ha manifestado, su régimen jurídico no sea el ordenamiento tradicional que rige para los órganos y organismos de la Administración central y descentralizada.

47. EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, BASADO EN EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO DE LA SERVICIALIDAD DEL ESTADO, HA DADO ORIGEN A UNA NUEVA ADMINISTRACIÓN, ORGANIZACIONALMENTE COMPLEJA Y JURÍDICAMENTE DIVERSIFICADA. De las consideraciones formuladas precedentemente se desprende que la Constitución Política de la República establece en su artículo 1º la razón de ser del Estado, acotándolo en el deber de estar al servicio de la persona humana, y su finalidad: la promoción del bien común, y que esta norma evidencia dentro de la Carta Fundamental un carácter esencial, por habérsela considerado como expresiva de los valores nacionales y de la filosofía que internaliza su cuerpo normativo, desde que se debatió su inclusión en el articulado hasta la evaluación posterior que hizo de ella el Tribunal Constitucional en la *praxis* del foro jurídico.

Atendidos la naturaleza y significado del concepto de la servicialidad del Estado en el derecho chileno: estar al servicio a la persona humana, surgen fuertes interacciones entre los sectores público y privado, mitigando la radical oposición que el administrativismo planteaba en el pasado entre servicio público y empresa privada.

Al modelarse una Administración de servicio a las personas, la finalidad ha pasado a prevalecer por sobre la organizati-

dad, el objetivo estatal por sobre las formas y regímenes jurídicos que se estimaban anejos a ellas, el servicio a la población antes que la organización, la consideración del usuario antes que la del funcionario.

En este contexto, las empresas del Estado, sean públicas o privadas según la denominación usual con que se las conoce, son parte de la Administración Pública, integran el sector público por origen y por naturaleza de actividad, independientemente de su régimen jurídico y de las naturales consecuencias que derivan de esta circunstancia:

–Por su origen, porque atendida la importancia social que les reconoce la Constitución, han de nacer y regularse por ley de quórum calificado;

–Por su actividad, porque desempeñan funciones públicas económicas; su actividad se justifica y la desarrollan en tanto y en cuanto sirven los intereses de la comunidad nacional, regional, provincial o comunal y no a su propio beneficio; persiguen el beneficio de la colectividad, el bien común, en los términos del artículo 1º, inciso 4º, de la Carta Fundamental.

Desde esta perspectiva, es explicable que la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades haya suplido el silencio guardado en materia empresarial-municipal por la Carta Política y optado por uniformar el sistema de regulación de la actividad empresarial establecido por ella para el Estado y sus organismos, haciéndolo expresamente extensivo al campo edilicio.

De aquí que el artículo 9º de esta ley disponga: “Las municipalidades podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas, sólo si una ley de quórum calificado las autoriza”.

En síntesis, pues, de lo expuesto en los párrafos precedentes se desprende que el campo administrativo de las empresas del Estado ha experimentado una profunda evolución.

Las empresas del Estado, expresión de la actividad empresarial del “Estado y sus organismos”, según el artículo 19, numeral 21, de la Constitución Política de la República, o sea, del Estado-persona jurídica y de sus servicios descentralizados: las instituciones fiscales y semifiscales, han dejado de investir la calidad de servicios públicos descentralizados que les asignaba la Constitución Política de 1925 y les reconoce aun la jurisprudencia, para articularse en estructuras formales disímiles, sujetas a distintos regímenes jurídicos, que justifican configurarlas

como un nuevo circuito administrativo de organismos del Estado-nación, un nuevo subsistema organizacional administrativo, distinto del modelado por el Estado-persona jurídica y por aquellos organismos que de una u otra manera se integran dentro del gran espacio que se denomina generalmente Administración Pública, y a los cuales se acostumbra delimitar-caracterizar atendiendo a los elementos formales e indisolubles relativos al origen del ente, a su relación con el centro administrativo representado por el Presidente de la República y a su régimen jurídico: de derecho público administrativo, que se entendía derivado y consecuencial al origen constitucional o legal del organismo de que se tratara.

De este modo, el universo administrativo ya no es caracterizable sólo por los elementos jerarquía o supervigilancia, generadores de entidades centralizadas o descentralizadas, sometidas al derecho público administrativo, puesto que las formas administrativas han pasado a asumir modalidades de mayor complejidad que superan esos solos parámetros administrativos, aunque ellos mantengan su vigencia dentro de la Administración del Estado para conceptuar a los servicios públicos, desde los tiempos del administrativismo social.

Un reexamen de las figuras que integran el complejo orgánico que se denomina Administración Pública desde los puntos de vista que admite la Constitución Política de la República, de acuerdo con las características que a ellas asignan la Carta Política y la ley, autorizaría sostener desde un ángulo prospectivo de análisis, que la Administración habría de articularse por lo menos en seis grandes circuitos administrativos, de común origen: sector público, y compartida finalidad: servicio a las personas y contribución al bien común.

Ellos son:

–El constituido por Estado persona-jurídica, integrado por los ministerios, las subsecretarías, las secretarías regionales ministeriales, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos fiscales, dependientes o de Administración central, según lo preceptuado por el artículo 18, inciso 1º, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado;

–El formado por los servicios descentralizados, atendido lo dispuesto por la misma disposición antes citada, en concordancia con los artículos 25 y 26 de la misma Ley N° 18.575;

–El que configuran los servicios constitucionalmente autónomos, que nacen de la Constitución Política de la República, en los términos que se examinan en el capítulo octavo de esta obra;

–El constituido por los servicios legalmente autónomos, generados por el legislador a través de diversas leyes de mayor o menor amplitud, que presentan como constante aceptada para todos ellos la de ser servicios descentralizados, pero a la cual se le adicionan tales características de acción y de regulación que emergen como tipos categorizables de una manera propia y original dentro del cuadro orgánico de la Administración Pública.

Se encuentran en esta situación los dos grandes subcircuitos administrativos formados por las superintendencias, que son organismos públicos de control de la actividad privada, y cuya exposición se hace en el párrafo setenta y tres, letra c), de esta obra, y las dieciséis universidades usualmente denominadas estatales, organismos que también se acostumbra incluir y conceptuar como servicios descentralizados, aunque evidencian notas de originalidad administrativa que en realidad los sitúan en una posición diferente a los meramente descentralizados previstos en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración, dentro del cuadro general de la Administración del Estado;

–El circuito conformado por las empresas del Estado, que constitucionalmente, como se ha visto, abarca tanto las creadas por ley, y en su caso ocasionalmente adscritas en parte hoy día a normas de derecho público administrativo, cuanto las creadas por ley y sometidas al derecho privado o las que se han constituido por un acto de derecho privado, o incorporado a una entidad privada ya existente, ya que todas ellas nacen de un ente público, responden a una justificación de interés público, actúan sometidas al derecho común y tienden, por estas razones, a dar un adecuado servicio a la población del país, y por último,

–El constituido por los Fondos administrativos, dos de los cuales son de origen constitucional, según se expresa en el párrafo cuarenta y cinco de esta obra, siendo los demás de origen legal, y que por responder a unas características que les son propias merecen incorporarse a un circuito separado de los demás organismos de la Administración del Estado, como

que se consideran universalidades de hecho afectadas al cumplimiento de un fin, carentes de personalidad jurídica, lo que las hace albergarse al interior de una persona administrativa que les dé titularidad para actuar en el mundo de las relaciones jurídicas.

CAPITULO SEPTIMO

LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA CONDICIONO EL EJERCICIO DE LA AUTORIDAD AL PRINCIPIO DE LA SERVICIALIDAD DEL ESTADO: SERVIR A LA PERSONA HUMANA Y PROMOVER EL BIEN COMUN

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Constitución Política de la República, artículo 1º, inciso 4º.

SUMARIO: 48. El principio matriz de la Constitución Política de la República: el servicio a la persona humana y la promoción del bien común. 49. La historia fidedigna del establecimiento de la Constitución confirma el principio de la servicialidad del Estado de Chile. 50. El principio de la buena fe consagrado por la Constitución Política de la República a propósito de la razón de ser del Estado y su finalidad, ha pasado a ser la regla general en el derecho chileno. 51. Al consagrar el principio de la servicialidad del Estado, la Constitución Política de la República estableció las bases de una sociedad solidaria. 52. La razón de ser del Estado y su finalidad configuran una Administración Pública encaminada al desarrollo sustentable, social, cultural y económico, mediante políticas, planes y programas nacionales, regionales, provinciales y locales. 53. La Administración del Estado es una administración conformadora social: nacional, regional, provincial y comunal. 54. Por definición y naturaleza, el principio de la servicialidad del Estado no restringe las formas organizacionales a los solos tipos tradicionales de servicio público y de personas jurídicas de derecho público administrativo: los casos del Consejo Nacional de Televisión, Consejo de Seguridad Nacional, Fondo Nacional de Desarrollo Regional, Fondo Común Municipal, asociaciones de municipalidades y los servicios derivados. 54. A. Los Consejos. 54. B. Los Fondos. 54. C. Las asociaciones de municipalidades. 54. D. Los servicios derivados de órganos y organismos del sector público. 54. D. a) El artículo 62, inciso 4º, Nº 2. 54. D. b) Concepto de servicio público derivado: la suplencia de servicios públicos, la concesión de servicios públicos y la constitución o participación de o en otras personas jurídicas. 54. E. El principio de la finalidad del Estado ha liberado los medios de actuación estatal, dentro de la

ley. 55. El servicio a la persona humana y la finalidad de bien común llevaron a la Constitución Política de la República a estimular y regular la participación ciudadana como elemento constitutivo de la institucionalidad. 56. El servicio a la persona humana y la finalidad del Estado prevista en la Constitución alcanzan también a los particulares. 56. A. La vigencia de los axiomas jurídicos clásicos. 56. B. El campo de acción y el contenido de las normas de clausura hablan de una sujeción general al principio de la legalidad. 56. C. Según el principio de la servicialidad, el sector público y el sector privado están sometidos a la Constitución y a las leyes en condiciones de igualdad y razonabilidad. 56. D. El rasgo diferenciador de lo público y lo privado. 56. E. Aplicaciones legales del nuevo concepto de legalidad. 56. E. a) Los convenios de suplencia de un servicio público. 56. E. b) Las atribuciones del Consejo del Banco Central. 56. E. c) Las funciones asumidas de las municipalidades. 56. E. d) Los convenios de asociación municipal. 56. E. e) Los convenios de transferencia de competencia. 56. E. f) Los convenios de programación de inversión pública. 56. F. Los artículos 5º, inciso 2º, y 19, Nº 10, inciso final, de la Constitución Política de la República, alcanzan a la nación ciudadana. 56. G. Los particulares también prestan servicios regulados al público: los servicios de utilidad pública y los servicios públicos concedidos. 57. La Constitución Política de la República tiene una visión del hombre, de la sociedad y del Estado distinta de la liberal decimonónica. 58. Los servicios al público. Servicios prestados por el Estado-nación a la ciudadanía: servicios públicos, consejos y fondos públicos; servicios originarios y servicios derivados de órganos y organismos del sector público. Servicios prestados por los particulares: los simplemente particulares, los educacionales, de utilidad pública y los servicios públicos concedidos.

48. EL PRINCIPIO MATRIZ DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA: EL SERVICIO A LA PERSONA HUMANA Y LA PROMOCIÓN DEL BIEN COMÚN. De acuerdo con lo manifestado en el capítulo precedente, el primer gran principio establecido por la Constitución Política de la República es el del servicio a la persona humana y la promoción del bien común.

Este principio de la servicialidad del Estado se halla consagrado por el artículo 1º, incisos 4º y 5º, de la Carta Fundamental.

Artículo 1º, inciso 4º. El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Inciso 5º. Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

“El texto constitucional –se dijo en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución– no debe ser un texto neutro que se limite a ser la expresión de una trama de órganos que se entrelazan para adoptar decisiones, sino, antes que eso, la expresión de un ente jurídico que tiene una finalidad objetiva a la cual todos sus actos deben tender.”

El artículo 1º, indicó el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol Nº 53, de 1988, es una disposición que “constituye uno de los preceptos más fundamentales en que se basa la institucionalidad, ya que por su profundo y rico contenido doctrinario refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución”.

El artículo 1º de la Constitución Política de la República, en estas circunstancias, refleja “la filosofía que inspira nuestra Constitución” y se caracteriza por resumir “la finalidad objetiva a la cual deben tender” todos los actos del Estado.

¿Cuál es esa filosofía, cuál es esa finalidad objetiva a que aludía la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución?

De acuerdo con la norma transcrita, la razón de ser del Estado es estar al servicio de la persona humana, dentro de una concepción filosófica que se asienta en el valor del ser humano concreto, y su finalidad es promover el bien común, apuntando a un objetivo social de desarrollo espiritual y material, con todos los supuestos implícitos que esa finalidad conlleva.

La trascendencia que la Constitución Política de la República atribuye a esta razón de ser y finalidad del Estado asume un alto significado en el texto político, como se desprende de su artículo 5º, inciso 2º, precepto en el cual junto con reconocerse que la soberanía es el poder supremo residente en la nación, apto para determinar válidamente los destinos de un pueblo, se lo restringe, se lo circunscribe en un círculo limitativo que le desconoce legitimidad cuando su ejercicio puede afectar la esfera subjetiva de “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

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

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

La soberanía no se concibe ya, pues, como un poder absoluto, según lo sostenía el constitucionalismo clásico, un poder total e irrestricto que no reconocía a nadie sobre sí ni junto a sí, y habilitado para disponer sobre cualquier materia con la dirección, profundidad o extensión que la autoridad, en particular el legislador, estimara conveniente ejercerlo.

De acuerdo con su nuevo enunciado-consagración, las autoridades, al decidir, no pueden desconocer la persona humana en su dimensión social, ni los derechos que emanan de su naturaleza de tal.

Esta restricción político institucional no se hallaba consultada en la Carta de 1925, Código Político que reconocía en la soberanía el poder supremo de una sociedad organizada y, por consiguiente, la posición preeminente, superior ocupada por las autoridades del Estado dentro de la nación ante los demás sujetos de derecho, en razón de ser las llamadas a decidir, en nombre de todos, unilateralmente sobre los diversos asuntos propios de su competencia.

Las autoridades, en la Constitución de 1925, eran los órganos que ejercían el poder supremo en la nación y en nombre de ella.

“Establecido que la soberanía delegada que ejerce en su esfera el poder colegislador no está limitada, ni es revocable por la nación –dijo, en este sentido, la Corte Suprema de Justicia por sentencia de 8 de julio de 1967, refiriéndose al poder legislativo–, aquél puede ejercer su oficio legislativo sin restricciones que provengan de la soberanía que en la nación reside, la cual no tiene poder como tal para controlar a los legisladores.”

“El Estado (Administración) no tiene más responsabilidades directas que las que expresamente le impongan las leyes, y el título XXXV del libro cuarto del Código Civil no le impone de manera expresa responsabilidad alguna por los delitos o cuasidelitos cometidos por sus funcionarios o agentes”, afirmó el Excelentísimo Tribunal en el fallo Mario Granja con Fisco, de 11 de octubre de 1938, en una aplicación tácita de la fórmula clásica elaborada por Edouard de Laferrière: “lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación”, tesis reiterada en los fallos que siguieron a esta sentencia de 1938.

En estas circunstancias, los artículos 1º, incisos 4º y 5º, y 5º, inciso 2º, de la Constitución Política de la República, han veni-

do a innovar en la visión jurídica del Código Político de 1925: al límite clásico-formal impuesto por las Cartas Fundamentales a las autoridades públicas de actuar conforme a la Constitución y a las leyes, de atenerse al principio de la legalidad en sentido amplio, la Carta de 1980 vino a imponer, además, la observancia de un criterio sustancial derivado de principios filosóficos reconocidos como propios de la nacionalidad, identificadores de la nación chilena, y en ese sentido constitutivos de una línea de frontera de paso prohibido que las autoridades jamás podrían franquear: el servicio a la persona humana, el bien común y el respeto a los derechos de cada cual, bajo pena de nulidad y/o reparación de perjuicios.

49. LA HISTORIA FIDEDIGNA DEL ESTABLECIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN CONFIRMA EL PRINCIPIO DE LA SERVICIALIDAD DEL ESTADO DE CHILE. El análisis de las actas de la Comisión Constituyente primero, y de las de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, que le sucedió, después, muestran justamente cómo se llegó a esta óptica constitucional.

En la sesión 50^a, celebrada el martes 2 de julio de 1974, consta la preocupación de los miembros de la Comisión por el criterio formalista que acusaba la redacción del actual artículo 7^o, inciso 1^o, de la Constitución Política de la República, al omitir toda referencia a un requisito de fondo que condicionara las decisiones de la autoridad y que le obligara a actuar de buena fe, respetando los derechos de las personas y el fin u objetivo justificatorio de las atribuciones ejercidas, y limitarse sólo a establecer exigencias jurídicas externas: investidura regular, competencia, forma.

Señalar cuáles son los requisitos de validez de la actuación de los órganos del Estado, dijo don Jaime Guzmán, no es suficiente; hay que “dejar salvada la posibilidad de la desviación de poder”. Es explicable esta inquietud, anotó el señor Alejandro Silva Bascuñán, pues trata de prever qué pasa “si acaso el poder o el órgano se salta los objetivos esenciales para los cuales está consagrado; si el órgano infringe los fines sustantivos del Estado; si el órgano, por ejemplo, dentro de un acto perfectamente válido hace una gran estupidez o realiza una profunda desviación de poder; porque puede ser perfectamente válido un acto que contenga un disparate o un abuso de poder. Agrega que la desviación de poder se produce cuando el aparato

jurídico positivo, que debe tener una tenacidad instrumental y eficaz propia, se lo usa para fines y objetivos para los cuales no está consagrado”.

Aunque “en la tesis de la desviación de poder se encuentran dificultades sustanciales, porque la teoría tiene vigencia cuando ella nace de actos formalmente válidos”, sin embargo es de gran importancia, expresó el señor Jorge Ovalle. “El asunto toca a un problema que es vital a toda organización de nuestra comunidad, que es el ejercicio de buena fe de las potestades. Sobre esta base se podría llegar a la conclusión de que no basta cumplir con los requisitos formales, sino que el ejercicio de una facultad obliga a ejecutarla de buena fe, esto es, teniendo siempre presente el propósito que se tuvo en vista al conferir la facultad asignada.”

Se coincidió en esta sesión en que la desviación de poder planteaba un problema de validez del acto y no de legitimidad o injusticia del ejercicio de la autoridad, se expresaron diversos puntos de vista y atendida la circunstancia de que la regulación de esta materia presentaba dificultades, el señor Guzmán propuso aprobar el artículo 7º actual en la forma que tenía en aquella sesión, pero con la prevención de que al analizarse “el inciso cuarto del artículo 1º de la Constitución, que establece que en Chile hay Estado de Derecho, se incorpore, junto con la obligación de las potestades públicas de someterse a la Constitución y a toda norma dictada conforme a ella, el principio de la buena fe que sintetizó el señor Ovalle como el correctivo, no sólo de la desviación de poder, sino también de muchos otros males. Cree que ese principio es la clave del Estado de Derecho, que es casi más importante que el sometimiento de las potestades públicas a la Constitución y a la ley: es el sometimiento al principio del derecho, no a un principio meramente moral ni siquiera a un principio jurídico de entidad secundaria, sino a la clave del derecho”.

En la sesión siguiente, la 51ª, del jueves 4 de julio de 1974, la Comisión Constituyente continuó empeñada en alcanzar una redacción satisfactoria para aquel artículo. Ante nuevas dificultades, el señor Jorge Ovalle reconoció “que el debate está alcanzando complejidad en circunstancias que los conflictos derivados de la desviación de poder no podrán ser resueltos de manera general en el Capítulo Preliminar”, pero está perfectamente claro, hizo ver, “que todos están de acuerdo en que las facultades de los órganos del Estado y de las autoridades en

general, deben ejercerse dentro de la competencia que les ha sido asignada y para los fines que les han sido conferidos”. “En consecuencia, propone dejar constancia en el sentido que la intención del Constituyente es la de que las facultades deben usarse en cuanto ellas se otorgan para perseguir el bien común y para cumplir los propósitos de la institución donde están incorporados y no otros.”

“Este principio es tan trascendental, tan importante –subrayó don Enrique Ortúzar–, que en cierto modo va a proyectar todo el espíritu de la Nueva Constitución en forma que se diga claramente que las autoridades, los órganos del Estado, deben actuar de buena fe, aplicar las normas sin violentar el espíritu, la finalidad o el objetivo previsto por el legislador.”

Reiterándose que “la desviación de poder genera nulidad del acto”, los miembros de la Comisión Constituyente estuvieron de acuerdo en esta sesión 51^a de las celebradas por ella, en redactar un precepto que recogiera las ideas debatidas en torno a la desviación de fin y al principio de buena fe, que dijera: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia, y en la forma y con los requisitos que prescribe la ley. La buena fe es siempre requisito de los actos de autoridad”.

La redacción final de las normas del Capítulo Preliminar de la Constitución Política de 1980, como se llamaba en aquel entonces al actual Capítulo primero de la Carta Fundamental, habría de ser retomada por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución el año 1978.

En la sesión 402^a, de 14 de julio de 1978, en efecto, se manifestó la necesidad de que la nueva Carta Fundamental acogiera “una declaración de principios de lo que constituye la nación chilena”, pues en “repúblicas como la nuestra, a diferencia de países más evolucionados, es indispensable que en el nuevo texto se expresen los motivos que unen a la sociedad chilena”; “lo relativo a la identificación de la nación chilena”, a “un sustrato espiritual que existe dentro de un conjunto humano que habita determinado territorio y que debe expandirse a lo largo de todo el cuerpo social y del Estado, como expresión jurídica de dicho cuerpo”; “establecer en el artículo 1^o los valores con los cuales la sociedad chilena se siente identificada”, “disposiciones que constituyen su núcleo o esencia”; “comenzar por la gran definición de lo que es la Nación chilena”.

Entre estos principios estuvieron la razón de ser del Estado y su finalidad, contenidos en el actual artículo 1º, incisos 4º y 5º, de la Constitución.

Artículo 1º, inciso 4º. El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Inciso 5º. Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Refiriéndose al contenido de esta norma, la Comisión de Estudio puntualizó en esta sesión “que la explicitación de que el Estado debe promover el bien común nació de la preocupación por definir cuál era la finalidad del Estado, de modo que el texto constitucional no fuera un cuerpo neutro que se limitara a ser la expresión de una trama de órganos que se entrelazan para adoptar decisiones, sino, antes que eso, la expresión de un ente jurídico que tiene una finalidad objetiva a la cual todos sus actos deben tender”.

Frente a voces políticas que se habían levantado en el país y que hablaban de romper la sociedad chilena en bloques irreconciliables o de poner en tela de juicio la finalidad del Estado, se dijo, “la afirmación de que el Estado debe promover el bien común, según la definición que en seguida se hace –en el artículo 1º, inciso 4º– satisface esa inquietud –de superar aquellas posiciones– y es fundamento de la consagración de un precepto que sancione la desviación del poder o el fraude a la ley”.

“Se trata de que el Estado, como expresión jurídica, tenga la obligación de propender al bien común... evitando ponerse al servicio de unos en desmedro de otros.”

De este modo, la Constitución Política de 1980 no fue modelada como un cuerpo jurídico neutro regulador de organismos y competencias; en lo que interesa al derecho administrativo organizacional, no se estructuró pensando en establecer servicios y personas jurídicas de derecho público o privado, sino que estuvo pensada como una Carta Fundamental articuladora de valores nacionales, expresión del “sustrato espiritual que

existe dentro de un conjunto humano que habita determinado territorio y que debe expandirse a lo largo de todo el cuerpo social y del Estado, como expresión jurídica de dicho cuerpo”, según se lee en la sesión 402^a de las celebradas por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

50. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONSAGRADO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA A PROPÓSITO DE LA RAZÓN DE SER DEL ESTADO Y SU FINALIDAD, HA PASADO A SER LA REGLA GENERAL EN EL DERECHO CHILENO. En la sesión 51^a de las celebradas por la Comisión Constituyente, del jueves 4 de julio de 1974, se dejó constancia “que la intención del Constituyente es la de que las facultades –de la autoridad– deben usarse en cuanto ellas se otorgan para perseguir el bien común y para cumplir los propósitos de la institución donde están incorporados y no otros”.

“Este principio es tan trascendental, tan importante –se destacó–, que en cierto modo va a proyectar todo el espíritu de la Nueva Constitución en forma que se diga claramente que las autoridades, los órganos del Estado deben actuar de buena fe, aplicar las normas sin violentar el espíritu, la finalidad o el objetivo previsto por el legislador.”

Estas opiniones llevaron a redactar un precepto del siguiente tenor: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia, y en la forma y con los requisitos que prescribe la ley. La buena fe es siempre requisito de los actos de autoridad”.

Ahora bien, aunque la referencia explícita al principio de la buena fe fue eliminada posteriormente del texto de la Constitución, más bien por razones de técnica jurídica que por cuestiones de fondo, puesto que existía unanimidad respecto del significado e importancia que asumía dentro de la institucionalidad, su exigencia como requisito sustantivo de la actuación estatal se entendió comprendida, según se expresó en la sesión 402^a, del 14 de julio de 1978, en la redacción del artículo 1^o, inciso 4^o, al establecerse la razón del Estado: estar al servicio de la persona humana, y su finalidad, promover el bien común, disposición conforme a la cual las autoridades necesariamente tendrían que respetar aquel principio básico de la convivencia nacional y ajustar su actividad a los fines prescritos por la Constitución Política de la República, bajo pena de responsabilidad y sanción.

Sin embargo, la circunstancia de que las expresiones transcritas se hubieran referido sólo a las autoridades públicas, como era natural que ocurriera en el escenario en que se manifestaron, para sostener que ellas deberían someterse al principio de la buena fe, no implica aseverar que éste se halle restringido sólo al ámbito público y carezca de aplicación en el campo privado, pues la base jurídica del derecho que rige este ámbito, reconocido como el tronco de derecho común de las disciplinas jurídicas, se halla precisamente, desde tiempos inmemoriales, en el respeto al principio de la buena fe, recogido en ese carácter por el Código Civil en los conocidos artículos que regulan los bienes y los contratos.

“La buena fe –dispone el artículo 706 del Código Civil– es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio.” “La buena fe se presume –dijo el artículo 707–, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria.”

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe –agrega el artículo 1546–, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.”

Con todo, ha de destacarse que el principio de la buena fe no sólo se extiende al campo sustantivo del derecho público y del derecho privado general representado por las normas del Código Civil. La jurisprudencia ha tenido ocasión de destacar que también es una máxima esencial dentro del ámbito procesal. Por sentencia de 22 de agosto de 1996, recaída en los autos caratulados Banco BHIF con Sammur Halab, Betty, apelación en juicio civil, la Corte de Apelaciones de Santiago afirmó, en el considerando primero, “que una base fundamental del sistema institucional chileno es la protección de la buena fe y la sanción a las actuaciones en que una persona actúa con mala fe”, agregando en el considerando segundo “que, por la razón señalada, debe estimarse como un principio de derecho de general aplicación la norma prevista en el artículo 724 del Código de Procedimiento Civil, que autoriza, para la ponderación de la prueba, atender a la impresión que haya merecido la conducta de las partes durante el juicio y la buena o mala fe con que hayan litigado en él; materia que los sentenciadores tendrán especialmente presente”.

En estas condiciones, proyectándose desde el mandato constitucional contenido en el artículo 1º, inciso 4º, del Código Político, el publicista está en condiciones de afirmar que el principio de la buena fe ha pasado a ser un principio general del derecho chileno, una máxima jurídica aplicable a la esfera pública y a la privada, al ejercicio de potestades y de derechos subjetivos, al campo sustancial y procesal, de modo que la determinación de los miembros de la Comisión, hecha suya por el constituyente, de establecer una finalidad ética juridizada para el ejercicio de las atribuciones de las autoridades, más que establecer el principio de la buena fe en el campo público, vino a cerrar un circuito hasta entonces inconcluso en el derecho chileno, reconociendo que la buena fe tiene natural plenitud de cobertura en todo el ámbito del derecho nacional, con efectos obligatorios y vinculantes.

La Corte Suprema de Justicia, por sentencia de 27 de diciembre de 1968, había constatado la efectividad de este principio tratándose de los contratos leyes, figuras jurídicas que reunían, como su mismo nombre lo indica, características anejas a lo público y a lo privado, en un reconocimiento anticipado al ámbito ahora explícitamente establecido en su verdadero radio de acción.

“Los tratadistas han llamado a estos actos contratos leyes, convenciones o acuerdos legales –dijo en ese fallo el Tribunal Supremo–, en cuanto no pueden ser vulnerados unilateralmente por el Estado sin lesionar los derechos patrimoniales de la persona favorecida, y esto no porque se les considere como contratos propios de los actos y declaraciones de voluntad de que se ocupa el derecho privado, sino por una razón ético-legal: todos los actos, tanto los ejecutados por los particulares, como aquellos que ejecuta el Estado, son efectuados sobre la base de la buena fe de las partes y de la mutua confianza al respecto de sus actuaciones, y estos últimos, en especial, dentro de la esfera del derecho administrativo.”

51. AL CONSAGRAR EL PRINCIPIO DE LA SERVICIALIDAD DEL ESTADO, LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA ESTABLECIÓ LAS BASES DE UNA SOCIEDAD SOLIDARIA. El derecho administrativo clásico se modeló bajo la tesis liberal, que veía al mundo societal dividido en un sector estatal-público y uno particular-privado, en los términos en que lo consagró el Estado constitucional de primera generación.

Esta perspectiva significó partir también en dos el mundo del derecho, el hemisferio público y el hemisferio privado, cada uno de ellos dinamizado por sus propios sujetos y organizaciones, estructurados conforme a ciertos fines justificativos de su existencia: mantener el orden público y velar por la seguridad individual y nacional, en el caso de los entes públicos; gozar de su libertad y prosperar, tratándose de los privados; consagrar sus facultades de acción: potestades, para lo público; derechos subjetivos, para lo privado, y determinar sus principios reguladores: el de la legalidad y el de la libertad, respectivamente, en un reconocimiento de la restricción de lo público y de la amplitud de lo privado expresado en el deber de someterse a la ley y en el derecho a ejercer libremente la autonomía de la voluntad.

Lo público y lo privado, siendo como eran parte de un mismo mundo, se orientaban, con todo, hacia direcciones opuestas: uno hacia el polo de la potestad-restricción; el otro, hacia el de la voluntad-libertad.

De aquí las dos conocidas normas de clausura que desde antiguo dominan el derecho chileno, según las cuales en el campo del derecho público sólo puede hacerse lo que la ley expresamente permite, en tanto que en el del derecho privado puede hacerse cuanto se quiera, salvo que esté expresamente prohibido por la ley.

Pero el análisis del Estado liberal en su cotejo con el Estado social que le sucedió desde 1917, para situarlo en una fecha significativa para el derecho público, por ser el año de la promulgación de la Constitución mexicana, la primera Constitución social conocida por la doctrina publicista, demuestra que aquellas premisas del siglo XIX, heredadas por lo demás del siglo XVIII, por aquel año 1917 estaban ya erosionadas en sus cimientos por la profunda transformación que había experimentado el Estado, que de gendarme se había transformado en protector de los miembros del taller social, como decía León Duguit, interviniendo en los contratos en beneficio de las partes más débiles; educador en aula, titular de acciones preventivas y curativas de la salud, asegurador de riesgos del trabajo, y que en definitiva estarían llamadas a desaparecer a mediados de este siglo, por 1950, cuando el Estado prestacional se hizo conformador social, en la tesis de Ernst Forsthoff, a través de la planificación y la participación, apuntando hacia

una Daseinsvorsorge, hacia una preocupación por la existencia vital de las personas.

Los estrictos axiomas clásicos relativos al sector público se mantuvieron, naturalmente, dentro del campo del orden y la seguridad pública, como garantías y salvaguardia que eran de cualquier exceso que pudiera amenazar o lesionar la esfera subjetiva de los particulares; pero siguieron vigentes en ese ámbito ahora menor, de aplicación reducida dentro del Estado, puesto que éste, en los nuevos tiempos que vivía la sociedad occidental, dedicaba sus mayores y mejores esfuerzos a la educación, la salud, la seguridad social, esferas de acción que eran distintas y ajenas al fondo imperativo-prohibitivo, de ejercicio de poder público, de prerrogativas estatales, que había caracterizado al hasta entonces Estado gendarme.

El profesor educando, el médico en el diagnóstico o en el pabellón quirúrgico, los profesionales asistiendo a los enfermos, la caja aseguradora otorgando subsidios de enfermedad, de invalidez, de vejez, no eran figuras administrativas que pertenecieran al cuadro del poder público del orden y la seguridad, ni a una relación jurídica de autoridad subordinante y ciudadano subordinado, de poder y deber; su causa eficiente derivaba del deber social del Estado de prestar los servicios públicos requeridos por la sociedad, tal como era del caso que los particulares prestaran sus servicios particulares a los demás, dentro del deber general de participar en el taller social que se reconocía a los miembros que lo conformaban.

El contenido de las nuevas decisiones era prestacional; la naturaleza mostrada por la nueva administración dejó de ser coacción para hacerse servicio; antes que orden, fue atención, no mando-prohibición.

La administración conformadora social contemporánea detectada por Ernst Forsthoff, alrededor de mediados de este siglo, cercana a la segunda posguerra, acentuaría la profundidad de esta evolución al incorporar a las variables sociales las variables sicosociológicas derivadas de los sentimientos de dolor y de extenuación producidos por la Segunda Gran Guerra, y las nuevas tecnologías de la planificación indicativa y la participación, con lo cual se hizo más evidente el distanciamiento que estaba experimentando el Estado moderno y posmoderno del Estado constitucional de primera generación, del Estado

del 1800, y reemplazando las representaciones individualistas del Estado gendarme.

Esta evolución se dio también en Chile, en los términos de que se ha dado cuenta en los capítulos anteriores, al reseñar el camino que ha recorrido el servicio público en la República desde su aparición a mediados del siglo pasado.

La Constitución Política de la República, en estas circunstancias, al centrar la normativa constitucional en la dimensión social de las personas, prescribiendo que el Estado de Chile está al servicio de la persona humana, que su finalidad es promover el bien común y que sus deberes se extienden a “promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, no ha hecho suyo, pues, el mundo del Estado constitucional de primera generación, el de los dos hemisferios separados por regímenes jurídicos fuertemente diferenciados que dividían drásticamente lo estatal de lo particular aislando los territorios público y privado bajo los dominios de la potestad, por un lado, y de la voluntad, por el otro; ni siquiera ha hecho suya la perspectiva del Estado social, el del taller ciudadano a que se refería Duguit, constituido por servicios, públicos y privados, sino que ha consagrado un Estado posmoderno conformador, estableciendo las bases de una sociedad solidaria, caracterizada por el común denominador de su razón de ser y de su finalidad.

52. LA RAZÓN DE SER DEL ESTADO Y SU FINALIDAD CONFIGURAN UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ENCAMINADA AL DESARROLLO SUSTENTABLE, SOCIAL, CULTURAL Y ECONÓMICO, MEDIANTE POLÍTICAS, PLANES Y PROGRAMAS NACIONALES, REGIONALES, PROVINCIALES Y LOCALES. Para determinar cómo el Código Político hace administrativamente viable el principio rector del derecho público chileno que establece el artículo 1º en sus incisos 4º y 5º, en cuanto a los deberes que el Estado tiene para con la sociedad, se hace necesario iniciar la reflexión jurídica a partir de la Ley N° 19.097, de 1991, que modificó la Carta Fundamental en materia regional y comunal, y sentó las bases de una administración para el desarrollo social, cultural y económico del país, según criterios armónicos y equitativos.

En efecto, esta ley modificó el Capítulo XIII de la Constitución: “Gobierno y Administración Interior del Estado”, y creó

una nueva persona jurídica de base territorial, el gobierno regional, disponiendo que esta corporación tendría a su cargo “la administración superior de la región”.

Con este mandato, obligó a definir qué era gobierno y qué administración para la Carta Fundamental, pues el órgano unipersonal de los gobiernos regionales fue el intendente, con lo cual atribuyó a este funcionario un doble rol: el de intendente regional, representante inmediato del Presidente de la República y encargado del gobierno en la región; y el de intendente representante de la persona jurídica gobierno regional, presidente de su consejo y jefe superior de esa organización.

Artículo 100. El gobierno de cada región reside en un intendente que será de la exclusiva confianza del Presidente de la República. El intendente ejercerá sus funciones con arreglo a las leyes y a las órdenes e instrucciones del Presidente, de quien es su representante natural e inmediato en el territorio de su jurisdicción.

La administración superior de cada región radicará en un gobierno regional que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región.

El gobierno regional estará constituido por el intendente y el consejo regional. Para el ejercicio de sus funciones, el gobierno regional gozará de personalidad jurídica de derecho público y tendrá patrimonio propio.

Atendida esta función dual que pasó a desempeñar el intendente en el nivel regional, el Senado primero y la Cámara de Diputados después, se encontraron enfrentados a la necesidad de precisar qué era gobierno y qué administración para la reforma, para los efectos de orientar al legislador de la ley orgánica constitucional que debía dictarse sobre la materia, acerca de cuáles serían las funciones y atribuciones de las autoridades del gobierno interior y cuáles las del gobierno regional, estableciendo con claridad cuándo el intendente actuaba en uno u otro de los roles que le asignaba la Carta Fundamental.

De aquí que el informe de las Comisiones Unidas del Senado, hecho suyo por las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados, constituya un importante elemento de interpretación de la Constitución, por ser pieza clave en la historia fidedigna del establecimiento del nuevo artículo 100.

Dijo el informe que “el criterio imperante –para caracterizar en el texto constitucional al gobierno y a la administración– había sido el de considerar que la función de gobierno implica la potestad de tomar decisión y es, por tanto, una facultad de imperio. Es comprensiva, también, de todo cuanto tien-

da a la preservación del orden público y la conservación de la seguridad interna y externa, siendo una de sus características la de poder adoptar resoluciones discrecionales”.

“A su turno, la función administrativa supone un conjunto de atribuciones que se orientan más bien a la aplicación de las normas legales y decretales para la consecución de los objetivos de poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos.”¹

De esta manera, la historia fidedigna del establecimiento del artículo 100 de la Constitución Política de 1980 permite afirmar que el constituyente de 1991 concibió al gobierno como una función del Estado, radicada en el Presidente de la República, caracterizada por tener un carácter *iure imperii* y que se acota en la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes; en tanto que la administración “supone un conjunto de atribuciones que se orientan más bien a la consecución de los objetivos de poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos”.

Estas representaciones del gobierno y de la administración explican el contenido del inciso 2º de dicho artículo, precepto que al definir el objeto del gobierno regional dice que consiste en “el desarrollo social, cultural y económico de la región”, ya que eso es precisamente administrar.

La Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional, N° 19.175, explicita este mandato constitucional.

Su título I, llamado “Del Gobierno de la Región”, dice qué es el intendente y cuáles son sus atribuciones; qué es el gobernador y cuáles son sus facultades, contemplando en seguida “disposiciones comunes a intendentes y gobernadores”.

Su título II, denominado “De la Administración de la Región”, fija la “naturaleza y objetivos del gobierno regional”, las “funciones y atribuciones del gobierno regional”; regula los “órganos del gobierno regional”, deteniéndose en las atribuciones del intendente y del consejo regional, y dando las pau-

¹ Vid. Diario de sesiones del Senado, sesión 23ª, celebrada en martes 6 de agosto de 1991, “Discusión particular”, artículo 7º. Boletín de sesiones de la Cámara de Diputados, sesión 37ª, celebrada en lunes 9 de septiembre de 1991, “Discusión y votación particular del proyecto”, artículo 7º.

tas de elección de los consejeros, incluyendo normas sobre el gobernador como administrador de la provincia y sobre el Consejo Económico y Social regional y provincial, para concluir conteniendo disposiciones sobre la estructura administrativa regional y sobre su patrimonio y sistema presupuestario.

La idea central que domina el título I: “Del Gobierno de la Región”, es lograr que “se respete la tranquilidad, orden público y resguardo de las personas y bienes”, como señala el artículo 2º, letra b).

El eje rector del título II: “De la Administración de la Región”, es regular la elaboración, aprobación y ejecución de “las políticas, planes y programas de desarrollo de la región” en el campo del ordenamiento territorial, de las actividades productivas y de desarrollo social y cultural, según expresan los artículos 16 a 19 de la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regionales, que luego se aplican con mayor detención a propósito de las atribuciones que se confieren a los órganos del gobierno regional en los artículos siguientes.

Agregó la Constitución Política en su artículo 104, inciso 1º, que “para el gobierno y administración interior del Estado a que se refiere el presente capítulo se observará como principio básico la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo. Las leyes que se dicten al efecto deberán velar por el cumplimiento y aplicación de dicho principio, incorporando asimismo criterios de solidaridad entre las regiones, como al interior de ellas, en lo referente a la distribución de los recursos públicos”.

Artículo 104, inciso 1º. Para el gobierno y administración interior del Estado a que se refiere el presente capítulo se observará como principio básico la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo. Las leyes que se dicten al efecto deberán velar por el cumplimiento y aplicación de dicho principio, incorporando asimismo criterios de solidaridad entre las regiones, como al interior de ellas, en lo referente a la distribución de los recursos públicos.

Si del plano regional se desciende al comunal, podrá apreciarse que la idea rectora de lo administrativo regional se reproduce en el nivel local, concibiendo el desarrollo de la localidad como objeto y objetivo de la municipalidad. El artículo 5º, letra a), de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades dispone al respecto que será atribución esencial de las municipalidades “ejecutar el plan comunal de desarrollo y los

programas necesarios para su cumplimiento”, debiendo el alcalde proponer dicho plan al concejo en la primera semana del mes de octubre de cada año calendario (artículos 59, inciso penúltimo, y 71, letra a)), correspondiendo a este órgano colegiado aprobar dicho plan antes del 15 de diciembre (artículo 71, letra a)). Agrega el artículo 7º de la misma ley, reproduciendo la prescripción del artículo 3º, letra f), que “las municipalidades deberán actuar, en todo caso, dentro del marco de los planes nacionales y regionales que regulen la respectiva actividad”.

La justicia electoral ha reconocido la importancia del plan de desarrollo comunal dentro de la administración local, calificando como un hecho constitutivo de notable abandono de deberes, causal de remoción del alcalde, la circunstancia de omitir su presentación al concejo municipal y privar a la comuna de este importante instrumento de planificación para el desarrollo.

El Tribunal Electoral Regional de la VIII Región del Bío-Bío, por sentencia del 12 de septiembre de 1994, confirmada por el Tribunal Calificador de Elecciones el 11 de octubre de 1994, dijo, en efecto, en el considerando decimocuarto de su fallo: “Que, a mayor abundamiento, cabe señalar que según ha sido reconocido por el propio Alcalde recurrido al absolver posiciones, no cumplió con la primordial obligación que le impone el artículo 58, inciso 2º, de la Ley Nº 18.695, de presentar al Concejo Municipal de Coihueco el Plan de Desarrollo Municipal, dejando librada la acción municipal a improvisaciones, en contravención, además, al artículo 11 de la Ley Nº 18.575, sobre Bases Generales de la Administración, que impone a las autoridades respectivas la obligación de velar permanentemente por el cumplimiento de los planes que hubiere formulado. Existe también a este respecto un notable abandono de deberes por parte del Alcalde”.

De esta manera, a nivel regional y a nivel comunal la función administrativa es una actividad pública encaminada a lograr el desarrollo social, cultural y económico de la región y de la comuna, respectivamente, dentro de criterios equitativos y de solidaridad, que se concreta en la fijación de políticas y en la elaboración de planes y programas que viabilicen los mandatos constitucional y legal orgánico constitucional.

Mas: ¿qué ocurre a nivel nacional, en que el artículo 24 de la Carta Política radica las funciones de gobierno y de administración en el Presidente de la República, expresando que su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes, sin referirse a los objetivos de desarrollo y de servicio público a que aludió el constituyente de 1991?

Frente a los nuevos preceptos constitucionales incorporados a la Constitución por la Ley N° 19.097, de 1991, y a la distinción formulada por el constituyente entre gobierno y administración, el gobierno como actividad conservadora, la administración como actividad desarrollista y de servicio: ¿Debe el Presidente de la República restringir su actuación a la conservación del orden público y de la seguridad exterior, como lo establece *ad pedem literae* el artículo 24, inciso 2°, del Código Político?

Indudablemente sería contraproducente dentro del texto constitucional dar una respuesta afirmativa a esta interrogante, puesto que sin necesidad de profundizar el sentido filosófico de la Carta Fundamental, de su texto se desprende que fue el mismo artículo 102, inciso 2°, el que contempló la facultad del Presidente de la República fijar la política nacional de desarrollo.

Dentro de la hermenéutica constitucional, en efecto, las materias que no son materia de ley son del resorte del Jefe de Estado, según lo previsto por el artículo 32, N° 8, de la Carta Fundamental, y esta materia no aparece prevista en el artículo 60 como propia de ley.

Artículo 102, inciso 2°. Corresponderá desde luego al consejo regional aprobar los planes de desarrollo de la región y el proyecto de presupuesto del gobierno regional, ajustados a la *política nacional de desarrollo* y al presupuesto de la Nación. Asimismo, resolverá la inversión de los recursos consultados para la región en el fondo nacional de desarrollo regional, sobre la base de la propuesta que formule el intendente.

En verdad, nunca se había puesto en duda la facultad del Presidente de la República de elaborar, aprobar y ejecutar la política de desarrollo del país, convicción que llevó a afirmar al Tribunal Constitucional “que de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución Política, el Presidente de la República es el

encargado del gobierno de la Nación, y, en tal consecuencia, le compete la dirección superior de los intereses generales de ésta”, como expresa en su sentencia de 10 de octubre de 1989, recaída en los autos Rol N° 78.

Con todo, no existía una disposición constitucional que reconociera al Presidente de la República la facultad de fijar la política nacional de desarrollo y consiguientemente de dictar los planes, programas y acciones necesarios para viabilizarla.

Esta omisión fue salvada por la reforma de 1991, en la primera parte del inciso 2° del actual artículo 102 del Código Político, haciendo explícita la idea del rol conformador de la Presidencia de la República en cuanto titular de la función administrativa en el plano nacional.

A su vez, y desde otro ángulo de observación, complementario del que se ha expresado, el artículo 19, N° 8, del Código Político impone al Estado el deber de velar por la efectividad del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y tutelar la preservación de la naturaleza, precepto que dentro de una interpretación sistemática del Código Político permite modelar un Estado al servicio de la persona humana con una finalidad de bien común que se estructura conforme a un desarrollo sustentable de la nación, que es tanto como sostener que es deber suyo velar por una mejor calidad de vida de los habitantes del país.

De este modo, la Constitución Política de la República establece la idea matriz en que descansa el administrativismo democrático: el desarrollo sustentable, que aúna impulso y equilibrio, desarrollo y medio ambiente.

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

N° 8. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

Por sentencia de 24 de diciembre de 1991, la Corte de Apelaciones de Santiago concluyó que no se ajustaba a derecho la autorización municipal dada para el funcionamiento de una feria libre en la comuna de La Florida, basada en los artículos 19, N° 8, y 1°, inciso 1°, de la Carta Constitucional.

El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, fue su tesis, implica condenar la contaminación acústica, “proveniente de las radioemisoras de vehículos de los feriantes; la contaminación del aire debido a los malos olores, como son los que produce el amontonamiento de basura, los excrementos y, en general, los desechos, particularmente, los de mariscos y pescados, y la contaminación visual, consistente en deber soportar los vecinos del sector donde residen, descansan, crecen y juegan sus hijos, reciben a su familia y amistades, el aspecto degradante de la basura en las calzadas y en los patios o antejardines, de excrementos y desechos de pescado y otros, que alteran la estética, el orden y la decencia, esenciales para el enaltecimiento espiritual”.

“El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no admite interrupciones, cual es el caso de aquellas que imponen tener que soportar durante varias horas en días determinados, las contaminaciones que se han explicado; este derecho debe ser absoluto, puesto que está basado en la dignidad del ser humano.”

Cabe destacar que el artículo 19, N° 8, al igual que todas las demás disposiciones constitucionales, tiene el carácter de una norma jurídica, de un precepto de obligado acatamiento, con obligatoriedad inmediata y aplicación directa “tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo”, de acuerdo con el principio de la vinculación de las normas constitucionales establecido en el artículo 6° del Código Político, criterio confirmado por el Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N° 46, de 21 de diciembre de 1987.

“Que estos preceptos –los de los artículos 1°, 4°, 5°, inciso 2°, y 19 de la Constitución– no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución.”

Además, apuntó en ese fallo el Tribunal Constitucional, “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, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia al-

gún precepto de ella”. De esta manera, siendo “deber del Estado”, como dice el artículo 19, N° 8, del Código Fundamental, “tutelar la preservación de la naturaleza”, el circuito de ideas que consagra el respeto a la persona humana como idea rectora de la sociedad, como razón de ser del Estado, y de su finalidad, que es el bien común, ha venido a complementarse con el elemento ambiental, que precisa la visión del constituyente dentro de una modalidad específica de desarrollo, la del desarrollo sustentable, cuya tesis atiende al entorno humano y biodiversificado en que se dan las actividades productivas, comerciales o de servicio.

“Medio ambiente libre de contaminación –expresa el artículo 2º, letra m), de la Ley de Bases del Medio Ambiente, N° 19.300, de 1994– es aquel en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquellos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental.”

“Desarrollo sustentable –agrega la letra g) del mismo artículo 2º de esta ley– es el proceso de mejoramiento sostenible y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras.”

Las regulaciones concebidas para el Estado en general, también y con mayor razón se imponen entonces y particularmente a la función administrativa nacional, cuyo titular es el Presidente de la República, distinta y diferenciada del Estado-legislación y del Estado-jurisdicción, que se presentan como encargados de debatir las ideas esenciales del ordenamiento jurídico (artículo 60, N° 20, y disposición sexta transitoria), y de aplicar la ley en los distintos tipos de conflictos que resuelven a través de las causas de que conocen (artículos 73, 81, 84 y 87). En los términos antes analizados, la Administración del Estado es una actividad del Estado orientada al desarrollo sustentable, social, cultural y económico del país, conforme a políticas, planes y programas nacionales, regionales y locales.

53. LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO ES UNA ADMINISTRACIÓN CONFORMADORA SOCIAL: NACIONAL, REGIONAL, PROVINCIAL Y COMUNAL. La Ad-

ministración del Estado aparece estructurada, así, como una Administración conformadora social, modelada como un complejo orgánico de tres grandes niveles: nacional, regional-provincial y local, que serán estudiados en el capítulo undécimo de esta obra, con la misión esencial de atender la calidad de vida de la población y prever su desenvolvimiento futuro; ser capaz de generar políticas, planes y programas, globales y sectoriales, acordes con la geografía física, social y económica del país, para prevenir, afrontar y dar solución a los conflictos sociales y económicos que se originen al interior de la sociedad chilena, y para estimular y regular las condiciones ambientales en que se desenvuelve la vida personal, familiar y societaria de la población del país, procurándose los medios humanos, materiales y tecnológicos necesarios para asumir esas tareas y atender tales finalidades.

De lo anterior se deduce, en consecuencia, que la función administrativa no puede modelarse sólo desde la verticalidad de los preceptos constitucionales reguladores de las atribuciones y funciones del Presidente de la República, pues funcionalmente se despliega y extiende en forma horizontal, en un cuadro institucional que inicia su recorrido en la Presidencia de la República y se proyecta hasta las municipalidades a nivel local, pasando por los gobiernos regionales y los servicios públicos nacionales y regionales, articulando así organismos de distinta categorización en una función estatal de grandes proyecciones ante el país, orientada hacia el desarrollo social, cultural y económico de la República, responsable de planificar y ejecutar una política nacional de desarrollo “al servicio de la persona humana” y en un contexto de equilibrio ambiental que resguarde la naturaleza y tienda a mejorar la calidad de vida de todos los habitantes del país.

En síntesis, la Constitución Política de la República contiene normas obligatorias de aplicación inmediata para todos los órganos y sujetos jurídicos de la nación, y según ellas el Estado de Chile tiene una razón de ser: estar al servicio de la persona humana; una finalidad: promover el bien común, entendida como la búsqueda de un desarrollo sustentable para la nación; y un instrumento de acción: las políticas de desarrollo, expresadas en planes y programas que las materialicen a nivel nacional, regional y local, dentro de la Constitución y las leyes.

54. POR DEFINICIÓN Y NATURALEZA, EL PRINCIPIO DE LA SERVICIALIDAD DEL ESTADO NO RESTRINGE LAS FORMAS ORGANIZACIONALES A LOS SOLOS TIPOS TRADICIONALES DE SERVICIO PÚBLICO Y DE PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO ADMINISTRATIVO: LOS CASOS DEL CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN, CONSEJO DE SEGURIDAD NACIONAL, FONDO NACIONAL DE DESARROLLO REGIONAL, FONDO COMÚN MUNICIPAL, ASOCIACIONES DE MUNICIPALIDADES Y LOS SERVICIOS DERIVADOS. La Administración del Estado de Chile ha sido sistematizada por la doctrina y la jurisprudencia, como ha podido apreciarse en los tres primeros capítulos de esta obra, atendiendo a dos nociones principales: la noción de servicio público y la noción de persona jurídica.

Atendiendo a la idea de servicio público, la jurisprudencia administrativa al año 1970, en el dictamen N° 64.792, afirmaba que los servicios públicos se clasificaban atendiendo a la personalidad jurídica; que aquellos que carecían de personalidad constituían servicios fiscales, dependientes o de administración central, y que los personificados o autónomos podían asumir la forma de instituciones, sea fiscales o semifiscales, o de empresas del Estado, atendiendo a los fines que el Estado estaba llamado a cumplir por medio de ellos, sociales en el primer caso, económicos en el segundo.

“La Contraloría General cumple con hacer presente ante todo, y desde un amplio punto de vista –dijo ese informe en derecho–, que los servicios públicos se encuadran dentro del sector fiscal o de administración central, y del sector autónomo o de administración descentralizada, según la personalidad jurídica que los habilite para actuar y atendiendo a la naturaleza de sus recursos.”

Buscando reemplazar la tesis-imagen de los servicios públicos que hablaba de lo social, por la década del 1980 se insistió en la idea de persona jurídica, sosteniéndose que todos los organismos de la Administración Pública eran reconducibles a las figuras jurídicas de la corporación o de la fundación. Se trata de “mostrar en lo técnico-jurídico –dirá el profesor Eduardo Soto– cómo la Administración del Estado, más que un conjunto de servicios públicos centralizados y descentralizados, noción por lo demás difícil de asir jurídicamente y de escasa utilidad operativa en lo organizacional, es un conjunto de personas jurídicas estatales, públicas, administrativas, noción ésta de persona jurídica no sólo técnicamente adecuada en dere-

cho sino sobre todo perfectamente delimitada en lo conceptual y suficientemente precisa en sus efectos operativos”.

Pues bien, por aplicación de la razón de ser del Estado: servir a la persona humana, y a su finalidad: promover el bien común, la Constitución Política de la República no sólo hizo suyas las categorías de la centralización y de la descentralización y los consiguientes tipos de servicios centralizados y descentralizados, como lo denota en sus artículos 3º, 55 y 62, inciso 4º, numeral segundo, sino que acudió también a otras formas administrativas para alcanzar los fines públicos, figuras que no responden a las características de aquéllos ni de éstos.

Es el caso de los consejos, de los fondos y de los servicios públicos derivados de otros órganos u organismos del sector público.

Los artículos 19, Nº 12, 6º; 95, 104, inciso 2º, y 111, tercera parte, de la Carta Fundamental, en efecto, establecen el Consejo Nacional de Televisión, el Consejo de Seguridad Nacional, el Fondo Nacional de Desarrollo Regional y el Fondo Común Municipal, como órganos del Estado-nación que no responden a la tipología que caracteriza a los servicios públicos ni a las personas públicas, como debería haber ocurrido de haberse respetado aquellas ideas generalmente aceptadas, y su artículo 62, inciso 4º, Nº 2, dice que sólo en virtud de ley de iniciativa del Presidente de la República pueden crearse servicios públicos y empleos rentados *de las* empresas del Estado y de las municipalidades.

19. La Constitución asegura a todas las personas:

12, *inciso 1º*. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

12, *inciso 6º*. Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo.

Artículo 62, inciso 4º. Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República, la iniciativa exclusiva para:

2º. Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semi-fiscales, autónomos, de las empresas del Estado o municipales; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones.

Artículo 95, inciso 1º. Habrá un Consejo de Seguridad Nacional, presidido por el Presidente de la República e integrado por los presidentes del Senado y de la Corte Suprema, por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, por el General Director de Carabineros y por el Contralor General de la República.

Artículo 104. Para el gobierno y administración interior del Estado a que se refiere el presente capítulo se observará como principio básico la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo. Las leyes que se dicten al efecto deberán velar por el cumplimiento y aplicación de dicho principio, incorporando asimismo criterios de solidaridad entre las regiones, como al interior de ellas, en lo referente a la distribución de los recursos públicos.

Sin perjuicio de los recursos que para su funcionamiento se asignen a los gobiernos regionales en la Ley de Presupuestos de la Nación y de aquellos que provengan de lo dispuesto en el N° 20 del artículo 19, dicha ley contemplará una proporción del total de los gastos de inversión pública que determine, con la denominación de fondo nacional de desarrollo regional.

Artículo 111. Las municipalidades gozarán de autonomía para la administración de sus finanzas. La Ley de Presupuestos de la Nación podrá asignarles recursos para atender sus gastos, sin perjuicio de los ingresos que directamente se les confieran por la ley o se les otorguen por los gobiernos regionales respectivos. Una ley orgánica constitucional contemplará un mecanismo de redistribución solidaria de los ingresos propios entre las municipalidades del país con la denominación de fondo común municipal. Las normas de distribución de este fondo serán materia de ley.

En el mismo sentido, llaman la atención por su originalidad las asociaciones de municipalidades, consultadas en el artículo 107, inciso 4º, de la Carta Fundamental, en cuanto expresión de acción municipal conjunta para realizar así funciones consistoriales.

¿Qué son estos consejos y fondos?

¿Qué son los servicios derivados de otros órganos y organismos del sector público?

¿Y las asociaciones de municipalidades?

54. A. LOS CONSEJOS. Desde luego, la voz consejo es un término clásico en el derecho administrativo. En la época monárquica dio fisonomía a la administración española de los Austrias para ser reemplazada por las autoridades unipersonales de tiempos de los Borbones, y luego, en el período posrevolucionario francés, se acudió a los órganos colegiados para complementar la administración napoleónica.

“Bajo la antigua monarquía –anota Alexis de Tocqueville– nunca se habían conocido más que dos modos de administrar: en los lugares en que la administración estaba confiada a un solo hombre, éste actuaba sin el concurso de ninguna asam-

blea; allí donde existían asambleas, el poder ejecutivo no estaba confiado a nadie en particular; la asamblea no solamente gobernaba y supervisaba la administración, sino que administraba por sí misma o por comisiones temporales que ella nombraba.”

“Como no se conocían más que estas dos maneras de actuar, cuando se abandonó la una, se adoptó la otra. Es bastante extraño que no se hubiera pensado nunca en reunir los dos sistemas, y distinguir, sin separarlos, el poder que debe ejecutar del que debe supervisar y prescribir. Esta idea que parece tan simple no se les ocurrió y no ha sido descubierta hasta el presente siglo. Es, por así decirlo, el único gran descubrimiento en materia de administración pública que hemos realizado” con posterioridad a la Revolución.²

De aquí surgió aquel adagio que ilustró tantas páginas de administración: *Agir est le fait d'un seul, délibérer est le fait de plusieurs; Amministrare e fatto di un solo, far legge e giudicare son fatti di molti.*

El consejo, los órganos pluripersonales, apareció así como un órgano más bien consultivo. “El Consejo, como se llama comúnmente la corporación auxiliar de los agentes administrativos –dirá don José Domingo Amunátegui–, no ha tener ninguna facultad ejecutiva que limite la enérgica i pronta manifestación de la actividad i que reduzca o divida la responsabilidad resultante de los actos correspondientes. Ha de organizarse sobre bases que lleven ilustración en la preparación de los actos administrativos i garantía para el cumplimiento de las leyes i para los funcionarios que, bajo la dependencia del agente unipersonal, pudieran verse espuestos a las consecuencias de una voluntad intemperante.”

“Se deduce de lo espuesto que las corporaciones administrativas son puramente consultivas, es decir, que sus resoluciones, o consejos, mejor denominados, no obligan al ejecutante, responsables del acto, ni tampoco deben atribuírseles facultades activas que conduzcan a la irresponsabilidad propia del desorden.”³

²Tocqueville, Alexis de, *op. cit.*, págs. 249 y 250.

³Amunátegui Rivera, J. Domingo, *Tratado jeneral...*, cit., pág. 107.

Bajo el Estado social, estos consejos fueron integrados a los servicios descentralizados funcionales, como una forma de integración social. De allí que las instituciones, semifiscales y fiscales, y las empresas del Estado contaran con un órgano unipersonal, ejecutivo, y un órgano colegiado, deliberante y normativo.

La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado no contemplaba la posibilidad de que existieran órganos colegiados en los servicios públicos, pero luego de la reforma que le introdujo la Ley N° 18.891, de enero de 1990, permitió, en el artículo 28, su existencia, aunque postulando su excepcionalidad. “En circunstancias excepcionales –dispone este precepto– la ley podrá establecer consejos u órganos colegiados en la estructura de los servicios públicos con las facultades que ésta señale, incluyendo la de dirección superior del servicio.”

La Constitución Política de la República, sin embargo, no había rehuido la técnica colegiada, pues sus artículos 19, N° 12, inciso 6°, y 95, como ha podido advertirse, guiados ante todo por la razón de ser del Estado de Chile y su finalidad constitucional, reeditaron la técnica organizacional colegiada al crear el Consejo Nacional de Televisión, que es un organismo personificado que tiene a su cargo el control de la televisión chilena, y el Consejo de Seguridad Nacional, que es un órgano superior de seguridad, de carácter consultivo y asesor del Presidente de la República, Congreso Nacional y Tribunal Constitucional, que carece de personalidad jurídica.

54. B. LOS FONDOS . ¿Y qué son los fondos?

“El Fondo Nacional de Desarrollo Regional –dice el artículo 73 de la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional, N° 19.175– es un programa de inversiones públicas, con finalidades de compensación territorial, destinado al financiamiento de acciones en los distintos ámbitos de infraestructura social y económica de la región, con el objeto de obtener un desarrollo territorial armónico y equitativo.

El Fondo Común Municipal, precisa por su parte el artículo 12, inciso 2°, de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, N° 18.695, es “un mecanismo de redistribución solidaria de recursos financieros entre las municipalidades del país”.

Artículo 73, inciso 1º, primera parte. El Fondo Nacional de Desarrollo Regional es un programa de inversiones públicas, con finalidades de compensación territorial, destinado al financiamiento de acciones en los distintos ámbitos de infraestructura social y económica de la región, con el objeto de obtener un desarrollo territorial armónico y equilibrado.

Artículo 12, inciso 2º. Para garantizar el cumplimiento de los fines de las municipalidades y su adecuado funcionamiento, existirá un mecanismo de redistribución solidaria de recursos financieros entre las municipalidades del país, denominado Fondo Común Municipal...

Según estas normas legales, el Fondo Nacional de Desarrollo Regional “es un programa de inversiones públicas”, es decir, una serie ordenada de operaciones encaminada a realizar un plan de aplicaciones financieras en las regiones del país, y el Fondo Común Municipal, “un mecanismo de distribución solidaria de recursos financieros entre las municipalidades del país”, esto es, un medio práctico de allegar dineros a los municipios que lo requieran, conforme a la ley; lo cual revela que para administrar estos importantes recursos del Estado, no existe una organicidad del tipo de las sustentadas con anterioridad por la doctrina y la jurisprudencia.

54. C. LAS ASOCIACIONES DE MUNICIPALIDADES. El inciso 4º del artículo 107 de la Constitución Política de la República dispuso que las municipalidades podrían asociarse entre sí para facilitar el cumplimiento de las finalidades que les señalaba la Carta Fundamental y la respectiva ley orgánica constitucional.

Artículo 107, inciso 4º, primera parte. Las municipalidades podrán asociarse entre ellas para el cumplimiento de sus fines propios.

La Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades agregó en su artículo 131 que procedía la asociación entre municipios, “pertenezcan o no a una misma provincia o región”, precisando sus fines en “facilitar la solución de problemas que les sean comunes o lograr el mejor aprovechamiento de los recursos disponibles”.

Al reseñar las principales cláusulas del convenio de asociación, el artículo 132, en su letra d), señala que aquella solución de problemas y dicho mejor aprovechamiento de recursos podía concretarse en “servicios... u obras”.

Agrega que el respectivo convenio debe consignar “el municipio que tendrá a su cargo la administración y dirección” de tales servicios u obras.

Artículo 132. Los convenios que celebren las municipalidades para crear asociaciones municipales deberán consultar, entre otros aspectos, los siguientes:

d) El municipio que tendrá a su cargo la administración y dirección de los servicios que se presten u obras que se ejecuten.

De esta manera ha surgido a la vida del derecho administrativo un ente que carece de personalidad jurídica y sin embargo presta servicios y puede construir obras; una entidad que no teniendo atribución alguna, tiene capacidad, no obstante para ejecutar actos o celebrar contratos; una asociación, en fin, que comparte competencias edilicias con las municipalidades que la han formado, careciendo de forma administrativa.

54. D. LOS SERVICIOS DERIVADOS DE ÓRGANOS Y ORGANISMOS DEL SECTOR PÚBLICO.

54. D. A) EL ARTÍCULO 62, INCISO 4º, Nº 2. Pero no sólo en este aspecto la Constitución Política ha innovado en el cuadro clasificatorio conocido a 1970, también lo hizo en otra faceta organizacional importante al reconocer en su artículo 62, inciso 4º, numeral 2, la existencia de servicios de carácter derivado, en tanto y en cuanto señala que por una ley de iniciativa del Primer Mandatario podrán crearse “nuevos servicios públicos o empleos rentados... de las empresas del Estado o municipales”.

Artículo 62, inciso 4º. Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República, la iniciativa exclusiva para:

2º. Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semi-fiscales, autónomos, de las empresas del Estado o municipales; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones.

La frase “de las empresas del Estado o municipales” que emplea la Carta Fundamental al valerse de ese complemento del nombre: “crear nuevos servicios públicos o empleos rentados” que la antecede, delimita, precisando, a qué nuevos servicios públicos o empleos rentados se está refiriendo: a los de las empresas del Estado o municipales.

La creación de servicios públicos de las empresas del Estado y de las municipalidades, es, así, por mandato de este precepto, materia propia de ley ordinaria de iniciativa exclusiva

del Presidente de la República; por lo mismo, sólo puede referirse a los de carácter social o cultural, según los casos, pero no a los de tipo empresarial, pues estos últimos no pueden nacer de ley común, desde el instante que requieren de ley de quórum calificado, atendido lo dispuesto por el artículo 19, N° 21, del Código Político.

Las empresas del Estado y las municipalidades pueden crear servicios públicos, entonces, en tanto cuenten con autorización legal, genérica o específica, para hacerlo.

¿Cuáles son estos servicios públicos derivados?

¿Qué figura jurídica conforma este tipo administrativo de servicios públicos?

La respuesta a esta interrogante puede hallarse en la jurisprudencia que desde antiguo se ha referido a qué es y cómo ha de prestarse un servicio municipal.

La vivencia concreta que tienen los municipios en materia de servicios municipales, por ser organizaciones incorporadas desde el alba de la nacionalidad a la institucionalidad chilena, las hace acumular una gran experiencia administrativa, porque las leyes orgánicas que las han regido normalmente las han autorizado para crear servicios municipales, lo que abona su experiencia en este campo.

Así, la Ley N° 11.860, de 1955, que rigió a las corporaciones edilicias durante casi veinte años, disponía en sus artículos 51 a 55 que las municipalidades tendrían atribuciones relativas a “la policía de salubridad”, “la policía de comodidad, ornato y recreo de los caminos y obras públicas costeadas con fondos municipales”, a “promover la educación, la agricultura, industria y comercio; de cuidar de las escuelas primarias y demás establecimientos de educación que se paguen con fondos municipales, y de auxiliar a la Beneficencia Pública”, a la administración de “los servicios locales, en general”, y “de promover el bien general del Estado y particular del territorio municipal”, agregando en su artículo 57 que los servicios municipales podrían “ser objeto de concesiones o arrendamiento”, siempre que así se acordare por los dos tercios de los Regidores en ejercicio y fuere ratificado por la Asamblea Provincial respectiva.

Aplicando esta norma, la jurisprudencia administrativa concluyó que “un hotel y restaurant construido por una municipalidad es un servicio municipal, y su arrendamiento o concesión

debe cumplir con las exigencias prescritas en el artículo 57” (dictamen N° 6.730, de 1944); y que si bien los mataderos eran un servicio municipal por disposición del artículo 51, N° 4º, de la ley, nada obstaba a que pudiera entregarlo en concesión, observando los requisitos establecidos por la Ley N° 11.860, de 1955 (dictamen N° 58.141, de 1954).

El Decreto Ley N° 1.289, de 1975, que reemplazó esa ley, derogándola, también reguló en forma explícita la posibilidad de que los municipios establecieran servicios públicos derivados.

Su artículo 60 previno que “los alcaldes podrán otorgar concesiones administrativas de servicios municipales”, sin perjuicio de que en “casos calificados –como decía el artículo 55–, cuando se trate de atender necesidades imprescindibles que no puedan ser satisfechas por particulares, podrán establecerse empresas municipales. Ellas sólo podrán actuar en el ámbito de competencia municipal y tendrán por objeto atender actividades de equipamiento o de servicios asistenciales, recreativos, culturales y cualesquiera otras tendientes a satisfacer necesidades comunales o intercomunales”.

El inciso 2º del artículo 55 agregaba que “estas empresas podrán ser municipales o intermunicipales. Asimismo, las municipalidades podrán integrar empresas formadas por el Estado o empresas de economía mixta, sin que rijan limitaciones de ninguna especie en cuanto a porcentajes de capital o de control mayoritario municipal en su administración”.

Atendida esta tradición, no ha de extrañar que ya por sentencia de 5 de julio de 1919 la Corte de Apelaciones de Valparaíso haya sostenido que “no puede una municipalidad renunciar a sus facultades sobre el servicio público de aseo, aunque por contrato se confíe o encargue a una persona o empresa”, y que el Tribunal Constitucional, por fallo de 16 de marzo de 1992, aseverara que las “disposiciones que facultan a las municipalidades para otorgar concesiones encaminadas a la prestación de determinados servicios municipales o a la administración de establecimientos o bienes específicos que posean a cualquier título”, eran “propias de ley común”.

La Contraloría General de la República, por dictamen N° 7.871, de 1983, concluyó, a su vez, que son servicios municipales “los que presta una municipalidad, sea en el ejercicio de sus facultades privativas, supletorias o conjuntas”, agregando el

dictamen N° 6.501, de 1984, que “la expresión servicios municipales está referida a los servicios que las municipalidades prestan en cumplimiento de sus funciones y de acuerdo con las facultades que les ha conferido el legislador para atender las necesidades cuya satisfacción les ha sido encomendada. No se extiende a aquellos servicios que se refieren a su funcionamiento interno”.

En general, se ha reconocido por la jurisprudencia, los servicios municipales han de prestarse por las corporaciones consistoriales a través de sus propios recursos humanos, materiales y financieros, salvo que por razones que corresponde apreciar a la autoridad administrativa sea necesario entregarlos en concesión a terceros, bajo la responsabilidad del municipio.

Así, se ha dicho, la compra, instalación, mantención de los elementos necesarios y la realización de revisiones de vehículos motorizados, es un típico servicio municipal de aquellos que el municipio está obligado a prestar con sus propios recursos, a menos que no cuente con estructura material o humana, en cuyo caso puede entregarlo en concesión a un tercero (dictamen N° 2.913, de 1984); el servicio de alumbrado público de las calles, avenidas, plazas y espacios públicos en general, es responsabilidad del municipio (dictamen N° 17.589, de 1986); el aseo y ornato de la comuna constituye un servicio municipal (3.855, de 1992), como es un servicio municipal, debe ser prestado con sus propios recursos materiales, financieros y humanos, a menos que no esté en condiciones de prestarlo de esta manera, en cuyo caso corresponde que lo entregue en concesión a un particular (dictamen N° 86.155, de 1990); lo mismo cabe decir de la mantención de las áreas verdes de la comuna (dictamen N° 1.905, de 1992).

En efecto, precisó el dictamen N° 12.864, de 1995, “en la concesión de servicio, la municipalidad entrega a un particular, persona natural o jurídica, la atención de un servicio municipal destinado a satisfacer necesidades de la comunidad local, por su cuenta y riesgo, por un tiempo determinado y en las condiciones y bajo la vigilancia que la municipalidad establezca, pudiendo traducirse en el pago, por parte del municipio, de una determinada suma de dinero al concesionario, en el pago de derechos municipales por parte de este último o en el derecho del particular de explotarlo y obtener beneficio de ello, según corresponda, sin perjuicio de los derechos y res-

ponsabilidades de la municipalidad y sin que ello implique el traspaso de sus funciones y potestades”.

En todo caso, “en lo sustancial, el régimen jurídico de las concesiones municipales es el mismo, ya sea que se trate de concesiones de servicios, de establecimientos o de bienes, esto es, para su otorgamiento es preciso que se haga previa licitación pública, salvo que se den los supuestos legales para hacerlo por propuesta privada o mediante contratación directa, y además se requerirá el acuerdo del Concejo para otorgarlas, renovarlas y ponerles término. En este sentido, distinguir entre uno y otro tipo de concesiones sólo tiene un interés conceptual pero no respecto del régimen jurídico aplicable”.

54. D. B) CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO DERIVADO: LA SUPLENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS, LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y LA CONSTITUCIÓN O PARTICIPACIÓN DE O EN OTRAS PERSONAS JURÍDICAS. Del artículo 62, inciso 4º, numeral 2, y de la jurisprudencia transcrita anteriormente se deduce, entonces, que hay servicios públicos de origen municipal que consisten normalmente en concesiones, en que determinados sujetos jurídicos, por medio de un acto administrativo traslativo, pasan a asumir la gestión de una función municipal, es decir, de una actividad que la Constitución o la ley consagran como propia de su ámbito de autoridad y responsabilidad.

Mutatis mutandis puede decirse, entonces, que los servicios públicos derivados de un organismo público administrativo también han de definirse atendiendo a un criterio funcional: para que existan como tales deben ejercer, previo acto traslativo basado en ley específica o genérica, una función que es propia del servicio público originario.

En el ordenamiento administrativo, estos servicios derivados pueden ser servicios públicos originarios actuando en función delegada o particulares a quienes se les titulariza para realizar la respectiva función.

Servicios públicos actuando en función delegada, porque la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 35, permite la suplencia de servicios públicos, previo convenio suscrito entre los jefes superiores de los que se encuentran involucrados en la prestación aprobado por decreto supremo, cuando los servicios son nacionales, y por resolución del intendente, si los servicios son regionales.

Artículo 35. En aquellos lugares donde no exista un determinado servicio público, las funciones de éste podrán ser asumidas por otro. Para tal efecto, deberá celebrarse un convenio entre los jefes superiores de los servicios, aprobado por decreto supremo suscrito por los Ministros correspondientes. Tratándose de convenios de los servicios a que se refiere el artículo 27, serán aprobados por resolución del respectivo Intendente.

Servicios públicos prestados por particulares, ya que nada obsta a que previa autorización de ley ordinaria o de ley de quórum calificado los órganos y organismos del sector puedan investir a particulares de la facultad de realizar la correspondiente prestación, sea otorgándoles una concesión o constituyendo o participando en personas jurídicas de derecho privado de carácter social, cultural o económico.

En primer lugar, el servicio delegado a particulares puede crearse por concesión, por cuanto, por una parte, el Tribunal Constitucional admitió en el fallo Rol N° 145, de 16 de marzo de 1992, que el artículo 69, N° 10, permitía entregar en concesión servicios estatales o municipales, y por la otra, el artículo 6° de la actual Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, N° 18.695, de 1989, v. gr., dice al efecto que de igual modo, o sea, a fin de atender las necesidades de la comunidad local, las municipalidades “podrán otorgar concesiones para la prestación de determinados servicios municipales”, modalidad de acción que según el dictamen N° 18.127, de 1988, de la Contraloría General de la República, nunca estuvo restringida en las corporaciones edilicias, ni siquiera ante la inexistencia de una norma expresa que reconociera su procedencia.

“Aun en el texto original de la ley –afirmó este dictamen–, se comprendía a las concesiones de servicios y los convenios para realizar labores coordinadas con entes privados a fin de dar cumplimiento a sus funciones. Así fluye de la historia fidedigna del establecimiento de este artículo. Con todo, en ningún caso puede existir traspaso de atribuciones o potestades municipales, por cuanto ello implicaría infringir la normativa de la Constitución Política, cuyos artículos 6° y 7° consagran el principio de la legalidad, en relación con el artículo 2° de la Ley N° 18.575, y 107, relativo a las atribuciones y finalidades de las municipalidades.”

En segundo lugar, el servicio derivado puede crearse por la constitución de una entidad de forma privada por parte de un órgano u organismo del sector público, o por su participación

en ella, en ambos casos con el objetivo de que ejerza funciones que les están asignadas como propias, sea por mandato legal específico o por acto voluntario suyo autorizado por la ley, respetando, por supuesto, de ser procedente, el mandato del artículo 19, N° 21, que requiere de ley especial o general de quórum calificado para desarrollar actividades empresariales.

Los artículos 55 y 60, N° 9, de la Constitución Política de la República, y 6° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en efecto, permiten afirmar la existencia de servicios derivados, al ser coordinados con el artículo 62, inciso 4°, N° 2.

Estos preceptos mencionan-caracterizan a las empresas en que el “Fisco tenga intervención por aportes de capital” o “aquellas en que éste tenga participación”, admitiendo expresamente la relación organismos administrativos originarios-organismos derivados en el campo económico.

Artículo 55, inciso 1°, primera parte. Los cargos de diputados y senadores son incompatibles entre sí y con todo empleo o comisión retribuidos con fondos del Fisco, de las municipalidades, de las entidades fiscales autónomas, semifiscales o de las empresas del Estado o en las que el Fisco tenga intervención por aportes de capital, y con toda otra función o comisión de la misma naturaleza.

Artículo 55, inciso 2°. Asimismo, los cargos de diputados y senadores son incompatibles con las funciones de directores o consejeros, aun cuando sean ad honorem, en las entidades fiscales autónomas, semifiscales o en las empresas estatales, o en las que el Estado tenga participación por aporte de capital.

Artículo 60. Sólo son materias de ley:

9) Las que fijen las normas con arreglo a las cuales las empresas del Estado y aquellas en que éste tenga participación puedan contratar empréstitos, los que en ningún caso podrán efectuarse con el Estado, sus organismos o empresas.

LOCBGAE. Artículo 6°, inciso 1°. El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales.

Según esta línea de pensamiento, bien puede sostenerse, entonces y de manera general, que son servicios públicos derivados del sector público aquellos constituidos por los órganos y organismos públicos para atender funciones que les son propias, previa norma legal autorizatoria que así lo permita, como ocurre desde luego en el ámbito municipal, independientemente de la forma que ellos asuman y del régimen jurídico a que se hallen sometidos.

54. E. EL PRINCIPIO DE LA FINALIDAD DEL ESTADO HA LIBERADO LOS MEDIOS DE ACTUACIÓN ESTATAL, DENTRO DE LA LEY. Las disposiciones constitucionales y legales que se han citado precedentemente demuestran, entonces, que la Constitución Política de la República no busca establecer un encuadramiento administrativo rígido dentro de formas públicas predeterminadas, modelando a priori ciertas categorías y tipos de órganos y organismos públicos, sino que se halla animada más bien del espíritu de viabilizar el principio matriz de la servicialidad del Estado a través de medios o formas organizacionales aptos para alcanzar los fines asignados dentro del objetivo genérico de servir a la persona humana y de promover el bien común.

Como indicara el señor Sergio de Castro en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución el 4 de julio de 1978, en su calidad de Ministro de Hacienda, a propósito de la no discriminación en materia económica, en el trato que debe dar el Estado a los particulares, este principio “tiene por objeto obligar al Estado a resolver determinados problemas en el ámbito económico y financiero recurriendo a ciertos instrumentos y no a otros”; “que un principio fundamental es que el Estado sea subsidiario, por lo cual no cree que eso se pueda lograr si no existe un trato absolutamente igualitario para el Estado y las empresas privadas”, pero que hay que dejar en claro “que la norma recién analizada no impide ninguna actividad del Estado, porque si alguna de ellas debe pagar impuestos, aquél debe reconocerlo en un presupuesto, documento que permite verificar el costo de esa actividad”.⁴

55. EL SERVICIO A LA PERSONA HUMANA Y LA FINALIDAD DE BIEN COMÚN LLEVARON A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA A ESTIMULAR Y REGULAR LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DE LA INSTITUCIONALIDAD. La primacía asignada por la Constitución Política de la República a la finalidad del Estado por ella consagrada: promover el bien común en los términos en que lo define su artículo 1º, no sólo implicó una liberación de formas administrativas, buscando aptitud antes que categoriza-

⁴ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política, sesión 393ª, celebrada en martes 4 de julio de 1978, páginas 3004, 3008 y 3010.

ción formal, sino que llevó también a la Carta Fundamental a estimular la participación ciudadana, haciendo que la razón de ser del Estado fuera un factor de identidad nacional asumido por el Estado-nación y no sólo por el Estado-persona jurídica o por el Estado-sector público.

Los artículos 1º, incisos 3º y 5º; 102, inciso 1º; 107, inciso 5º, y 108, inciso 2º, se ocupan de regular esta participación.

Artículo 1º, inciso 3º. El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

Inciso 5º. Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Artículo 102, inciso 1º. El consejo regional será un órgano de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador, dentro del ámbito propio de competencia del gobierno regional, encargado de hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional y ejercer las atribuciones que la ley orgánica constitucional respectiva le encomiende, la que regulará además su integración y organización.

Artículo 107, inciso 2º. Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.

Artículo 108, inciso 2º. El concejo será un órgano encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local, ejercerá las funciones normativas, resolutivas y fiscalizadoras y otras atribuciones que se le encomienden, en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva.

Por años, el legislador ha venido consultando la participación ciudadana en la Administración como un factor social importante para la vida del país, generador de una fuerza de acción nacional, regional o local, al entendérsela en lo que realmente es, no autorreferencia sino expresión de identidad-disciplina social.

Los ejemplos más destacados de esta preocupación lo constituyen en el pasado los Consejos de las instituciones semifiscales, que estaban integrados por representantes de los sectores a quienes alcanzaba la función de la respectiva entidad, y la Ley General de Urbanismo y Construcciones, aprobada por DFL N° 458, de 1975, que subordinó y hasta el día de hoy somete a la consideración ciudadana la aprobación de los planes reguladores.

Con este objeto, el artículo 43 de esta ley dispuso y previene que la tramitación de estos planes debe comenzar con la “exposición al público del proyecto de plan regulador comunal para que los interesados formulen por escrito, en el plazo de quince días, las observaciones que estimen convenientes, las que deberán ser oportunamente puestas en conocimiento del concejo respectivo”.

“La exposición al público –señaló el dictamen N° 21.503, de 1990– tiene por finalidad darlo a conocer a todas las personas de la comuna para que quienes tengan interés directo o indirecto en el plan puedan formularle las observaciones que estimen convenientes.” Este trámite es obligatorio y su omisión acarrea la ilegalidad de los actos posteriores aprobatorios del plan, de manera que no puede cursarse un decreto alcaldicio modificatorio del plan regulador vigente, si no se ha observado el plazo para formular observaciones u oposición, agregó el dictamen N° 9.530, de 1988. Tampoco puede darse curso a un decreto aprobatorio de un plan regulador comunal, hizo ver el dictamen N° 17.110, de 1988, si habiéndose presentado oposición, ésta “no ha sido aclarada conforme a derecho por la municipalidad, ni por el Ministerio, respecto del dominio alegado en esa oposición”.

Empero, las remisiones legales al principio de la participación o su organización a nivel comunal, no habían tenido hasta ahora una consagración constitucional que permitiera apreciarla como una característica de la sociedad chilena posmoderna, como lo hace la Constitución Política de la República, que la regula como una constante social y no sólo como un fenómeno social aislado o circunstancial.

56. EL SERVICIO A LA PERSONA HUMANA Y LA FINALIDAD DEL ESTADO PREVISTA EN LA CONSTITUCIÓN ALCANZAN TAMBIÉN A LOS PARTICULARES.

56. A. LA VIGENCIA DE LOS AXIOMAS JURÍDICOS CLÁSICOS. El derecho administrativo, siguiendo la tradición que le impuso su nacimiento como disciplina del derecho público interno, se circunscribe al campo estatal en sentido amplio y no abarca los fenómenos que se producen o desarrollan en el mundo privado, ni en las relaciones o zonas de interacción que surgen entre lo público y lo particular.

Es la herencia del mundo de los dos hemisferios, que veía a la sociedad conformada por un sector público y por un sector

privado; regulada por un derecho público y un derecho privado; estructurada en una organización-actuación *iure imperii* y en una organización-actuación *iure gestionis*.

Sin embargo, los cambios que se han sucedido en la sociedad posmoderna han venido impactando con tal fuerza la esfera jurídica que están induciendo al abandono de esa visión societal en aras de explicaciones congruentes con el mundo jurídico real.

Entre estos análisis se cuenta la revisión de algunos axiomas que la memoria ciudadana mantiene vivos por inercia sociológica y cuya vigencia no está del todo demostrada al día de hoy, como sucede con las normas de clausura que sirven de base al derecho público y al derecho privado, y con las explicaciones que ellos ofrecen a priori sobre el contenido y extensión de los campos que abarcan una y otra en la ciencia jurídica.

56. B. EL CAMPO DE ACCIÓN Y EL CONTENIDO DE LAS NORMAS DE CLAUSURA HABLAN DE UNA SUJECCIÓN GENERAL AL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD. Las normas de clausura fueron acuñadas por el viejo pensamiento liberal. Según ellas, en el ámbito público sólo puede hacerse lo que la ley permite y en la esfera privada lo que se quiera, a menos que esté expresamente prohibido.

Las normas de clausura conllevan así una afirmación que se concreta en una moneda de doble faz, a la que se reconoce fuerza de verdad jurídica, y que formula, por una parte, la imagen de una autoridad dotada de potestades públicas pero sometida a sujeción, que requiere de ley expresa para actuar: está sometida a deberes-poderes, se dice; en tanto que por la otra proyecta la idea de un particular en libertad, que hace su propia ley: tiene derechos, de manera que la fuente de producción jurídica privada está en la voluntad individual.

Si dentro de este esquema se busca determinar, entonces, quién tiene deberes frente a la colectividad, ese modo de ver las cosas recurre en forma automática al Estado y margina a los particulares, por reconocer en lo individual un mundo centrado hacia adentro de las situaciones subjetivas y cerrado hacia el exterior, pues se caracteriza por actuar en un círculo estrictamente personal, de lucro o ganancia, distinto y ajeno a cualquiera necesidad que pueda darse en la sociedad, que se entiende no le alcanza.

Sin embargo, las normas de clausura que distinguen el principio de la legalidad para la autoridad de un principio de autonomía de la voluntad para los particulares, no han tenido ni tienen en el ordenamiento jurídico chileno el rol extremo que se les atribuye o reconoce.

Así lo demuestran los artículos 6º y 7º del Código Político, y el artículo 1545 del Código Civil, este último reconocido como cimiento del principio de la autonomía de la voluntad en Chile.

Artículo 6º. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

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.

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.

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

En efecto, los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República no se limitan a sujetar a las autoridades a las normas constitucionales y legales; por el contrario, hacen expresamente extensivas las normas jurídicas a “toda persona, institución o grupo”, a toda magistratura, persona o grupo de personas.

Mal puede, entonces, sobre la base de estas disposiciones, sostenerse la teoría de los dos hemisferios jurídicos, el del derecho público para la autoridad y el del derecho privado para los particulares, porque la Carta Fundamental somete a todos los sujetos jurídicos a la Constitución y a las leyes.

Como se dijera en la sesión 402ª de las celebradas por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, el 14 de julio de 1978, a propósito del actual artículo 6º: “Hay que resaltar esta idea, que representa la aplicación inmediata del derecho

constitucional a todos los chilenos”: “este derecho obliga a toda autoridad, Poder Legislativo, Presidente de la República, Tribunales, particulares y sociedad, y nadie puede desligarse de esta obligación, al contrario de lo que se creía en Chile en cuanto a que el derecho constitucional era una disposición no aplicable directamente, que no regía sin leyes”.

No se destacó en esta oportunidad, por obvia, la obligatoriedad de las leyes, porque ella nunca se ha puesto en duda en los diversos círculos ciudadanos, especializados o no.

Ha sido la época contemporánea más bien la que ha cuestionado los términos de esta sujeción a la ley, al sostener que junto con referirse a materias de orden público y de seguridad externa, como se postuló ya por el Estado constitucional de primera generación, se extiende además a los nuevos ámbitos a los cuales se ha extendido la acción estatal, y que conciernen al orden social y económico, esferas rechazadas inicialmente por el individualismo como propias del Estado, en su confianza en las leyes de la naturaleza y su consiguiente remisión a las leyes del mercado.

Tampoco puede sustentarse la tesis liberal apoyándose en el artículo 1545 del Código Civil, en la medida que este precepto dispone efectivamente que todo contrato es una ley para los contratantes, pero condicionando este efecto jurídico a que se trate de un contrato “legalmente celebrado”, con lo cual antepone y superpone al poderío de la voluntad personal la supremacía de la norma legal, subordinándola al derecho objetivo.

En el mismo sentido se pronuncia la Constitución Política de la República al garantizar a todas las personas dentro del territorio nacional la libertad de desarrollar cualquiera actividad económica. Al consagrar este derecho subjetivo a todas las personas que habitan en el país, agrega que esta actividad deberá ejercerse “respetando las normas legales que la regulen”.

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

Nº 21, inciso 1º. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

Ha de hacerse presente, además, que el recorrido histórico del artículo 7º, inciso 2º, de la Constitución Política de la Re-

pública, en que se ha basado y descansa la doctrina para sostener el principio de la legalidad que circunscribe a la autoridad y amplifica la voluntad, demuestra que su contenido y alcance han nacido de lecturas políticas hechas desde perspectivas diferentes.

En la Constitución de 1833, el inciso 2º del actual artículo 7º se contenía en el artículo 160 –el artículo 6º aparece por primera vez en el Código de 1980–, y durante su vida, que fue larga, puesto que se extendió hasta 1925, en que revivió como artículo 4º, reveló tener dos significados distintos: uno para el peluconismo y otro distinto para el liberalismo que lo sucedió (1871-1920).

Los autoritarios dieron al artículo 160 su extensión literal, en aras del orden; los liberales le impusieron una restricción, circunscribiéndolo a la esfera de la autoridad pública, por entender justamente que estaba en la naturaleza de las cosas que el hombre fuera libre, regido por su ley natural, no por la ley legal.

Artículo 160. Ninguna majistratura, ninguna persona, ni reunión de personas puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que espresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo, es nulo.

El segundo profesor de derecho constitucional con que contara la universidad chilena, el señor Jorge Huneeus, jurista de destacada actuación pública en el siglo pasado en defensa del liberalismo, comienza el análisis de este artículo 160 bajo el sugerente título de “Su verdadera significación”, para expresar enseguida que “este artículo consigna un principio que es fundamental en materias de Derecho Público y en países sujetos al sistema constitucional representativo. En éstos, y tratándose de dichas materias, ni los individuos ni las autoridades, que son meros mandatarios de la Nación, pueden atribuirse ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad ni otros derechos que aquellos que las leyes les hubiesen conferido de una manera expresa. En países regidos por el sistema absoluto, se concibe que las autoridades no tengan en el ejercicio de sus atribuciones otro límite que el de su propia voluntad o capricho. El sistema representativo, que considera a dichas autoridades como meros delegados de la Nación, no consiente

que aquéllas puedan ejercer otras facultades que las que expresamente les confiera el mandato que hubieren recibido, y ese mandato es el que está escrito en la Constitución o en las leyes”.

“En materia de Derecho Privado, el individuo puede hacer todo aquello que la ley no le prohíbe. Ello es y debe ser así, porque el principio del derecho es el individuo, que debe ser libre para obrar en todo aquello que no dañe a la sociedad o en que no ofenda un derecho. En cuanto a la misión de las autoridades, o del Poder Público, ella debe subordinarse, como lo dice Bello, a las leyes que rigen la personalidad del individuo, que es un ser inteligente y libre, y que no podría vivir feliz si dichas autoridades tuvieran un poder limitado o caprichoso.”⁵

La “verdadera significación”, pues, del artículo 160 de la Constitución de 1833, según este autorizado parecer, se encuentra en la distinción entre derecho público y derecho privado.

¿Por qué? Porque “ello es y debe ser así”, se sostiene, leyendo la Carta de 1833 con ojos liberales.

Pero a 1996 esta visión y afirmación apriorística no pueden admitirse como efectivas.

No hay antecedentes jurídicos que respalden una autoridad-gendarme y un particular-libre en los términos del Estado constitucional de primera generación, aquel de los dos hemisferios contrapuestos, el público y el privado: como se ha manifestado, el artículo 6º, en su inciso 2º, dispone expresamente que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a *toda persona, institución o grupo*”, y el artículo 7º, también en su inciso 2º, preceptúa que “ninguna magistratura, *ninguna persona ni grupo de personas* pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

Artículo 6º. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

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

⁵ Huneeus, Jorge, *op. cit.*, tomo II, 2ª edición, págs. 553 y 382.

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

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

Desde este punto de vista, entonces, la filosofía de la persona en dimensión social que contiene la Constitución Política de la República postula realizar una nueva sistematización de lo jurídico-público y de lo jurídico-privado que reconozca las características propias del sector público y del sector privado, pero dentro de parámetros ajustados a lo que en verdad es la realidad de las cosas, sin forzar la vida societaria como ha ocurrido hasta ahora en un sentido ideológico individualista, en que la presentación doctrinal del derecho aparece extremizada en el diseño a priori de los dos hemisferios autosuficientes y opuestos entre sí.

La filosofía constitucional, por lo demás, rechaza una interpretación-aplicación individualista del ordenamiento jurídico, así como la explicación a priori de un principio de la legalidad pública que se conciba como del todo distinto y diferente del de la legalidad privada: congruente con su idea objetivo de que el Estado está al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común, la Carta Fundamental prioriza la acción estatal atendiendo sólo al factor finalidad centrandó su diseño jurídico en la razón de ser del Estado: estar al servicio de la persona humana, y en su finalidad: promover el bien común, promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, más las clásicas del orden y la seguridad, independientemente de la naturaleza de las atribuciones que ejerza y del régimen jurídico que rija su organización y su actuación.

56. C. SEGÚN EL PRINCIPIO DE LA SERVICIALIDAD, EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO ESTÁN SOMETIDOS A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES EN CONDICIONES DE IGUALDAD Y RAZONABILIDAD. En el artículo 1º,

incisos 4º y 5º, la Constitución Política de la República se ha internado por el difícil camino de la búsqueda de una convergencia nacional abierta a todas las fuerzas que hacen país.

De aquí que los artículos 6º y 7º sometan a la Constitución y a la ley a todos los sujetos del Estado-nación, sin distinguir entre sector público y sector privado, autoridades y funcionarios, y particulares.

Junto con consagrar el principio de la supremacía constitucional y de la distribución de competencias públicas, consiguientemente, estos artículos importan, sociológicamente, en el contexto de la Carta Fundamental, situar a los protagonistas de la vida social en un pie de igualdad jurídica ante la colectividad. Se superan, así, aquellas diferencias consagradas por el Estado constitucional de primera generación al colocar al individuo y al Estado en los extremos de la voluntad y la potestad, la libertad y la legalidad, dentro de sus propios hemisferios jurídicos, independientes y separados uno de otro.

Los artículos 6º y 7º del Código Político han sido destacados por el impacto restrictivo que tienen frente al Estado-nación, pero cabe destacar también que igual impacto proyectan esas disposiciones sobre el ámbito particular, que también está sujeto al ordenamiento jurídico, como lo testimonia la preceptiva contenida en la Constitución Política, al garantizar la propiedad y la actividad privada, que no entrega al libre arbitrio de la autonomía de la voluntad individual, sino que las somete al marco de la Constitución y las leyes.

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

15, *inciso 2º.* Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley.

16, *inciso 3º.* Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

21, *inciso 1º.* El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

23, *inciso 2º.* Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.

24, *inciso 2º.* Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la

Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

25, *inciso 4º*. Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior.

La aplicación de las normas constitucionales y legales a toda persona, institución o grupo de personas, la concibe, además, la Carta Fundamental, en términos igualitarios y razonables.

En términos igualitarios, en primer término, porque la Constitución Política de la República repugna y sanciona la discriminación.

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

2, *inciso 2º*. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

3, *inciso 4º*. Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta.

12, *inciso 2º*. La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.

15, *inciso 3º*. Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación.

16, *inciso 3º*. Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

17. La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes;

20, *inciso 2º*. En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.

22, *inciso 1º*. La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

26. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

En términos razonables, en segundo lugar, porque la Constitución Política de la República rechaza y sanciona la arbitrariedad en el ejercicio de las atribuciones públicas.

Artículo 20, inciso 1º. El que por causa de actos u omisiones *arbitrarios* o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 ..., podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjui-

cio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Es nulo, ha dicho la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, todo acto que peca de arbitrariedad.

La orden impartida por el Sargento Jefe del Retén de Cañadón Grande al propietario de un predio para que lo cerque, a fin de evitar la salida de animales al camino, expresó la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, el 5 de octubre de 1989, es ilegal, porque vulnera los artículos 6º y 7º de la Constitución Política y la ley orgánica de Carabineros de Chile, puesto que el personal de Carabineros carece de atribuciones para conminar a los particulares a cercar un terreno de su propiedad, y además “entra en el ámbito de lo carente de la razonabilidad y medida que debe presidir toda actuación administrativa, sujeta la competencia del órgano, como queda patente en el informe agregado a fs. 53, cuyo acápite Nº 5 estima en \$17.632.000 (diecisiete millones seiscientos treinta y dos mil pesos) el costo del cercamiento ordenado por el jefe policial recurrido, suma exorbitante que supera las fuerzas de cualquier patrimonio normal en la región y que hace aparecer, entonces, al acto como arbitrario”.

La circunstancia de que el Gobernador Provincial de Araucó obligue a una persona a prolongar un camino por un predio de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado en lugar de prolongar el trazo existente, dijo la Corte de Apelaciones de Concepción en fallo de 24 de noviembre de 1989, es un acto arbitrario, “desde que es ostensible que dicha resolución rebasa el ámbito de lo razonable, incursionando en el ámbito de lo caprichoso, desde que respetándose aparentemente la legalidad, existe una notoria desviación de fin”.

Y la Corte de Apelaciones de Santiago, el 30 de abril de 1993, precisó que “un acto es ilegal cuando no se atiende a la normativa por la que debe regirse”; “arbitrario, cuando carece de sustentación lógica y se presenta como mero fruto del capricho o la sinrazón”.

Desde otra perspectiva, preciso es recordar en torno al ejercicio de las atribuciones públicas, que en la sesión 50ª de las celebradas por la Comisión Constituyente, del 2 de julio de 1974, se destacó el “problema que es vital a toda organización de nuestra comunidad, que es el ejercicio de buena fe de las

potestades”; “principio que es la clave del Estado de Derecho, que es casi más importante que el sometimiento de las potestades públicas a la Constitución y a la ley: es el sometimiento al principio del derecho, no a un principio meramente moral ni siquiera a un principio jurídico de entidad secundaria, sino a la clave del derecho”.

En la sesión 51^a de las celebradas por la Comisión Constituyente, del 4 de julio de 1974, se hizo ver que “este principio es tan trascendental, tan importante, que en cierto modo va a proyectar todo el espíritu de la Nueva Constitución en forma que se diga claramente que las autoridades, los órganos del Estado deben actuar de buena fe, aplicar las normas sin violentar el espíritu, la finalidad o el objetivo previsto por el legislador”. “La intención del Constituyente –se acotó– es la de que las facultades deben usarse en cuanto ellas se otorgan para perseguir el bien común y para cumplir los propósitos de la institución donde están incorporados y no otros.”

“La explicitación de que el Estado debe promover el bien común –se manifestó en la sesión 402^a, de 14 de julio de 1978–, nació de la preocupación por definir cuál era la finalidad del Estado, de modo que el texto constitucional no fuera un cuerpo neutro que se limitara a ser una trama de órganos que se entrelazan para adoptar decisiones, sino, antes que eso, la expresión de un ente jurídico que tiene una finalidad objetiva a la cual todos sus actos deben tender.”

El servicio a la persona humana, la promoción del bien común, la razonabilidad, la buena fe, son, pues, elementos integrantes del derecho público, y convergentes con las estructuras privadas, en cuanto también el sector público debe actuar conforme a derecho y regirse por el principio de la buena fe, parte integrante del ordenamiento jurídico.

56. D. EL RASGO DIFERENCIADOR DE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO. De las consideraciones formuladas hasta aquí se desprende otro importante corolario a tenerse presente en la construcción jurídica del derecho público chileno: que el mundo constitucional contemporáneo ha variado el eje de diferenciador de lo público y lo privado.

En efecto, siendo el principio de la legalidad una máxima jurídica aplicable a todos los sujetos y actividades del universo jurídico, la diferencia entre el sector público y el sector priva-

do, y las notas o peculiaridades que caracterizan a uno y otro campo de la realidad nacional, no pueden hacerse derivar única y esencialmente del régimen jurídico que rige a esos participantes del escenario societal: público en un caso, privado en el otro, desde el instante que los integrantes de ambos sectores están sometidos a la Constitución y a las leyes.

Tampoco puede encontrarse esa diferencia-peculiaridad en el fin, puesto que tanto el sector público ahora, por mandato del artículo 1º, inciso 4º, del Código Político, como el privado por vocación y tradición prestan servicios al público, buscan, en los términos constitucionales, servir a la persona humana.

Por eso, necesario es concluir que la diferencia-caracterización que tradicionalmente ha permitido distinguir a los sectores público y privado entre sí y hacerlos ser lo que son, radica más bien en el porqué de su actuación, en la causa eficiente que los lleva a actuar, el motivo que los mueve a realizar las actividades que asumen, antes que sólo y exclusivamente en sus orígenes-régimen jurídico, forma-norma:

–El sector público, por definición, ejerce una función pública, esto es, una actuación que se efectúa en nombre y en beneficio de terceros;

–El sector privado, a su vez, realiza sus actividades en nombre propio, movido por un interés personal o corporacional.

Hay un interés nacional, un interés general de la nación, un interés regional, provincial o local, como hay un interés particular, un interés privado de los agentes sociales y económicos, y zonas de actuación exclusivas y compartidas.

Es este interés el motor que mueve a los actores del ámbito jurídico a desempeñarse en las diversas esferas de acción en que proyectan sus actividades.

El artículo 19, en sus números 16, 23 y 24, reconoce aquel interés nacional y su articulado parte de la base, por demás conocida, que existe el interés particular, al cual le presta amparo y garantía a través de las libertades, igualdades y prohibiciones de discriminación, que son su corolario, para permitirle su surgimiento y expansión.

Desde el punto de vista jurídico, por consiguiente, la regulación constitucional-legal de las actividades societarias, tanto públicas como privadas, es un elemento básico del ordenamiento jurídico, apuntado hacia el logro de una cohesión integradora de la pluralidad social.

56. E. APLICACIONES LEGALES DEL NUEVO CONCEPTO DE LEGALIDAD. El principio de la legalidad, según se ha visto, es una máxima de general aplicación en la sociedad chilena, en el sentido de que en cuanto cobertura de superficie jurídica alcanza por igual a autoridades y particulares.

Más allá de ello, la realidad administrativa está mostrando, además, que en su aplicación al sector público el principio de la legalidad está experimentando serios cambios de fondo.

La aceptación por parte de los círculos jurídicos de la norma de clausura del derecho público, como se ha reiterado con anterioridad, radica en la ley como declaración de voluntad legislativa, en cuanto ella es la condicionante-determinante del ser y del actuar de la Administración del Estado, característica que contrastaría con lo que ocurre en el sector privado, en que los particulares actúan con plena libertad, basados en su voluntad personal, por medio de acuerdos de voluntad reveladores del respeto a los demás y de su dinámica privada.

Esta postura doctrinal reitera la visión de la sociedad que tenía el Estado constitucional de primera generación y que fuera modelada por el pensamiento francés, para sostener a la ley como rectora del sector público y a la libertad como impulsora original del sector privado, acuñando aquellos conocidos axiomas que se conocen bajo los nombres de principio de la legalidad y principio de la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, esta oposición entre ley y voluntad, entre norma externa subordinante y habilitación por iniciativa personal, entre actuación por acatamiento en contraste con la actuación espontánea, es un planteamiento que no puede justificarse al día de hoy con el énfasis que autorizaban las creencias clásicas, ya que la Constitución Política y la ley contemplan diversas situaciones administrativas cuya generación se confía a las autoridades administrativas, no obstante que recaen en materias que la ortodoxia jurídica las consideraba y estima como propias del campo de la ley.

Así ocurre con los convenios de suplencia de servicios públicos, con las facultades reconocidas al Banco Central en materia de empleos y remuneraciones de su personal, con las facultades legales que unilateralmente permite la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades asumir a las corporaciones consistoriales, y a nivel constitucional con los convenios de asociación municipal, de transferencia de competencia y los

convenios de programación que consultan los artículos 103 y 104 del Código Político.

56. E. A) LOS CONVENIOS DE SUPLENCIA DE UN SERVICIO PÚBLICO. En cuanto a los convenios de suplencia, cabe señalar, ante todo, que es cierto, según el modelo francés que ha seguido el constituyente chileno, que se reconoce al legislador la facultad privativa de determinar las “funciones o atribuciones” de los servicios públicos y de los empleos públicos, como lo estatuye el artículo 62, inciso 4º, N° 2, de la Constitución Política de la República. Sin embargo, pese al mandato constitucional, la Ley N° 18.575, faculta a los servicios públicos para *convenir entre ellos* el ejercicio de las funciones de aquel que carezca de oficinas en un determinado lugar, a fin de que las asuma quien sí tiene presencia en la respectiva localidad, convenio que debe ser aprobado por decreto supremo.

Artículo 62, inciso 4º. Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República, la iniciativa exclusiva para:

Inciso 2º. Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos, de las empresas del Estado o municipales; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones.

LOCBGAE. Artículo 34. En aquellos lugares donde no exista un determinado servicio público, las funciones de éste podrán ser asumidas por otro. Para tal efecto, deberá celebrarse un convenio entre los jefes superiores de los servicios, aprobado por decreto supremo suscrito por los ministros correspondientes. Tratándose de convenios de los servicios a que se refiere el artículo 27, éstos serán aprobados por resolución del respectivo intendente.

De este modo, mientras la tesis tradicional postula la necesidad de que la ley señale las funciones o atribuciones de los órganos y organismos públicos, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, con la aceptación del Tribunal Constitucional, permite que las autoridades administrativas, mediante un acuerdo de voluntades, puedan atribuir convencionalmente el ejercicio de determinadas funciones públicas a un servicio que carece de ellas.

56. E. B) LAS ATRIBUCIONES DEL CONSEJO DEL BANCO CENTRAL. La Ley Orgánica Constitucional del Banco Central también innovó en materia de autodeterminación administrativa.

La Ley N° 18.840, de 1989, que rige a este Banco, faculta a su Consejo para “aprobar el reglamento del personal del Ban-

co; establecer la estructura administrativa de la institución y la o las plantas de personal; fijar las remuneraciones y cualquier otro estipendio o beneficio del personal del Banco”, dejando sin aplicación respecto de este organismo el artículo 62, inciso 4º, N°s 2 y 4, de la Carta Fundamental, que previenen que los cargos públicos y sus atribuciones son materia de ley, así como también consulta como materia de ley la fijación de remuneraciones de los empleados del sector público, en ambos casos a iniciativa del Presidente de la República.

56. E. c) LAS FUNCIONES ASUMIDAS DE LAS MUNICIPALIDADES. La Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, enumera por su parte, en el artículo 4º, trece funciones que abarcan un amplio espectro de sectores socioeconómicos de la comuna, desde la asistencia social hasta la prevención de riesgos y la prestación de auxilios en situaciones de emergencia, pasando por la protección del medio ambiente, la educación y la cultura, la capacitación y promoción del empleo, el deporte y la recreación, por ejemplo.

Dispone al respecto que ellas podrán ser desarrolladas por las municipalidades, “directamente o con otros órganos de la Administración del Estado”, lo que significa, en otras palabras, que tratándose de estas trece funciones, los municipios pueden asumir unilateralmente su ejercicio, o bien, en su caso, convenir esa asunción con los organismos que las tienen asignadas como propias.

Artículo 4º. Las municipalidades podrán desarrollar, *directamente* o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con:

- a) La asistencia social;
- b) La salud pública;
- c) La protección del medio ambiente;
- d) La educación y la cultura;
- e) La capacitación y la promoción del empleo;
- f) El deporte y la recreación;
- g) El turismo;
- h) El transporte y tránsito público;
- i) La vialidad urbana y rural;
- j) La urbanización;
- k) La construcción de viviendas sociales e infraestructuras sanitarias;
- l) La prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones de emergencia, y
- ll) El desarrollo de actividades de interés común en el ámbito local.

De esta manera, la legislación muestra una rica variedad de situaciones que testimonia una nueva tendencia en materia de actuación administrativa, revelando la búsqueda de una acción más flexible, oportuna y realista de la Administración del Estado para atender con mayor eficacia las necesidades de la población.

56. E. D) LOS CONVENIOS DE ASOCIACIÓN MUNICIPAL. Dice el artículo 107 de la Constitución Política de la República, en su inciso 4º, que “las municipalidades podrán asociarse entre ellas para el cumplimiento de sus fines propios”.

Este precepto se encuentra complementado por los artículos 131 a 135 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, N° 18.695, reglas que disponen que los municipios, “pertenezcan o no a una misma provincia o región”, pueden asociarse entre sí “para los efectos de facilitar la solución de problemas que les sean comunes o lograr el mejor aprovechamiento de los recursos disponibles”.

Para ello, el artículo 132 condiciona la asociación a la firma de un convenio que ha de contener la especificación de las obligaciones que asumen los respectivos asociados; los aportes financieros y demás recursos que se aportarán por cada corporación edilicia; el personal que se dispondrá al efecto y la determinación del “municipio que tendrá a su cargo la administración y dirección de los servicios que se presten u obras que se ejecuten”.

Como puede advertirse, tras esta forma asociativa municipal, que carece de personalidad jurídica, por lo que actúa por medio de una municipalidad administradora del convenio, se ha generado una importante posibilidad organizacional, altamente novedosa por lo demás, porque las asociaciones municipales se constituyen y actúan por convenio, pudiendo disponer de recursos humanos, materiales y financieros, en aras de “facilitar la solución de problemas que les sean comunes o lograr el mejor aprovechamiento de los recursos disponibles”, pudiendo para ello prestar servicios o ejecutar obras, como dice explícitamente la letra d) del artículo 132 de la Ley de Municipalidades.

56. E. E) LOS CONVENIOS DE TRANSFERENCIA DE COMPETENCIA. No obstante lo expresado, y aun cuando no puede menos que

destacarse la originalidad que ha impuesto el legislador en la esfera administrativa antes reseñada, ha de hacerse presente, asimismo, que la Constitución Política de la República también ha sido altamente innovadora en la reforma de 1991.

En su artículo 103, complementado por los artículos 67 y 101 de la Ley Orgánica Constitucional del Gobierno y Administración Regional, N° 19.175, la Carta Fundamental consulta la posibilidad de traspasos de competencias legales desde organismos de la administración nacional: centrales o funcionalmente descentralizados, hacia los gobiernos regionales por la vía de un acuerdo previo entre los respectivos servicios.

CPR. Artículo 103, inciso 1°. La ley deberá determinar las formas en que se descentralizará la administración del Estado, así como la transferencia de competencias a los gobiernos regionales.

LOCGAR. Artículo 67. Los gobiernos regionales, para efectos de lo previsto en el artículo 103 de la Constitución Política de la República, podrán solicitar al Presidente de la República el traspaso de competencia y recursos que estén a cargo de organismos o servicios de la administración central o funcionalmente descentralizada, acompañando al efecto los estudios y antecedentes que demuestren su aptitud para asumir tales responsabilidades.

Los antecedentes serán analizados por los ministerios y servicios públicos involucrados, los que deberán evacuar un informe dentro de los sesenta días siguientes a la recepción de la documentación respectiva.

Dicho informe y el que, a su vez, deberá expedirse por el Ministerio del Interior, serán entregados al Presidente de la República para su consideración sobre la materia.

Artículo 101. Cuando el traspaso de competencias a que se refiere el artículo 67 pueda operarse por la vía de un convenio, éste será celebrado entre el gobierno regional y el ministro respectivo, debiendo suscribirlo, además, el Ministro del Interior.

Como acertadamente ha señalado Luis Hernández Olmedo en su estudio sobre esta materia, el artículo 103 de la Constitución Política de la República es cualitativamente diferente de los contenidos en la Carta de 1925, pues dispuso que la ley señalará “las formas” en que se descentralizará la Administración Pública y se traspasarán atribuciones a los gobiernos regionales, de modo que “para cumplir el mandato constitucional, la ley, junto con asignar de manera directa nuevas competencias, puede asimismo establecer procedimientos o arbitrios para avanzar en ese propósito”.

“Todo ello redundando en la conclusión que bajo este concepto amplio del cometido de la ley”, la fijación de competencias

“deja de ser una exclusiva materia legislativa y de iniciativa y responsabilidad privativa y excluyente del Presidente de la República y del Legislativo, y se extiende e involucra potencialmente al conjunto de la administración”.⁶

56. E. F) LOS CONVENIOS DE PROGRAMACIÓN DE INVERSIÓN PÚBLICA. En una dirección análoga a la señalada, pueden citarse también por su originalidad los convenios de programación autorizados por el Código Político.

El artículo 104 de la Constitución Política de la República, en su inciso 4º, faculta a los gobiernos regionales para iniciar la celebración de convenios de programación de inversión pública con uno o más ministerios con el objeto de definir cursos de acción conjunta en proyectos de interés regional.

Artículo 104, inciso 4º. A iniciativa de los gobiernos regionales de uno o más ministerios, podrán celebrarse convenios anuales o plurianuales de programación de inversión pública en la respectiva región o en el conjunto de regiones que convengan en asociarse con tal propósito.

LOGGAR. Artículo 80. Los convenios de programación a que se refiere el inciso cuarto del artículo 104 de la Constitución Política de la República son acuerdos formales entre uno o más gobiernos regionales y uno o más ministerios, que definen las acciones relacionadas con los proyectos de inversión que ellos concuerdan en realizar dentro de un plazo determinado. Estos convenios deberán especificar el o los proyectos sobre los cuales se apliquen, las responsabilidades y obligaciones de las partes, las metas por cumplir, los procedimientos de evaluación y las normas de revocabilidad. Los convenios de programación deberán incluir, cuando corresponda, cláusulas que permitan reasignar recursos entre proyectos.

Los convenios a que se refiere este artículo deberán ser sancionados mediante decreto supremo expedido bajo la fórmula establecida en el artículo 70 del Decreto Ley N° 1263, de 1975. Los proyectos que se incluyan en dichos convenios deberán cumplir con lo establecido en el artículo 19 bis del Decreto Ley N° 1263, de 1975.

En estas circunstancias, parece evidente que el campo del Estado-nación, tradicionalmente dominado por la legalidad y la unilateralidad, por la ley y el poder de imperio que se expresa decretalmente de manera independiente del querer del des-

⁶Hernández Olmedo, Luis, *Convenios administrativos de transferencia de competencias a los gobiernos regionales*, revista Gobierno Regional y Municipal, N° 36, julio de 1996, pág. 110.

tinatario, sea del orden público o privado, está viéndose enriquecido por una sólida autodeterminación administrativa y una actividad contractual que aúna voluntades públicas en torno a asuntos de derecho público, sea para asumir atribuciones, para permitir la transferencia de facultades administrativas o para convenir programas de inversión de beneficio regional, que hablan de esa nueva dinámica jurídica que está abriéndose paso en el derecho chileno.

56. F. LOS ARTÍCULOS 5º, INCISO 2º, Y 19, Nº 10, INCISO FINAL, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, ALCANZAN A LA NACIÓN CIUDADANA. El artículo 5º, inciso 2º, de la Constitución Política de la República aplica también ese sentido regulador de la Carta Fundamental referido simultáneamente al Estado y al ciudadano, a lo estatal y a lo individual, a lo público y a lo privado, sin distinguir en forma excluyente la pertenencia y la actuación dentro de los dos hemisferios.

Igual sentido demuestra inspirar al artículo 19, Nº 10, al imponer a la “comunidad” el deber de “contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación”.

El artículo 5º, inciso 2º, luego de reconocer que la soberanía reside esencialmente en la nación y que su ejercicio puede realizarse tanto por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas como por las autoridades que la Constitución establece, dispone, efectivamente, que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la persona humana”.

Al limitar el ejercicio de la soberanía, pues, la Carta Fundamental no circunscribe su cobertura preceptiva a uno u otro de los sujetos que la ejercen, por lo cual comprende, entonces, dentro de la limitación que impone al ejercicio de la soberanía, precisamente a todo ejercicio de la soberanía, sea el proveniente directamente de la nación o el derivado indirectamente de las autoridades establecidas por la Carta Fundamental.

En palabras del Tribunal Constitucional, contenidas en su sentencia de 21 de diciembre de 1987, recaída en los autos Rol Nº 46, el Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos dejaron constancia, en la página 49 del informe, que “si bien el poder soberano del Estado no tiene como límite ningún ordenamiento positivo superior al que él crea, dentro de una recta concepción del hombre y de la sociedad debe estar limitado

por los derechos naturales de la persona; y por ello se dispone que la soberanía reconoce como límite el respeto a los derechos que emanan de la naturaleza humana”.

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

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En análoga orientación ha de citarse el artículo 19, en su numeral 10, inciso final, al normar el derecho a la educación y prescribir que “es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación”, con lo cual impone a la nación-conjunto de habitantes, el deber de ocuparse de la educación, desde el momento que impone un deber, y no sólo reconoce un derecho, a toda la sociedad organizada.

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

Nº 10, *inciso final.* Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación.

56. G. LOS PARTICULARES TAMBIÉN PRESTAN SERVICIOS REGULADOS AL PÚBLICO; LOS SERVICIOS DE UTILIDAD PÚBLICA Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS CONCEDIDOS. De este modo, la Constitución Política de la República imprime a sus normas el sello del principio de la servicialidad del Estado: su razón de ser, el servicio a la persona humana, y su finalidad, promover el bien común, para lo cual no duda en regular al Estado, a los organismos del sector público, a la nación ciudadana o a los particulares.

Dentro de esta normativa finalizada, la Carta Fundamental incorpora de manera especial a ciertos particulares a sus funciones, cuando ellos realizan actividades que revisten interés público.

Así lo hace en el caso de los servicios de utilidad pública y de los servicios públicos concedidos.

El artículo 19, en su numeral 16, inciso final, norma el derecho a la libertad de trabajo disponiendo que los trabajadores podrán hacer uso del derecho de huelga, pero agrega ense-

guida que quienes trabajen en corporaciones o empresas “que atiendan servicios de utilidad pública” estarán impedidos de ejercer ese derecho.

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

Nº 16, *inciso final, 2ª parte.* Tampoco podrán hacerlo –declararse en huelga– las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan *servicios de utilidad pública* o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.

El artículo 60, Nº 10, por su parte, establece que la ley ordinaria está llamada a fijar las normas sobre enajenación de los bienes del Estado o de las municipalidades, así como sobre su arrendamiento o concesión, norma de la cual la jurisprudencia ha deducido que el Estado y las municipalidades pueden dar en concesión a los particulares la realización de funciones que les son propias, originando así los servicios públicos concedidos, que, como su nombre lo indica, son servicios públicos, pero atendidos por particulares por decisión de la autoridad administrativa basada en una ley autorizatoria que permita concesionarlas.

Artículo 60. Sólo son materias de ley:

10) Las que fijen las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión.

El Tribunal Constitucional, por fallo Rol Nº 145, de 16 de marzo de 1992, refiriéndose a las municipalidades, concluyó, efectivamente, que “los incisos tercero, cuarto y quinto del artículo 6º, contenido en el Nº 4 del artículo único del proyecto, constituyen normas propias de leyes ordinarias o comunes, por lo cual no le corresponde al Tribunal emitir pronunciamiento de constitucionalidad sobre ellos. En efecto, esas disposiciones facultan a las municipalidades para otorgar concesiones encaminadas a la prestación de determinados servicios municipales o a la administración de establecimientos o bienes específicos que posean a cualquier título. Pues bien, estos preceptos, en cuanto reglan concesiones, deben ser considerados como propios de ley común de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60, Nº 10, de la Constitución, que establece: “*Artículo 60.* Sólo son materias de ley: 10) Las que fijen las normas sobre enaje-

nación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión”.

La Contraloría General de la República, por su parte, aun sin que mediara texto expreso de ley que los autorizara, admitió que los servicios municipales no podían realizarse bajo contrato de prestación de servicios, a honorarios, sino sólo a través de la figura del servicio público concedido, por estimar que ésta era la forma operativa de proceder a la prestación.

Por dictamen N° 18.127, de 1988, sostuvo, en efecto, como lo había hecho desde la vigencia de la Ley N° 18.695, de 31 de marzo de 1988, reiterando una jurisprudencia de antigua data, que los servicios municipales debían prestarse por la vía de la concesión, pese a hallarse consultada en forma expresa en la ley, pues la concesión de servicios municipales se incorporó a la ley sólo con la reforma de la Ley N° 19.130, el año 1992.

Estos antecedentes demuestran que la Constitución Política de la República y la jurisprudencia consideran normal la actuación-colaboración de los particulares en la prestación de servicios al público, tanto bajo la forma de servicios privados de utilidad pública como de servicios públicos concedidos, en que ellos gestionan directamente una actividad de interés público.

57. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA TIENE UNA VISIÓN DEL HOMBRE, DE LA SOCIEDAD Y DEL ESTADO DISTINTA DE LA LIBERAL DECIMONÓNICA. Los liberales del siglo pasado, herederos del racionalismo legalista, dividían la sociedad asignando roles diferentes al Estado y al individuo, y sobre esa base situaban a uno y otro dentro de un determinado territorio jurídico y social, sujetándolos a principios y normas de específicas características.

El Estado, representante del bien común, concretaba su misión cuidando del orden público y de la seguridad exterior del país por medio de sus potestades públicas; el individuo guiado por sus intereses privados actuaba movido por su voluntad, activando sus derechos subjetivos.

Estado e individuo, cada uno en su propio y exclusivo ámbito de actuación; Estado e individuo, cada uno sometido a un propio y exclusivo régimen jurídico; Estado e individuo, cada uno regido por sus propias y exclusivas normas de clausura, es el diseño que el liberalismo había incorporado al Estado moderno, en su aspiración inmediata de tomar los máximos res-

guardos contra un absolutismo sincrético, primera causa del olvido o desprecio de los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, según la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, con su inevitable secuela de males públicos y corrupción de los gobiernos.

La posmoderna Constitución Política de 1980, con pertenencia a otra generación de pensamiento, es ajena a esta visión decimonónica de la sociedad: no establece las rígidas normas de clausura que postulaba don Jorge Huneeus; contiene regulaciones que obligan por igual al Estado, a los organismos del sector público, a la nación ciudadana y a los particulares; habilita un amplio campo de autodeterminación administrativa y contractual, incluso para trasferir atribuciones públicas de un servicio a otro; impone deberes sociales a los privados y confía a los particulares la prestación de servicios de utilidad pública y de servicios públicos concedidos, en una fuerte interacción social que apunta a concretar la razón de ser del Estado: estar al servicio de la persona humana, y a lograr que se alcance su finalidad: promover el bien común, en los términos que lo define el inciso 4º de su artículo 1º: como “las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Siendo así, la Administración del Estado surge del Código Político como una actividad del Estado que está al servicio de la persona humana para promover el bien común, orientada concretamente al desarrollo sustentable, social, cultural y económico del país, de las regiones, provincias y comunas, por medio de políticas, planes, programas y acciones, apoyada en una organización de servicio al público, constituida por organismos públicos y privados, que le permite alcanzar esos fines de bien común.

58. LOS SERVICIOS AL PÚBLICO. SERVICIOS PRESTADOS POR EL ESTADO-NACIÓN A LA CIUDADANÍA: SERVICIOS PÚBLICOS, CONSEJOS Y FONDOS PÚBLICOS; SERVICIOS ORIGINARIOS Y SERVICIOS DERIVADOS DE ÓRGANOS Y ORGANISMOS DEL SECTOR PÚBLICO. SERVICIOS PRESTADOS POR LOS PARTICULARES: LOS SIMPLEMENTE PARTICULARES, LOS EDUCACIONALES, DE UTILIDAD PÚBLICA Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS CONCEDIDOS. En estas circunstancias, cabe concluir que la Constitución Política de la

República consagra como principio matriz de su estructura democrática, como regla de oro del derecho público chileno, la máxima jurídica de la servicialidad del Estado articulada en la consagración de su razón de ser y de su finalidad socialmente personalizada.

Este mandato trae consigo una serie de consecuencias en el campo jurídico y desde luego obliga a reestructurar la visión tradicional del derecho público, viabilizando doctrinalmente su nueva y gran columna de sustentación.

De esta manera, la Carta Fundamental prioriza en el Estado el fin por sobre la forma; la finalidad pública por sobre la especificidad de las figuras organizacionales a través de las cuales puede viabilizarse esa naturaleza servicial, entendiéndose que los servicios que pueden prestarse al público y en bien público pueden ser, indistintamente, públicos o privados, aunque unos y otros, en lo particular de la normativa a que están afectos, deban responder, atendida su naturaleza, a aquellas modalidades que deriven de su idiosincrasia, la que también habría que precisar en qué consiste al día de hoy.

En el primer tipo de servicios al público se encuentran los servicios públicos, esto es, los organismos organizados, financiados y administrados por el sector público, en ejercicio de la función administrativa del Estado-nación.

La Constitución Política de la República acepta las formas tradicionales que ellos han revestido en el derecho chileno y que fueran sistematizados por la jurisprudencia administrativa: los servicios fiscales, instituciones semifiscales y fiscales, y empresas del Estado; adicionándole, sin embargo, formas atípicas para las ideas aceptadas en el ámbito organizacional, como que junto a ellas admite, asimismo, otras figuras orgánicas, como los consejos: el Consejo Nacional de Televisión y el Consejo de Seguridad Nacional, y los fondos: el Fondo Nacional de Desarrollo Regional y el Fondo Común Municipal, de acuerdo con lo prescrito por los artículos 62, inciso 4º, Nº 2; 55, incisos 1º y 2º; 19, Nº 12; 90; 104 y 111 de la Constitución Política de la República.

Asimismo, el Código Político acepta la existencia de servicios públicos originarios y servicios públicos derivados.

Son originarios o principales los organismos públicos que nacen directamente del ordenamiento jurídico constitucional o legal; son derivados o complementarios los que surgen por

decisión de un organismo principal. Entre estos últimos pueden mencionarse los servicios creados por las empresas del Estado o por las municipalidades, al tenor de lo dispuesto en el artículo 62, inciso 4º, numeral 2, v. gr., de la Carta Fundamental, que permite a una ley de iniciativa del Presidente de la República autorizar la creación de servicios públicos “de las empresas del Estado o municipales”; la constitución o participación de los organismos del sector público en sociedades, corporaciones o fundaciones, conforme a lo previsto en su artículo 55, incisos 1º y 2º, en concordancia con el numeral 21 del artículo 19, confirmados por el artículo 6º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y los servicios públicos concedidos, que tienen su fuente constitucional en el artículo 60, Nº 10, del Código Político, según fallo del Tribunal Constitucional recaído en los autos Rol Nº 145, de 1992.

El segundo tipo de servicios al público corresponde a la producción de bienes y prestación de servicios que el sector privado pone a disposición de la población del país, actividades que la Constitución Política de la República considera, en principio, por origen y naturaleza del interés motivacional, como pertenecientes al ámbito particular, sin duda bajo el dominio de sus dueños, pero que en tres casos, con todo, atendida la influencia directa que ellos tienen en la vida ciudadana, considera que se da una situación especial, diferente de los simplemente particulares: de aquí que contemple normas relativas a la educación y a los servicios de utilidad pública, y que autorice la concesión de servicios públicos, situaciones en que el Código Político reconoce la existencia de actividades privadas realizadas en interés público, según lo prescrito en los artículos 19, numerales 10, inciso último, y 16, inciso final; y 60, Nº 10, de su cuerpo normativo.

CAPITULO OCTAVO

LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA ENTENDIO HABER ABANDONADO LA TEORIA CLASICA DE LOS TRES PODERES DEL ESTADO PARA ESTABLECER UNA ORGANIZACION ESTATAL BASADA EN EL PRINCIPIO DE DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS PUBLICAS

SUMARIO: 59. La Constitución Política de la República consagró un sistema de distribución de competencias públicas, no de separación de poderes. 60. La historia fidedigna del establecimiento de la Constitución confirma la vigencia del principio de la distribución de las competencias públicas. 61. Los efectos del sistema de distribución de competencias públicas: de la potestad-autoridad a la función pública radicada en órganos y organismos independientes. 61. A. La concepción del sistema constitucional clásico. 61. B. Las autonomías jurisdiccionales. 61. C. La concepción clásica de la Administración del Estado: el diseño vertical. 61. D. Las autonomías administrativas. La contienda de competencia trabada entre la Contraloría General de la República y la Corte de Apelaciones de Santiago. 61. E. La amplitud reconocida a la voz gobierno. 61. F. La amplitud reconocida a la voz autoridad. 61. G. El principio de distribución de las competencias públicas. 62. El sistema de distribución de competencias llevó al establecimiento de los organismos constitucionalmente autónomos y de las fuerzas institucionales. 62. A. El sistema electoral público: el Servicio de Registro Electoral. 62. B. El Consejo Nacional de Televisión. 62. C. La Contraloría General de la República. 62. D. El Consejo de Seguridad Nacional. 62. E. El Banco Central de Chile. 62. F. Los Gobiernos Regionales. 62. G. Las Municipalidades. 62. H. Las Fuerzas Institucionales. 63. Los órganos y organismos del Sistema Electoral, el Consejo Nacional de Televisión, la Contraloría General de la República, el Consejo de Seguridad Nacional, el Banco Central, los gobiernos regionales y las municipalidades no dependen ni se hallan bajo la supervigilancia del Presidente de la República. 64. Los servicios autónomos de que habla la Constitución no son los organismos de administración autónoma de la década de 1950, ni los servicios descentralizados a que se refería con esa expresión la jurisprudencia administrativa del año 1970: son entidades acentralizadas. 65. La existencia de servicios públicos autónomos de origen constitucional obliga a clasificar los servicios públicos atendiendo a su fuente de creación, distinguiendo los servicios públicos constitucionales de los servicios públicos legales. 66. ¿Puede hablarse en Chile de servicios públicos parlamentarios y de servicios públicos judiciales?

59. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA CONSAGRÓ UN SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS PÚBLICAS, NO DE SEPARACIÓN DE PODERES. El segundo principio que preside la institucionalidad constitucional es el de la distribución de las competencias públicas.

División de funciones se denominó inicialmente a este sistema en la Comisión Constituyente.

Ello ha traído consigo una importante consecuencia en el ámbito de la Administración del Estado, pues al reestructurarse el sistema de la separación de poderes para articular el de la distribución de las competencias públicas en diversos órganos y organismos, se ha alterado la conceptualización de la Administración alcanzada hasta ahora por la doctrina y la jurisprudencia, que la configuraban como una sola y gran función inserta en el Poder Ejecutivo, realizadora de los mandatos del gobierno y caracterizada por estar conformada por un conjunto de organismos necesariamente relacionados con el Presidente de la República a través de un vínculo de supervigilancia o tutela.

En efecto, la distribución de competencias sitúa a los órganos y organismos del Estado en otro contexto, en aquel en que esas diversas organizaciones establecidas en la Carta Fundamental pasan a asumir determinados roles institucionales, sometidas sólo a la Constitución y a la ley, diseño este que viene a impactar la sistematización clásica realizada por la doctrina en torno al criterio de los servicios públicos que dependen o se relacionan con el Presidente de la República como centro administrativo nacional, para incorporar al espacio administrativo a organismos públicos que no reconocen los conocidos vínculos de jerarquía y de supervigilancia o tutela que maneja la doctrina *ius* administrativa para incluir a los organismos públicos en el cuadro orgánico de la Administración del Estado, ya que esos órganos y organismos aparecen sujetos, como se ha expresado, sólo a la Constitución y a la ley, con independencia de las demás autoridades de la República. Este efecto se produce como consecuencia de la nueva concepción sobre la radicación y el ejercicio de la soberanía incorporada por el Código Político al contexto nacional, que admite que el poder público como poder supremo único radicado en la nación puede ejercerse directamente por la ciudadanía por medio del plebiscito y las elecciones periódicas, o indirectamente a través de los

órganos o autoridades establecidos por la Carta Fundamental, no importando, en este segundo supuesto, la generación ni las funciones que estos órganos o autoridades tengan o ejerzan.

Aunque este corolario-afirmación pueda afectar la sensibilidad democrática de algunos sectores ciudadanos, lo cierto es que la Constitución Política de la República dispone que las autoridades que ella establece, por el solo hecho de estar establecidas en la Carta Fundamental, son esencialmente depositarias de una competencia pública de base soberana, en un plano de igualdad jurídica de origen con las demás, sólo diferenciadas entre sí por la naturaleza, extensión y nivel de las funciones que les reconoce la Carta Fundamental.

Esta situación, nueva para la institucionalidad del país, de órganos y organismos establecidos en este carácter por la Constitución, deriva del hecho de que el Código Político radica en ellos el ejercicio de la soberanía independientemente del carácter que invistan: político, de elección directa o indirecta, o no político, por designación; judicial o de otro ámbito juzgador; técnico, administrativo; nacional o con competencia en razón del territorio; civiles, militares o de orden y seguridad pública, de manera que el ejercicio de aquel poder supremo de la sociedad que el constitucionalismo clásico reservaba sólo a las autoridades elegidas por el pueblo, aparece hoy distribuido en órganos y organismos creados para realizar una determinada función que la misma Carta Fundamental señala.

Por este camino, la Constitución Política de la República obliga a construir doctrinalmente el sector público atendiendo a la función que desempeñan las autoridades por ella establecidas, y no ya desde una perspectiva orgánica sobre la base a priori de los tres grandes bloques clásicos, puesto que de acuerdo con esta concepción la teoría de la separación de los poderes del Estado no es suficiente ni apta para reconocer y caracterizar a órganos y organismos posicionados en una situación jurídica ontológicamente similar, sólo diferenciados *ratione materiae* y *ratione loci*, en una órbita de atribuciones que la misma Constitución asigna a cada uno de ellos dentro del Estado-nación.

60. LA HISTORIA FIDEDIGNA DEL ESTABLECIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN CONFIRMA LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LA DISTRIBUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS PÚBLICAS. Sobre esta materia, dispone el artículo 5º del

Código Político que la soberanía reside en la nación ciudadana, que ésta la ejerce directamente por medio del plebiscito y de elecciones periódicas, “y también por las autoridades que esta Constitución establece”.

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

“La soberanía –señaló el profesor Alejandro Silva Bascuñán en la sesión 48ª de las celebradas por la Comisión Constituyente, el 25 de junio de 1974– puede concebirse de dos maneras. Una es la posibilidad eficaz de conducir el Estado hacia su fin; o sea, que existan instrumentos que lo capaciten para lograr su objetivo. Pero ése no es el sentido que tiene en este artículo, porque, desde ese punto de vista, la soberanía reside en toda la organización estatal.”

“En este precepto se precisa quién, dentro de la colectividad nacional, tiene la soberanía, en el sentido de cuál es la voluntad que decide la marcha del poder. En nuestra sociedad política, quien define su orientación esencial hacia el bien común es, precisamente, el pueblo.”

“Evidentemente –agregó el profesor Jorge Ovalle en la misma sesión–, la soberanía tiene dos acepciones, y los tratadistas franceses, que son muy precisos, hablan de la soberanía “del Estado” y de la soberanía “en el Estado”. La cuestión que se debate se refiere a la soberanía en el Estado y no al imperio que el Estado tiene para imponer sus decisiones y a sus actuaciones internacionales. ¿Qué significa tal cosa? En su concepto, como decía Maquiavelo, se reduce a decir quién tiene dentro del Estado el derecho de mandar, quien tiene en el Estado, dentro del Estado, el derecho de mandar.” “La soberanía significa el derecho de mandar o la determinación de quién tiene el derecho de mandar; la soberanía pertenece al pueblo y que este es un derecho propio del pueblo.”

Frente a precisiones de mayor detalle, se dejó constancia que “la labor de la Comisión no es escribir un tratado de ciencia política, sino de redactar una Constitución”, por lo que no era del caso abundar en palabras y conceptos que pudieran alejar a sus miembros del objetivo que guiaba sus trabajos. Por ello era aconsejable centrar la redacción del artículo en lo que

era su contenido esencial: radicación de la soberanía en el Estado y su ejercicio.

“La única diferencia que hay entre la indicación de los señores Silva Bascuñán y Ovalle”, anotó el Presidente de la Comisión, señor Enrique Ortúzar, se refiere a que en la indicación del señor Ovalle “se colocan en el mismo grado el ejercicio permanente de la soberanía, tanto el que se hace por medio de las autoridades que esta Constitución establece, como el que se realiza por medio de las elecciones –o el plebiscito–”, mientras la del señor Silva hace un distinguo en ese ejercicio al referirse al ejercicio de la soberanía por las autoridades que esta Constitución establece, agregando que estas autoridades actúan “mediante delegación”, sean elegidas o nombradas.

Sea como fuere, aclaró el señor Sergio Diez, prefiero “decir que la soberanía reside en el pueblo y consignar después que el pueblo elige, porque sólo lo hace respecto de ciertas autoridades, ya que hay algunas de ellas que no son elegidas por el pueblo y son generadas en otra forma”.

De la historia fidedigna del establecimiento de la Carta Fundamental se desprende, entonces, que el artículo 5º no regula “la posibilidad eficaz de conducir el Estado hacia su fin; o sea, que existan instrumentos que lo capaciten para lograr su objetivo”, “porque, desde ese punto de vista, la soberanía reside en toda la organización estatal”; sino que en él se precisa “quién, dentro de la colectividad nacional, tiene la soberanía, en el sentido de cuál es la voluntad que decide la marcha del poder”.

Si se quiere, esta disposición establece a quién pertenece la soberanía “en el Estado”, habiéndose determinado que la soberanía reside en el pueblo, “esencialmente en la nación” dirá en definitiva el artículo 5º, y que “su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y también por las autoridades que esta Constitución establece”, trátese, en este segundo supuesto, de autoridades elegidas o designadas.

En otras sesiones se volvió de una u otra manera sobre el tema. Su tratamiento más explícito se hizo en la 49ª, del 27 de junio de 1974, a propósito de un artículo que disponía que “los poderes del Estado son independientes” unos de otros, ya que esta proposición recibió de inmediato una objeción por parte del señor Silva Bascuñán, quien, dicen las actas, “duda de la

conveniencia de decir que los poderes del Estado son independientes, porque este carácter es muy relativo, de manera que no sabe si conviene establecerlo o no como principio”.

El señor Jaime Guzmán, profundizando en la idea, agregó que estimaba “conveniente abandonar la expresión Poderes del Estado; que la expresión funciones del Estado se aviene mejor a la realidad constitucional moderna, y que es muy difícil decir hoy día cuántos son los Poderes del Estado; es mucho más claro concluir que el Estado tiene diversas funciones esenciales que las cumplen órganos determinados”.

“A su juicio la función legislativa en Chile la cumplían determinados órganos, que eran el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Pero no sólo ellos, ya que es bien sabido que una parte de la función legislativa también la cumplía de alguna manera la Corte Suprema a través del recurso de inaplicabilidad.”

“Señala que esta situación, que se ha llamado la interdependencia de los Poderes del Estado, va más lejos todavía y representa la superación de la tradicional división de los Poderes, tal como se la entendió a partir de la Revolución Francesa. Dicha concepción se tiende a reemplazar hoy por otra que ve al Estado como un ente que tiene diversas funciones, cada una de las cuales es encomendada, en sus diversas facetas, a determinados órganos. Lo que ocurre es que aquel órgano a quien le corresponde preponderantemente la función ejecutiva lo llamamos el órgano ejecutivo, pero tiene parte de otras funciones.”

“Cree, por tanto, que esta concepción de los Poderes del Estado como independientes tal como está formulada, a su juicio se apega demasiado a esquemas que conviene superar; ve detrás de ella, sin embargo, el deseo de dejar establecido un principio que tiene validez y valor permanente, que es la idea de la distribución del poder. En otros términos, señala que todas estas funciones esenciales del Estado van a ser ejercidas por órganos distintos, por órganos que van a ser independientes entre sí y no concentrados en uno solo, como ocurre en las que sólo hay órganos simplemente delegatorios.”

El señor Enrique Evans, autor de la norma bajo examen, “aclara que lo que se ha querido decir es que las diversas potestades estatales se ejercen por órganos independientes”; y el señor Silva Bascuñán coincidió con “el señor Guzmán, en el

sentido de que la independencia no es de los poderes, sino de los órganos del Estado”, puesto que el poder público es uno solo.

En esa oportunidad, sesión 49^a, de 27 de junio de 1974, la Comisión Constituyente acordó encargar al señor Guzmán la redacción del precepto, el que en la sesión siguiente, la 50^a, del 2 de julio de 1974, se aprobó en los siguientes términos: “Las funciones del Estado son ejercidas, de acuerdo con la Constitución, por órganos diversos e independientes”.

Estos antecedentes confirman la idea de que la Constitución Política de la República no centra su arquitectura institucional en los poderes del Estado, sino en la distribución de competencias públicas entre diversos órganos estatales, cada uno de los cuales encuentra la titularidad de su rol en el mismo texto constitucional, independientemente de los otros y de la forma en que se haya accedido a ellos, elección o nombramiento, como se destacó en el seno de la Comisión Constituyente.

61. LOS EFECTOS DEL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS PÚBLICAS: DE LA POTESTAD-AUTORIDAD A LA FUNCIÓN PÚBLICA RADICADA EN ÓRGANOS Y ORGANISMOS INDEPENDIENTES. En virtud del criterio expuesto, toda autoridad establecida en la Constitución, o sea, toda autoridad regulada como tal en el cuerpo normativo de la Carta Política, por esta sola circunstancia es titular del ejercicio de la soberanía, según el Código Político.

61. A. LA CONCEPCIÓN DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL CLÁSICO. En el sistema constitucional clásico, los poderes del Estado eran tres: el legislativo, el ejecutivo y el judicial, siendo el legislativo, constituido por el Presidente de la República y el Congreso Nacional, la genuina expresión de la soberanía nacional, en la medida que sus titulares eran elegidos directamente por el pueblo.

De aquí que el constitucionalismo europeo, con justa razón, haya desconocido hasta la década de 1920 los tribunales constitucionales, ya que por aquellos años se consideraba que estas magistraturas designadas podían enervar, limitar o incluso contradecir la declaración de voluntad soberana emanada del poder legislativo, por la vía de acoger una petición de inconstitucionalidad de una ley, posición que se enfrentaba

frontalmente al concepto de ejercicio de la soberanía universalmente aceptado.

La nulidad del acto, dirá don Jorge Huneeus a fines del pasado siglo, “como es fácil notar, no puede tener cabida respecto del Poder mismo que dicta las leyes. ¿Quién podría, en efecto, declarar dentro de nuestro sistema la nulidad de una ley? No existe en Chile autoridad que tal cosa pudiera hacer. Sería preciso que el legislador mismo derogara su propia obra”.¹

La Corte Suprema de Justicia, en fallo de 4 de mayo de 1964, resumió certeramente esta percepción que con anterioridad a la Constitución de 1980 se tenía del legislador, al sostener que “la actividad legislativa del Estado es la más genuina manifestación de los atributos del imperio o poder público y sus posibilidades se confunden con las de la voluntad imperativa de la nación”.

Dentro de una percepción semejante, la Contraloría General de la República, por dictamen N° 27.864, de 1960, hizo ver que “el legislador será siempre soberano, sin otro límite que el profundamente respetable de los preceptos constitucionales”.

Aplicando la tesis de los poderes públicos al poder judicial, expresó a su vez el Supremo Tribunal, por sentencia de 30 de marzo de 1971, que “compartiendo el ejercicio de la soberanía nacional, corresponde a los tribunales de justicia conocer y fallar los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, ya sea resolviendo conflictos, imponiendo sanciones o cursando peticiones de acuerdo con las normas legales preestablecidas”. Y en fallo de 3 de mayo de 1965 agregó que “esta delegación de soberanía, con referencia a la función de la justicia, es lo que constituye esencialmente la jurisdicción de los tribunales”. “Es inherente a la jurisdicción el poder de coerción; este es el presupuesto ineludible de la eficacia del derecho, porque la medida coercitiva impone la restauración del orden jurídico violado.” “En consecuencia, el poder público en que la soberanía ha delegado la función de administrar justicia, tiene la facultad de hacer ejecutar lo juzgado, usando de la fuerza si ello es necesario, porque de otro modo su potestad e independencia no existi-

¹ Huneeus, Jorge, *op. cit.*, tomo II, pág. 383.

rían, ya que otro u otros poderes tendrían el control de sus actos, interferirían e impedirían el ejercicio de sus funciones.”

61. B. LAS AUTONOMÍAS JURISDICCIONALES. Sin embargo, la creación del Tribunal Constitucional y de las magistraturas de la Justicia Electoral habrían de extender el campo juzgador del Estado a las causas constitucionales y electorales, y a hacer surgir en su texto jurisdicciones autónomas, en tal carácter diferentes del Poder Judicial, aunque de igual función.

Artículo 79, inciso 1º. La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones, los tribunales electorales regionales y los tribunales militares de tiempos de guerra.

61. C. LA CONCEPCIÓN CLÁSICA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO: EL DISEÑO VERTICAL. En el esquema de los tres poderes del Estado, la figura jurídica del Presidente de la República era el paradigma de la función administrativa: todo ejercicio de administración pública debía reconducirse, necesariamente, cualquiera fuera el organismo que la ejerciera, a la esfera de las atribuciones presidenciales, al centro administrativo nacional.

Esta concepción sirvió de fundamento a la construcción teórica estructurada por la doctrina y jurisprudencia administrativas para sistematizar a la Administración del Estado, y en ella también se halla la fuente de origen de los poderes jerárquicos y de supervigilancia o tutela, según fuere la naturaleza, centralizada o descentralizada, de las entidades sobre las cuales recaen los poderes presidenciales, atribuciones reconocidas *ne mine discrepante* al Presidente de la República sobre los servicios públicos del país.

De aquí que no cupiera hablar de servicios de la Administración del Estado, sino en tanto y en cuanto se tratara de organismos sometidos a jerarquía o supervigilancia: si la organización no admitía sobre sí el ejercicio de alguno de estos poderes jurídicos, era ajena a la Administración Pública, no integraba los cuadros orgánicos administrativos y se situaba en la esfera de las personas jurídicas de derecho privado o, a lo más, como se sostuvo en una ocasión, tratándose de los ex Colegios Profesionales, como organismos paraestatales, por gozar de personalidad jurídica de derecho público y ser paralelos

a los servicios estatales, aunque al margen de los vínculos de jerarquía y tutela.

En esta virtud, toda explicación del ser de la Administración Pública, de la organización administrativa, se hizo en forma vertical, comenzando con la invocación del precepto constitucional, contenido en todas las Constituciones chilenas, según el cual el Primer Mandatario ejerce las funciones de gobierno y de administración para descender desde él a los organismos operativos o de acción, a los servicios públicos.

El dictamen N° 55.741, de 1957, es un testimonio de esta perspectiva administrativa: “puede afirmarse que el Presidente de la República, en el ejercicio de la función de administrar el Estado que le encomienda en forma privativa la Carta Fundamental, debe recurrir a los únicos organismos que la misma Carta señala como ejecutores de esta facultad”, apuntó este dictamen, refiriéndose a los servicios públicos que contempla el artículo 45 de la Constitución de 1925.

Y la Corte Suprema de Justicia, por sentencia de 27 de septiembre de 1968, expresó que “en la noción de Administración Pública se ubican todos los servicios que forman la Administración Central del Estado, por intermedio de los cuales el Presidente de la República realiza, específicamente, la función de administrar que le encomienda la Carta Fundamental, y cuyos empleados tienen, expresamente, la denominación de empleados públicos”.

De igual manera, toda explicación del actuar de la Administración del Estado debía iniciarse también desde el antiguo *jus edicendi*, el derecho de decretar, de dictar decretos, que se reconocía como propio del Presidente de la República y sólo excepcionalmente radicado en otras autoridades administrativas.

Ello hace que hasta el día de hoy sea el Primer Mandatario la única autoridad autorizada por la Constitución Política para decretar, como lo acreditan los artículos 32, N° 8, y 35; las demás magistraturas administrativas, incluyendo a los ministros de Estado, sólo resuelven, al decir de una frase contenida en su artículo 88, inciso 1º, primera parte, que se repite en el artículo 1º de la ley orgánica de la Contraloría General de la República.

Artículo 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

8º. Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás regla-

mentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes.

Artículo 35. Los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito.

Los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del Ministro respectivo, por orden del Presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley.

Artículo 88, inciso 1º, primera parte. En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y *resoluciones* que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer..

Estas facultades especiales, estas atribuciones imperativo-prohibitivas que permiten al poder público actuar como autoridad ante los demás sujetos de derecho dictando decretos y resoluciones, son las atribuciones configuradas por el pensamiento clásico como potestades públicas, esto es, facultades jurídicas de actuación unilateral ejercidas en nombre de la nación toda, con efectos obligatorios y coactivos sobre todos los habitantes de la República.

No son, pues, derechos subjetivos que requieran coordinarse con otras voluntades para producir efectos de derecho.

Son prerrogativas de poder público, facultades *iure imperii* que se expresan en actos unilaterales y coactivos.

En el siglo pasado, anota al respecto Duguit, se consideraba que “la nación posee una personalidad jurídica distinta de los individuos que la componen. Como tal, tiene una voluntad que naturalmente es superior a las voluntades individuales, pues que la colectividad es superior al individuo. La nación se organiza. Constituye un gobierno que la representa, que quiere por ella y que ejerce en su nombre la soberanía, de la que queda siempre titular inmutable. La nación soberana y organizada en gobierno, situada en determinado territorio, es el Estado. No siendo éste sino la nación organizada, es titular de la soberanía del poder público, que constituye para él un derecho subjetivo. En virtud de este derecho, tiene la potestad de mando sobre los particulares. Las órdenes que formula no son más que el ejercicio de este mismo derecho”.²

²Duguit, León, *Las transformaciones del derecho público*, op. cit., pág. 44.

Las potestades administrativas, al igual que las legislativas y las judiciales, eran la tipología-denominación jurídica del poder de mando que el derecho público del Estado gendarme reconocía a las autoridades de la Administración del Estado para poder imponerse sobre los ciudadanos en nombre de toda la nación ciudadana, rechazándose que pudieran confiarse a simples empleados públicos.

El poder ejecutivo, decía Rousseau en *El Contrato Social*, está “encargado de la ejecución de las leyes y del mantenimiento de la libertad tanto civil como política”; es el ministro del Soberano, el agente propio de la fuerza pública, que la reúne y pone en obra según las direcciones de la voluntad general.

Definiendo el acto administrativo decía, por eso, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de julio de 1954: Ascensores Cerro Alegre y La Cruz, queja, que el acto administrativo “se caracteriza por la ejecutoriedad y la unilateralidad. El lleva envuelta la idea de mando, de orden, puesto que es una derivación de la facultad de imperio que corresponde al Poder Administrativo (Poder Ejecutivo). El que ejecuta un acto de esta naturaleza es un funcionario que personifica al Estado o lo representa; y por ser esencialmente ejecutivo se cumple de inmediato y el funcionario que expide el decreto, que es el medio por el cual se materializa, es responsable de sus consecuencias y resultados”.

Y la sentencia de 10 de octubre de 1990, confirmando el fallo de primera instancia dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago en los autos protectores East Fernández, Alberto con Ministro de Relaciones Exteriores y Contralor General de la República, aceptó definir al acto administrativo como “una declaración de voluntad mediante la cual un órgano administrativo exterioriza su competencia en virtud de una potestad administrativa”.

En análogo sentido habría de pronunciarse el dictamen N° 43.085, de 1976, al manifestar que las ordenanzas y los reglamentos municipales eran resoluciones administrativas obligatorias de carácter general y permanente y que los decretos eran resoluciones municipales de particular aplicación; que los primeros concretaban el ejercicio de la potestad reglamentaria, y los segundos el de la potestad imperativa o de mando.

Se entiende por resolución municipal, agregó el dictamen N° 72.049, de 1977, todo acto administrativo que se dicte en

uso de las potestades imperativa o de mando, reglamentaria, ejecutiva o sancionadora.

Estas expresiones no hacen más que recoger aquella convicción contralora manifestada, v. gr., en el oficio circular N° 80.102, de 1969, según la cual la única manera apta de actuar del Estado-administración era a través de una actuación *iure imperii*, ejerciendo el poder del Estado, pues la función administrativa se caracteriza por ser una asignación de poder legalmente regulado: “Las funciones de un agente público –sostuvo esa circular– importan la obligación de cumplir el fin racionalmente, el que para asegurar su eficiente cumplimiento lleva consigo una asignación de poder legalmente regulado”.

De esta manera, el ser y el actuar de la Administración Pública se expresan jerárquica-imperativamente en la teoría de los poderes del Estado: desde el punto de vista de la estructura organizacional, el vínculo propiamente jerárquico y el de supervigilancia o tutela responden a esta idea de dominación-dependencia, de un modo o de otro; desde la perspectiva funcional, la actuación de la Administración, explicada potestativamente, refleja, asimismo, ante la ciudadanía, el ejercicio de una dominación-poder jurídico de sujeción.

61. D. LAS AUTONOMÍAS ADMINISTRATIVAS. LA CONTIENDA DE COMPETENCIA TRABADA ENTRE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Hoy día los conceptos de que se ha dado cuenta en el párrafo anterior emergen de otra manera en el nuevo contexto constitucional.

Al haberse desplazado en otra dirección el eje mismo de la conceptualización constitucional de la macroestructura organizacional del Estado, han desaparecido de la Constitución Política de la República las ideas de poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial como bloques institucionales únicos del universo estatal.

Cuando el Senado de la República acogió la contienda de competencia deducida por la Contraloría General en contra de la Corte de Apelaciones de Santiago, a raíz de fallos en que este Tribunal Superior de Justicia había intervenido en la competencia administrativa de toma de razón que la Carta Fundamental confía al organismo contralor, ordenándole en ciertos casos cursar unos decretos y en otros abstenerse de hacerlo, fueron varias las intervenciones senatoriales que destacaron durante el debate

la “función explícitamente constitucional” de tomar razón de un decreto supremo que la Constitución radicaba en la Contraloría General de la República (señor Juan Hamilton); que el Contralor actuó “dentro de la esfera de su competencia” (señora Olga Feliú); que “el Contralor, al tomar razón, sólo cumple el deber constitucional de efectuar el control de legalidad de los actos de la Administración, de manera que no procede impugnar su decisión mediante un recurso de protección, lo que violaría severamente el principio de especialidad de los órganos públicos” (señor Sergio Fernández); que al fundamentarse el recurso de protección, se llamó “a crear algo que no desordene el resto del ordenamiento jurídico, que no cree problemas de competencias, que no termine con la independencia de los órganos y no impida a los demás sistemas de aquél desarrollar el fin para el cual están diseñados”, puesto que la interpretación armónica de “la normativa constitucional lleva a determinar que cada organismo o instancia creada por ella respete su esfera de competencia y la de los otros”, lo que “dificulta impugnar su decisión –la del Contralor General por la vía de la toma de razón– mediante un recurso de protección” (señor Hernán Larraín); que de aceptarse “la procedencia del recurso de protección contra la función de control de legalidad –establecida en la Constitución–, se reconocería a la Corte Suprema como un superpoder del Estado, sujeto sólo a la acusación constitucional por notable abandono de deberes”, sin exigirle, como corresponde, que respete la institucionalidad constitucional (señor Sergio Bitar); que “tanto el recurso de protección como el control de legalidad de los actos de la Administración deben interpretarse armónicamente, evitando interferencias o duplicidad de funciones, por lo que resulta inaceptable que se impugne una actuación del Contralor en cumplimiento de su deber” (señor Arturo Frei); y que, en este caso, relativo al trámite de toma de razón, se está en presencia de “un acto de la exclusiva competencia del Contralor, pues se trata de la norma constitucional que dispone la toma de razón de los decretos dictados por el Ejecutivo” (señor Andrés Zaldívar).³

³ Vid. *Resolución del Senado sobre las contiendas de competencia planteadas entre la Contraloría General de la República y la Corte de Apelaciones de Santiago*, revista Gobierno Regional y Municipal, N° 17, diciembre de 1994, págs. 5 y sgts.

En síntesis, la tesis planteada por los señores senadores y aceptada en definitiva por el Senado en esta contienda de competencia, fue, justamente, la de considerar como atribución propia de la Contraloría General la toma de razón de los decretos supremos y de las resoluciones que según la ley han de tramitarse ante ella, en forma independiente y a igual nivel del Poder Judicial dentro de la macroinstitucionalidad del país, reconociendo así que la República se modela conforme a un sistema de distribución de competencias y no según un régimen de poderes del Estado.

Si algunos parlamentarios han discutido la legitimidad del Tribunal Constitucional, como efectivamente ha ocurrido, sus argumentos demuestran que lo hacen no por razones políticas de oportunidad, que las hay, sino más bien por persistir en ellos la convicción de que la soberanía reside en la nación y que como representantes legítimos de sus conciudadanos en sus funciones oficiales, como son y se sienten, ejercen soberanía, expresan una voluntad soberana que no puede ser afectada por los fallos de una magistratura designada, percibida como técnica jurídica, que no interpreta la voluntad, menos todavía la sensibilidad de la ciudadanía.

En otras palabras, sus críticas descansan y se alimentan en la doctrina e ideas de la separación de poderes, lo que demuestra una clara pervivencia del clasicismo constitucional, con las consiguientes demostraciones de incompreensión para un sistema diferente, como es el de distribución de competencias.

Pese al arraigo indesmentible que denota en el país el esquema de los poderes públicos, la Corte Suprema de Justicia había anticipado una interpretación diferente en su sentencia de 3 de mayo de 1965. “La división de poderes establecida en nuestra Carta Fundamental, o más bien, de acuerdo con el concepto moderno, separación o división de funciones —señaló el Tribunal Supremo en ese fallo—, es el fundamento en que descansan la libertad y las garantías individuales; ella no es absoluta, pero sí de tal naturaleza que permite que cada uno de los poderes no interfiera ni suspenda las decisiones que son propias y privativas del otro.”

61. E. LA AMPLITUD RECONOCIDA A LA VOZ GOBIERNO. En cuanto al gobierno, aquella gran organización-función definida como una actividad de dirección superior del Estado, el timonel de la

barca pública, el motor de la máquina estatal, fue el mismo Tribunal Constitucional el que lo hizo descender de su sitial, restándole la jerarquía orgánico-jurídica de que gozaba en el pasado.

“Gobernar es mandar con autoridad o regir una cosa y administrar tiene una acepción semejante porque también es gobernar, regir, aplicar, administrar la República”, dijo en su sentencia de 10 de octubre de 1989, Rol N° 78. Al hacer equivalente gobierno y administración, homologó al primero en el mismo nivel que la actividad otrora definida como simple ejecución de las directrices gubernativas, los remeros de la embarcación del Estado o las piezas de trasmisión de la maquinaria estatal.

61. F. LA AMPLITUD RECONOCIDA A LA VOZ AUTORIDAD. Semejante suerte ha corrido la voz autoridad, expresión de alta estirpe en el campo del poder público.

En el curso del tiempo, la Contraloría General de la República ha venido relativizando su alcance, despojándola de su antigua majestad, al entender que cualquier funcionario con cierto poder de decisión es autoridad: “el legislador no ha determinado el alcance de la expresión autoridades del servicio –consignó el dictamen N° 45.537, de 1980–; siendo así, corresponde atender al significado que tiene la palabra autoridad en el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, de acuerdo con la norma de interpretación contenida en el artículo 20 del Código Civil. Según este Diccionario, autoridad significa, entre otras acepciones, “carácter o representación de una persona por su empleo, mérito o nacimiento” y “persona revestida de algún poder, mando o magistratura”. Atendidas estas definiciones, el jefe de la Sección Bienestar de un servicio público es autoridad, porque ejerce la administración de dicha dependencia, lo que implica labores de representación y de dirección, configuradoras de las características de la autoridad según el Diccionario de la Real Academia Española”.

Son gastos de representación, según la respectiva glosa presupuestaria, “los gastos por concepto de inauguraciones, aniversarios, presentes, atención a autoridades, delegaciones, huéspedes ilustres y otros análogos, en representación del Servicio, Empresa y/o Institución”.

Para hacerlos procedentes, el dictamen N° 11.315, de 1985, exigió que se tratara de “celebraciones que guarden relación

con las funciones del servicio respectivo y a las cuales asistan autoridades superiores del Gobierno o del Ministerio correspondiente”.

¿Qué son autoridades superiores del Gobierno o del Ministerio correspondiente?, se le consultó.

El dictamen N° 28.852, de 1985, respondió que “la expresión autoridades superiores del Gobierno no puede ser interpretada con sujeción estricta a su tenor literal, pues ello conduciría a concluir que sólo comprende al Presidente de la República, Ministros de Estado, Intendentes Regionales y Gobernadores Provinciales, sino que atendiendo a la jerarquía y representatividad que posean las autoridades que ejercen las funciones y potestades superiores del Estado en el marco de la Constitución y las leyes de la República”.

“Atendido lo expuesto, cabe estimar que el precepto comprende, además de las autoridades mencionadas, al Presidente y Ministros de la Corte Suprema, Subsecretarios de Estado y Jefes Superiores de Servicios y, también, acorde con la parte final de la glosa, a los funcionarios de los escalafones Directivos Superiores de los Ministerios, en el orden nacional.”

“Dado que dicha representatividad se proyecta en el plano regional o local, corresponde expresar que dicha norma alcanza, asimismo, al Presidente y Ministros de las Cortes de Apelaciones, Secretarios Regionales Ministeriales, Directores Regionales de los Servicios Públicos y Jefes Superiores de Servicios Públicos de la respectiva Región.”

Constituye autoridad, pues, todo funcionario del Estado de relevancia nacional, regional, provincial o local, incluyendo a “los funcionarios de los escalafones Directivos Superiores de los Ministerios, en el orden nacional”, y a “los Directores Regionales de los Servicios Públicos y Jefes Superiores de Servicios Públicos de la respectiva Región”.

61. G. EL PRINCIPIO DE DISTRIBUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS PÚBLICAS. De este modo, el artículo 5° de la Constitución Política de la República, al disponer que la soberanía se ejerce por las autoridades que ella establece y al regular efectivamente a lo largo y ancho de su articulado autoridades de diversa naturaleza, sea en razón de la materia, sea en razón del territorio, homogeneizándolas, situándolas en un mismo plano jurídico, aunque en distintos niveles de decisión y diferenciadas materias, ha varia-

do la óptica de construcción de la institucionalidad consagrando una distribución de competencias o división de funciones en lugar de un régimen de separación de poderes.

La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución habría de volver a tratar esta materia en sus últimas sesiones. Así, en la 402^a, celebrada en viernes 14 de julio de 1978, recalcó que no eran “efectivas ni la separación de poderes ni la separación de funciones”, sino la distribución de competencias, en cuanto “un concepto fundamental del Estado de derecho es, precisamente, que las funciones del Estado se distribuyan entre órganos diversos y que éstos no emanen de una sola fuente, sino que tengan fuentes de origen distintas e independientes entre sí”.

Reiteró, así, una idea recurrente en la Comisión, como que en la sesión siguiente, en la 403^a, del 18 de julio de 1978, a propósito del Banco Central, el señor Jaime Guzmán hizo ver “que todos concuerdan con la afirmación del señor Diez de que corresponde al pueblo y a las personas por él elegidas la conducción del país, ya que es un principio válido en una democracia, pero recuerda que el mismo señor Diez ha expresado muchas veces que el sufragio universal no es la única fuente legítima para adoptar resoluciones en dicho sistema, punto de vista que comparte”.

Siendo novedoso este debate en la discusión de una Constitución chilena y naturalmente original también la implantación de la distribución de competencias públicas en el Código Político de 1980, ha de precisarse, con todo, que la Carta Fundamental no incorporó a la institucionalidad una innovación teórica, una obra de simple ingeniería política, sino que asimió una tendencia sociológica que por años había discurrido bajo los puentes del tiempo en el país, registrándose en la crítica que constantemente hicieron suya los constitucionalistas chilenos al referirse a la teoría de la separación de los poderes del Estado; en la consagración legislativa primero, constitucional después, de la descentralización funcional, expresión de una Administración diferente de la del Estado, al liberar a todo un campo del sector público de la dependencia del centro administrativo nacional para dejarlo sometido sólo a un vínculo de supervigilancia o tutela; en la consagración, el año 1943, de la Contraloría General de la República como un organismo constitucionalmente autónomo; en la existencia de un

Tribunal Constitucional y de un Tribunal Calificador de Elecciones; en las tesis jurisprudenciales que se han apartado de las ideas tradicionalmente aceptadas para admitir tesis funcionales de interacción pública y, por supuesto, desde el punto de vista de la psicología social, en la percepción ciudadana de que las instituciones del Estado están al servicio de la comunidad y explicárselas y criticarlas por el rol que cumplen en tal calidad, antes que por las ideas abstractas que den cuenta de su existencia o la justifiquen.

62. EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS LLEVÓ AL ESTABLECIMIENTO DE LOS ORGANISMOS CONSTITUCIONALMENTE AUTÓNOMOS Y DE LAS FUERZAS INSTITUCIONALES. Por aplicación del criterio de distribución de las competencias públicas, la Constitución Política se abstuvo de consagrar poderes del Estado en denominación y carácter, como acostumbraba hacerlo el derecho constitucional clásico, salvo tratándose del Poder Judicial, al que denominó de esta manera por conocidas razones históricas, para consagrar, en cambio, como se ha dicho, órganos y organismos de diferente naturaleza, personificados y no personificados, políticos y no políticos.

En su parte orgánica, la Carta de 1980 contempla al Gobierno, en el capítulo IV, al Congreso Nacional, en el capítulo V, y al Poder Judicial, en el VI, para establecer enseguida los órganos y organismos constitucionalmente autónomos y las fuerzas institucionales.

Los órganos y organismos autónomos son organizaciones jurisdiccionales, técnicas, asesoras o de carácter social, que dentro del Código Político no dependen ni se relacionan con el Gobierno, el Congreso Nacional o el Poder Judicial, encontrándose sometidos directamente a la Constitución Política de la República y a una preceptiva legal que por mandato constitucional regula su generación y funcionamiento.

Los organismos jurisdiccionales autónomos son el Tribunal Constitucional (Capítulo VII), regido por la ley orgánica constitucional N^o 17.997, de 1981; y la Justicia Electoral (Capítulo VIII), constituida por el Tribunal Calificador de Elecciones y los Tribunales Electorales Regionales, regulados por las leyes orgánicas N^{os} 18.460, de 1985, y 18.593, de 1987, respectivamente.

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 79, inciso 1^o, segunda parte, de la Carta Política, estas magistraturas están al margen de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema de Justicia.

En la misma posición institucional cabe considerar a la justicia de cuentas, radicada en la Contraloría General de la República, según lo prescrito por el artículo 87 de la Constitución Política de la República.

Artículo 79, inciso 1º. La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación. *Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones, los tribunales electorales regionales y los tribunales militares de tiempo de guerra.*

Artículo 87, inciso 1º. Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

Los otros órganos y organismos autónomos establecidos por la Carta Fundamental, son los del sistema electoral público (artículo 18), el Consejo Nacional de Televisión (artículo 19, Nº 12, inciso 6º), la Contraloría General de la República (artículo 87), el Consejo de Seguridad Nacional (artículo 95), el Banco Central (artículo 97), los gobiernos regionales (artículo 100) y las municipalidades (artículo 107).*

Al no haberse estructurado la institucionalidad en distribución de competencias, el legislador ha caracterizado a estos órganos y organismos desde la perspectiva de los tres poderes del Estado, situándolos, por exclusión, dentro de la Administración: si no dependen ni se relacionan con el Congreso Nacional ni tampoco con el Poder Judicial, entonces son órganos y organismos administrativos, es el razonamiento que se hace la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, al incluirlos en su cuerpo de disposiciones.

62. A. EL SISTEMA ELECTORAL PÚBLICO: EL SERVICIO DE REGISTRO ELECTORAL. El sistema electoral público se encuentra establecido en el artículo 18 de la Constitución Política de la República.

* La Ley Nº 19.519, de 16 de septiembre de 1997, agregó un capítulo VI-A a la Constitución de 1980, titulado Ministerio Público. Su primer artículo, el 80 A, estableció un nuevo organismo autónomo, al disponer: "Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley".

Artículo 18, inciso 1º. Habrá un sistema electoral público. Una ley orgánica constitucional determinará su organización y funcionamiento, regulará la forma en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios, en todo lo no previsto por esta Constitución y garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en los señalados procesos.

La Ley N° 18.556, de 1986, establece en su artículo 3º que “los organismos encargados del proceso de inscripción electoral son las Juntas Electorales, las Juntas Inscriptoras y el Servicio Electoral”.

Las Juntas Electorales son órganos electorales colegiados de carácter provincial con competencia para determinar los locales en que han de funcionar las Juntas Inscriptoras y proponer al Director del Servicio Electoral la nómina de postulantes a miembros de las Juntas Inscriptoras.

Las Juntas Inscriptoras son órganos electorales colegiados de carácter comunal con competencia para inscribir a los ciudadanos y a los extranjeros con derecho a sufragio en los registros electorales.

El Servicio Electoral, al tenor de lo dispuesto por el artículo 87 de la Ley N° 18.556, de 1986, es un “organismo autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio”, continuador legal de la Dirección del Registro Electoral, y encargado, según el artículo 90 de la misma ley, de “supervigilar y fiscalizar a los organismos electorales establecidos en esta ley y velar por el cumplimiento de las normas electorales, debiendo denunciar ante la autoridad que corresponda a las personas que las infringieren, sin perjuicio de la acción pública o popular que fuere procedente”; de formar y mantener el Padrón Electoral, el Registro de Partidos Políticos y el Archivo Electoral General, así como de mantener registros de las personas suspendidas del derecho a sufragio y de quienes hayan perdido su calidad de ciudadanos.

El Director del Servicio es “nombrado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado, requiriéndose para ello del voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio. Su remoción se hará en igual forma”, dice el artículo 91 de la Ley N° 18.556, de 1986. Jurídicamente es un funcionario público de planta. Así lo confirma la Ley N° 18.583, de 1986, que fijó la planta del Servicio Electoral.

Agrega el artículo 96 que el personal del Servicio Electoral “será nombrado por el Director y se regirá por las normas aplicables de los funcionarios de la administración pública”, o

sea, por el Estatuto Administrativo general aprobado por la Ley N° 18.834, de 1989, y sus normas complementarias.

Cabe hacer presente que las atribuciones de la Contraloría General de la República sobre este organismo, según el artículo 88 de la ley, se limitan a lo “que concierne al examen y juzgamiento de sus cuentas de entradas y gastos y al control de legalidad de los actos del Servicio relativos a su personal y al régimen estatutario de éste”.

62. B. EL CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN. El Consejo Nacional de Televisión está contemplado en el artículo 19, numeral 12, inciso 6°, de la Constitución Política de la República.

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

12, *inciso 1°.* La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

12, *inciso 6°.* Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo.

La Ley N° 18.838, de 1989, orgánica constitucional que rige al Consejo, lo define en su artículo 1° como “un servicio público autónomo, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propio, que se relacionará con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio Secretaría General de Gobierno”, considerándolo el sucesor legal del Consejo Nacional de Televisión establecido por la Ley N° 17.377, en funciones a la fecha de vigencia de aquella ley (artículo 48).

“Corresponderá a este Consejo –precisa el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 18.838– velar por el correcto funcionamiento de los servicios de televisión, y, para tal fin, tendrá su supervigilancia y fiscalización, en cuanto al contenido de las emisiones que a través de ellos se efectúen, en conformidad con las normas de esta ley.”

Junto a esta atribución general, desglosada más adelante en atribuciones específicas, el artículo 12 de la ley, en sus letras c) y e), confiere al Consejo Nacional de Televisión las importantes facultades de “fomentar y encargar estudios sobre los efec-

tos de la radiodifusión televisiva en los habitantes del país” y de “otorgar, renovar o modificar las concesiones de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción y declarar el término de estas concesiones, de conformidad con las disposiciones de esta ley”.

Asimismo, es de destacar que el artículo 13 bis de la ley autorizó al Consejo para financiar o subsidiar, con aportes especiales del Estado y previa licitación pública, “la producción, transmisión y difusión de programas televisivos en aquellas zonas fronterizas, extremas o apartadas del territorio nacional en que, por su lejanía o escasa población, no exista interés comercial que incentive a concesionarias de servicios de radiodifusión televisiva de libre recepción a prestar estos servicios”.

El Consejo está integrado por once miembros, de los cuales uno de ellos es de libre designación del Presidente de la República, y su presidente y los otros diez consejeros son designados por el Jefe de Estado “con acuerdo del Senado” en los términos del artículo 2º, que regula el procedimiento que habrá de seguir el Senado al pronunciarse sobre la proposición presidencial.

Los artículos 4º y 3º de la ley facultan al Consejo para designar y remover a un vicepresidente y a un secretario general, respectivamente, con los votos conformes de siete de sus once consejeros.

“Los Consejeros –prescribe el artículo 2º de la Ley Nº 18.838, de 1992– deberán ser personas de relevantes méritos personales y profesionales, tales como: haber sido agraciado como Premio Nacional en cualquiera de sus menciones; ser miembro de alguna de las Academias del Instituto de Chile; haber sido Parlamentario o Ministro de Corte; ser o haber sido Profesor Universitario; ser o haber sido Director o Rector de Establecimientos de Educación Media o Superior de reconocido prestigio nacional; haber sido Oficial General de alguna de las Instituciones de las Fuerzas Armadas o de Carabineros de Chile.”

Los consejeros duran ocho años en sus funciones y pueden ser designados por nuevos períodos. Se renuevan “por mitades, cada 4 años”.

Los miembros del Consejo no son empleados públicos. Por cada sesión a que asistan tienen derecho a percibir una asignación equivalente a tres unidades tributarias mensuales, con un límite de nueve de dichas unidades por mes (artículo 11).

El Presidente, en cambio, es funcionario público de planta, grado 2 de la Escala General de Grados y Sueldos de la Administración Pública (artículo 42).

El personal del Consejo Nacional de Televisión es designado por el Presidente del Consejo y se rige por las disposiciones del Estatuto Administrativo general para los funcionarios públicos, aprobado por la Ley N° 18.834, de 1989. Así lo disponen los artículos 14, letra g), y 41 de la ley orgánica constitucional que rige a este organismo, y la Ley N° 18.583, de 1986, que fijó su planta de personal, que prescribe en su artículo 1° que se aplicará a la dotación del Consejo “la Escala Unica de Sueldos del Decreto Ley N° 249, de 1973, y sus modificaciones posteriores o la legislación que la sustituya”.

62. C. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. La Contraloría General de la República está establecida en el artículo 87 de la Constitución Política de la República.

Artículo 87. Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

El Contralor General de la República será designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio, será inamovible en su cargo y cesará en él al cumplir 75 años de edad.

La Contraloría General de la República es un organismo de control externo creado en 1927, a sugerencia de la Misión Kemmerer, que estuvo en el país entre los meses de julio y octubre de 1925, y en 1927, y cuyos consejeros financieros tuvieron una destacada participación en su organización.

Se creó por Decreto con Fuerza de Ley N° 400 bis, de 26 de marzo de 1927, previa opinión favorable de una comisión presidida por el Superintendente de Bancos, don Julio Phillipi, e integrada por los señores W. M. Van Deusen, Alfonso Fernández, Eduardo Puelma y Miguel Vergara. El informe, fechado el 11 de marzo de aquel año, se elevó a conocimiento del Ministro de Hacienda, don Pablo Ramírez, quien, además, en ese mismo decreto con fuerza de ley fue designado “Contralor General de la República, en carácter de interino... sin perjuicio

de sus funciones como Ministro, y sin derecho al sueldo de Contralor”. Como Subcontralor se nombró al señor Eduardo Puelma, quien subrogó al señor Ramírez en el cargo de Contralor hasta julio de 1927, en que asumió la Contraloría el señor Kenneth Page Oxley, persona muy conocida en Valparaíso, su ciudad natal, por sus actividades empresariales.

La Contraloría General surgió como un servicio fiscal más de la Administración Pública, dependiente del Ministerio de Hacienda –la Constitución actual tampoco le concede personalidad jurídica–, aunque especializada en sus materias, que estuvieron determinadas por los mismos organismos que se refundieron en ella: la Dirección General de Contabilidad, el Tribunal de Cuentas, la Dirección General de Estadística y la Inspección General de Bienes de la Nación, pues por su intermedio se buscó articular un eficiente sistema de contabilidad gubernamental, mantener un adecuado control de los decretos de gastos, contar con una estadística funcionaria, que era desconocida en la época, y desarrollar una fiscalización de terreno que determinara la forma en que estaban desarrollando sus funciones los empleados de los servicios de la Administración Pública.

La Contraloría General de la República adquirió connotación institucional el año 1943, al ser incorporada como organismo autónomo a la Constitución Política de la República, por Ley N° 7.727, de ese año, que reformó el Código Político animada del espíritu de contar con una mejor regulación financiera del Estado.

Se halla regida por la Ley N° 10.336, de 1964, que por mandato de la disposición quinta transitoria de la Carta Fundamental tiene el carácter de una ley de rango orgánico constitucional en tanto no se apruebe para el organismo contralor la ley de esta naturaleza prevista en el artículo 87 del Código Político.

Como puede advertirse del texto de este artículo, la Contraloría General tiene cinco funciones principales en la Constitución Política. De ellas, la quinta es una remisión a las demás que le confiera la ley. En la actualidad, la Ley N° 10.336, de 1964, otorga a la Contraloría las de interpretar las leyes administrativas, registrar los actos relativos a personal y a bienes de la Administración, y hacer la publicación oficial de las leyes y reglamentos de la República.

El Contralor General es inamovible en su cargo, que es, además, de carácter vitalicio, como se desprende de la Carta Fundamental. Sólo puede ser removido por juicio político, de conformidad con los artículos 48, N° 2, y 49, N° 1, de la Constitución, y por juicio de amovilidad o querrela de capítulos, en su caso.

En efecto, la Ley N° 10.336, de 1964, en su artículo 4º, reconoce al Contralor y al Subcontralor “las prerrogativas e inamovilidad que las leyes señalan para los miembros de los Tribunales Superiores de Justicia”, agregando que “la remoción del Contralor General y del Subcontralor corresponderá al Presidente de la República, previa resolución judicial tramitada en la forma establecida para los juicios de amovilidad que se siguen contra los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia y por las causales señaladas para los Ministros de la Corte Suprema”.

El personal de la Contraloría General de la República es designado por el Contralor, es de su exclusiva confianza, rigiéndose en lo demás por las normas especiales que la gobiernan y por el Estatuto Administrativo general de los funcionarios públicos, Ley N° 18.834, de 1989.

62. D. EL CONSEJO DE SEGURIDAD NACIONAL. El Consejo de Seguridad Nacional está regulado por el artículo 95 de la Constitución Política.

Artículo 95, inciso 1º. Habrá un Consejo de Seguridad Nacional, presidido por el Presidente de la República e integrado por los presidentes del Senado y de la Corte Suprema, por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, por el General Director de Carabineros y por el Contralor General de la República.

Añade el artículo 96 que son funciones del Consejo de Seguridad Nacional: asesorar al Presidente de la República en cualquier materia vinculada a la seguridad nacional en que éste lo solicite, hacerle presente, tanto a él como al Congreso Nacional o al Tribunal Constitucional, su opinión frente a algún hecho, acto o materia que a su juicio atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional, e informar, previamente, respecto de la fijación de las fuerzas de aire, mar y tierra que han de mantenerse en pie en tiempo de paz o de guerra, así como sobre las normas que permitan la entrada de tropas extranjeras o la salida de tropas nacionales del territorio nacional.

El funcionamiento interno del Consejo de Seguridad Nacional se sujeta a las normas del Reglamento de Organización y Funcionamiento aprobado por él mismo, de fecha 10 de mayo de 1988, publicado en el Diario Oficial del día siguiente, del 11 de mayo.

Según expresa el artículo 9º del Reglamento, “la Presidencia del Consejo corresponderá al Presidente de la República, o al Vicepresidente de la República”, según los casos. Su Secretaría, dice el artículo 11, al “Jefe de Estado Mayor de la Defensa Nacional, quien para el cumplimiento de su labor podrá utilizar los medios de apoyo de dicho Estado Mayor. Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo podrá requerir los funcionarios de la Administración del Estado que se estimen necesarios para el cumplimiento de estas labores, en comisión de servicio”.

62. E. EL BANCO CENTRAL DE CHILE. El Banco Central se encuentra instituido en el artículo 97 de la Constitución Política de la República.

Artículo 97. Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico, denominado Banco Central, cuya composición, organización, funciones y atribuciones determinará una ley orgánica constitucional.

Su regulación se contiene en la Ley Orgánica Constitucional N° 18.840, de 1989, cuyo artículo 1º dispone que “es un organismo autónomo, de rango constitucional, de carácter técnico, con personalidad jurídica, patrimonio propio y duración indefinida”.

“El Banco, en el ejercicio de sus funciones y atribuciones –agrega el artículo 2º–, se regirá exclusivamente por las normas de esta ley orgánica y no le serán aplicables, para ningún efecto legal, las disposiciones, generales o especiales, dictadas o que se dicten para el sector público. Subsidiariamente y dentro de su competencia, se regirá por las normas del sector privado.”

Sus funciones se refieren al circulante, a la regulación de la cantidad de dinero en circulación y del crédito, del sistema financiero y mercado de capitales, a cautelar la estabilidad del sistema financiero y a las operaciones de cambios internacionales.

En cuanto a circulante, el artículo 28 radica en el Banco Central la “potestad exclusiva –de– emitir billetes y acuñar moneda”.

En lo relativo a la regulación de la cantidad de dinero en circulación y de crédito, el artículo 34 de la ley radica en el Banco Central una serie de atribuciones relacionadas con operaciones bancarias y financieras, fijación de tasas de encaje y de interés, y con documentos, títulos y depósitos.

En lo que se refiere al sistema financiero y mercado de capitales, el artículo 35 de la ley reconoce al Banco Central facultades normativas y resolutivas orientadas a asegurar su sano funcionamiento.

Con vistas a cautelar la estabilidad del sistema financiero, el artículo 36 de la ley consulta atribuciones que permiten al Banco conceder créditos de urgencia a las empresas bancarias y sociedades financieras cuando presenten problemas de liquidez, e incluso adquirir sus activos, en el caso de los artículos 120, inciso 4º, y 129, inciso 2º, de la Ley General de Bancos.

Frente a las operaciones de cambios internacionales, los artículos 39 y siguientes de la ley orgánica constitucional del Banco Central, junto con definir qué son las operaciones de cambios internacionales y el Mercado Cambiario Formal, formado por las empresas bancarias y las entidades autorizadas por el Banco, permite que el Banco Central adopte medidas sobre retorno de divisas y su liquidación por exportación de mercancías o servicios, pagos y remesas en moneda extranjera, así como sobre simple liquidación de divisas.

Aclara el inciso 2º del artículo 6º de la Ley N° 18.840, de 1989, que, en todo caso, “el Consejo, al adoptar sus acuerdos, deberá tener presente la orientación general de la política económica del Gobierno”.

El Banco está dirigido por un Consejo. “El Consejo estará constituido por cinco consejeros –prevé el artículo 7º–, designados por el Presidente de la República, mediante decreto supremo expedido a través del Ministerio de Hacienda, previo acuerdo del Senado”.

Los consejeros duran diez años en sus funciones, “pudiendo ser designados para nuevos períodos, y se renovarán por parcialidades, a razón de uno cada dos años”.

“Los consejeros tendrán el carácter de trabajadores del sector privado para efectos de seguridad social” (artículo 81, inciso 4º).

El Consejo tiene un presidente y un vicepresidente.

El presidente del Consejo del Banco Central es designado por el Presidente de la República de entre los miembros del

Consejo y dura cinco años en el cargo o el tiempo menor que le reste como consejero, pudiendo ser designado para nuevos períodos, dice el artículo 8º, en su inciso 2º. El vicepresidente es elegido por el Consejo de entre sus miembros, con facultad para fijarle plazo de desempeño y removerlo de esas funciones.

Además, en los términos del artículo 17 de la ley, el Presidente de la República, “por causa justificada y previo consentimiento del Senado, podrá remover a alguno o a la totalidad de los miembros del Consejo”, por causal de haber “votado favorablemente acuerdos del Banco que impliquen un grave y manifiesto incumplimiento de su objeto” y siempre “que dicho acuerdo haya sido la causa principal y directa de un daño significativo a la economía del país”.

Los funcionarios del Banco Central se encuentran sometidos a un Reglamento de Personal, aprobado por el Consejo del Banco, de acuerdo con lo estatuido por el artículo 18, numeral 3º, de la ley, norma que autoriza también al Consejo para “establecer la estructura administrativa de la institución y la o las plantas del personal; fijar las remuneraciones y cualquier otro estipendio a beneficio del personal del Banco”.

Agrega el artículo 81 de la Ley N° 18.840, de 1989, que el Reglamento de Personal regulará “las relaciones laborales que vinculan al Banco con sus trabajadores y deberá contener, a lo menos, normas sobre la forma en que se efectuarán los nombramientos y la provisión de los cargos vacantes, los mecanismos de ascensos y promociones, y los sistemas de capacitación y calificación del desempeño laboral”.

En lo previsto en la ley y en el Reglamento de Personal, consulta la aplicación subsidiaria de las normas “del Código del Trabajo y demás normas legales aplicables al sector privado. En ningún caso se aplicarán al personal del Banco las normas generales o especiales dictadas o que se dicten para el sector público”.

62. F. LOS GOBIERNOS REGIONALES. Los gobiernos regionales son corporaciones territoriales creadas por la Ley N° 19.097, de 1991, de reforma constitucional, como organismos de administración superior de la región, incorporándolos en tal carácter al texto de la Constitución Política de la República.

Artículo 100, inciso 2º. La administración superior de cada región radicará en un gobierno regional que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región.

El gobierno regional estará constituido por el intendente y el consejo regional. Para el ejercicio de sus funciones, el gobierno regional gozará de personalidad jurídica de derecho público y tendrá patrimonio propio.

La exposición y sistematización de los gobiernos regionales se contiene en el párrafo sesenta y nueve de esta obra, al cual cabe remitirse, destacando en esta ocasión que los gobiernos regionales han de conceptuarse, asimismo, como autonomías constitucionales, atendidas las circunstancias de que su creación emana de la Carta Fundamental, que sus funciones y atribuciones están establecidas también en el Código Político, que su Consejo, órgano colegiado de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador, está formado por miembros elegidos por los concejales de la respectiva región, y a que el Presidente de la República carece de las potestades jerárquica y de supervigilancia que ejerce sobre los servicios descentralizados.

62. G. LAS MUNICIPALIDADES. Las municipalidades son corporaciones de carácter territorial de larga tradición en el país.

Transformadas en servicios públicos estatales durante el Gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden, con la reforma constitucional del año 1991, por Ley N° 19.097 de ese año, comenzaron a recobrar su rol de organismos sociales expresivos del sentir de la comunidad vecinal, como se desprende del artículo 107 del Código Político.

Artículo 107, inciso 2º. Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.

Las corporaciones edilicias están tratadas con mayor detalle en el párrafo setenta y dos de esta obra. Baste señalar, por ahora, que estas corporaciones aparecen concebidas en la Constitución Política de la República como organismos autónomos, en tanto y en cuanto su creación y atribuciones derivan directamente de la Constitución y de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.695, que las rige, y que sus autoridades superiores, el alcalde y el concejo, son elegidas en forma directa por los vecinos de la comuna, de modo que el Jefe de Estado no tiene

sobre las municipalidades los poderes jurídicos que le asisten sobre los servicios públicos nacionales.

62. H. LAS FUERZAS INSTITUCIONALES. Las Fuerzas Institucionales de la República están reguladas en el capítulo X de la Carta Fundamental.

Las Fuerzas Institucionales están constituidas, según lo prescrito por el artículo 90 de la Constitución, “única y exclusivamente por las Fuerzas Armadas y por las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública”.

“Las Fuerzas Armadas están integradas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden institucional de la República.”

“Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas por Carabineros e Investigaciones, constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. Carabineros se integrará, además, con las Fuerzas Armadas en la misión de garantizar el orden institucional de la República.”

63. LOS ÓRGANOS Y ORGANISMOS DEL SISTEMA ELECTORAL, EL CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN, LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, EL CONSEJO DE SEGURIDAD NACIONAL, EL BANCO CENTRAL, LOS GOBIERNOS REGIONALES Y LAS MUNICIPALIDADES NO DEPENDEN NI SE HALLAN BAJO LA SUPERVIGILANCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Según la tesis desarrollada precedentemente, los órganos y organismos constitucionalmente autónomos presentan una naturaleza jurídica distinta de la que se les ha reconocido hasta ahora por la doctrina y la jurisprudencia, que, según ha podido apreciarse en el curso de esta obra, reduce la organicidad de la Administración a las categorías de la centralización y de la descentralización, y a los tipos jurídicos de los servicios fiscales, dependientes o de administración central, y de los servicios personificados, autónomos o descentralizados.

Ello obedece, fundamentalmente, a la circunstancia de que en estricto rigor los órganos y organismos autónomos que se han tratado en el párrafo precedente, sólo están sometidos a la Constitución y a la ley, y no están sujetos a vínculo alguno que

los obligue frente al Presidente de la República a comportarse de determinada manera.

El ámbito de la Administración del Estado, en efecto, cabe reiterarlo, gira *in integrum* en torno al vínculo jurídico que une a un órgano u organismo al Centro Administrativo Nacional, en términos tales que si la ley no permite configurar a una determinada entidad como servicio fiscal o como servicio descentralizado: lo que implica reconocer respecto de ellos un poder de jerarquía o de supervigilancia, esa entidad no puede ser definida como administrativa; queda al margen del cuadro orgánico de la Administración Pública como un ente aparte, distinto, diferente de los organismos que integran este sector del Estado-nación.

La naturaleza no asimilada de estos organismos los hace, en oportunidades, actuar y sostener puntos de vista que sorprenden a la ciudadanía, que por tener grabada en la retina histórica la teoría de los tres poderes del Estado considera inusual, rayando en el desacato, que un servicio público discuta su competencia frente a uno de los poderes clásicos, ejecutivo, legislativo o judicial.

Así sucedió con la negativa del Banco Central a proporcionar antecedentes al Congreso Nacional, por autoestimarse de una naturaleza distinta a las entidades de la Administración del Estado, y con la contienda de competencia que planteó la Contraloría General de la República en contra de la Corte de Apelaciones de Santiago, afirmando que su facultad de tomar razón era de índole constitucional, paralela y de igual nivel a la función protectora de los derechos constitucionales que el artículo 20 de la Constitución Política de la República confía a los tribunales superiores de justicia del Poder Judicial.⁴

Por su parte, no hace mucho, el día jueves 3 de abril de 1997, el Contralor General de la República, don Arturo Aylwin Azócar, puso de nuevo de relieve la especial posición institucional en que se encuentran estas autonomías constitucionales dentro de la organización del Estado-nación. Al referirse a la

⁴ Vid. dictámenes N^{os} 27.729, de 1991, y 28.091, de 1992, de la Contraloría General de la República, que obligaron al Banco Central a informar al Congreso Nacional, por estimarlo un organismo de naturaleza administrativa, y los alegatos sostenidos en el Senado, a raíz de la referida contienda de competencia: revista Gobierno Regional y Municipal, N^o 16, noviembre 1994, págs. 5 y sgts.

Contraloría, en la conferencia de prensa que ofreció con motivo de asumir su alto cargo, dijo que “la Contraloría General chilena es la más independiente del mundo”, lo cual es efectivo, aunque en estricto rigor, dentro de la esfera constitucional, es una afirmación que no sólo es aplicable a esta entidad fiscalizadora sino también a los demás organismos que se han mencionado.

Estas características de la institucionalidad chilena deberían llamar a la reflexión a la intelectualidad publicista, atendido el significado que tiene para el país la existencia de organismos con potestades exclusivas y excluyentes, que pese a ser públicos se hallan al margen de los cursos de acción predefinidos por las autoridades políticas y que por carecer de una regulación que equilibre los elementos autoridad-responsabilidad sobre los cuales se estructuran, pueden ser factores detonantes de una entropía alarmante dentro del Estado-nación, en una actitud que incluso ha sido estimulada por la indecisión demostrada en esta materia por el legislador.

Así, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado incluyó en el inciso 2º de su artículo 1º a las más caracterizadas autonomías constitucionales dentro del cuadro orgánico de la Administración Pública, justamente para presentar una Administración-Poder Ejecutivo, pero enseguida, para evidenciar su naturaleza especial, distinta de la propiamente administrativa, ya que no se hallaban vinculadas al centro administrativo nacional por un vínculo jerárquico ni de supervigilancia o tutela, las excluyó de su campo de acción por el mandato expresado contenido en su artículo 18, inciso 2º.

Cabe destacar, a su vez, que con posterioridad, a propósito del Banco Central, el legislador dispuso en la Ley Orgánica Constitucional, la N° 18.840, de 1989, como se lee en su artículo 90, que no se aplicaría a esta entidad “la Ley N° 18.575”, con lo cual pareciera querer indicar algo más de lo que prescribía el inciso 2º del artículo 18 de esta ley, al insinuar que dicho Banco no forma parte en realidad de la función administrativa del Estado-nación.

Artículo 90. No se aplicarán al Banco Central el Decreto Ley N° 1.097, de 1975; el Decreto con Fuerza de Ley 252, de 1960, salvo sus artículos 36, 83, N°s 4 y 13; 83 bis; 114, letra a); 120; 126; 127 y 129; ni la Ley N° 18.575.

Esta vacilación legislativa que presenta la Ley N° 18.575 en sus artículos 1º, inciso 2º, y 18, inciso 2º, frente al diseño de la Administración del Estado, se ha visto confirmada más tarde, tratándose del Consejo Nacional de Televisión: mientras el artículo 51 de la Ley N° 18.838 incluyó a este Consejo dentro del inciso segundo del artículo 18 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, con la evidente finalidad de dejarlo sujeto a las normas constitucionales pertinentes y a su correspondiente ley orgánica constitucional, en seguida, por el N° 34 del artículo único de la Ley N° 19.131 lo excluyó de dicho inciso 2º, para situarlo al margen de todo cuanto pudiera considerarse Administración Pública.

La circunstancia, pues, de que los distintos círculos ciudadanos y especializados se expliquen la institucionalidad pública a través de la figura de los poderes del Estado y omitan considerar el principio de la distribución de las competencias públicas en organismos constitucionalmente autónomos, dificulta la comprensión de las actuaciones interorgánicas en el nivel superior del Estado-nación, desde el instante que las autonomías constitucionales por un lado o por otro, de una u otra manera, al ser diferentes de las entidades normalmente conocidas en el campo de la Administración Pública, escapan a los cánones admitidos por el administrativismo clásico para caracterizar a los servicios públicos, lo que las induce de hecho a asumir actitudes y a incurrir en acciones independientes, apoyadas en su propia autoridad, sin contar, sin embargo, con eficientes normas de supervigilancia o de responsabilidad que a lo menos aseguren la sinergia institucional del Estado.⁵

Esta independencia de decisión y de acción, según se ha expresado, se ha manifestado con claridad en los casos del Banco Central y de la Contraloría General de la República, pero sin lugar a dudas no son las únicas situaciones que pueden producirse en la esfera institucional con iguales características, como que una tesis parecida ha insinuado el legislador en la Ley N° 19.131 relativa al Consejo Nacional de Televisión y han defendido calurosamente las municipalidades en sus ale-

⁵ En el dictamen N° 17.808, de 1993, la Contraloría General se autocalificó de poder del Estado, al sostener que no dictaminaba sobre "las atribuciones que corresponden a otro Poder del Estado".

gatos de independencia frente a cualquier posibilidad de control gubernativo o parlamentario.

Las municipalidades han sido incomprendidas, en verdad, por la jurisprudencia administrativa, que mantiene su concepción-caracterización vertical de la Administración del Estado.

Son, dice la Constitución Política de la República, corporaciones autónomas, personas jurídicas de derecho público, cuyos órganos decisorios: el alcalde y el concejo, son elegidos por la comunidad local.

Por consiguiente, el Presidente de la República, sea directamente o a través de sus representantes territoriales: los intendentes y gobernadores, carece de poderes jurídicos jerárquicos o de supervigilancia sobre las corporaciones edilicias, las que según el Código Político están habilitadas para autodeterminarse, con la sola limitante de ajustar sus planes de desarrollo a los de carácter regional y nacional, para mantener una coherencia de acción.

Pese a esta clara regulación constitucional y legal de las corporaciones consistoriales, la jurisprudencia continúa atribuyéndoles el carácter de servicios descentralizados, sujetándolas al patrón de los servicios personificados, sometidos a la tutela o supervigilancia del Presidente de la República.

“Las municipalidades –sostuvo el Tribunal Constitucional en su sentencia de 22 de septiembre de 1988, recaída en autos Rol N° 80– son órganos descentralizados territorialmente, generados por la propia Constitución y que actúan con su propia personalidad jurídica de derecho público y con patrimonio propio, por lo que a juicio de este Tribunal serían órganos constitucionalmente autónomos.”

“Las municipalidades –añadió en el mismo sentido el dictamen N° 41.386, de 1988, reiterado por el oficio N° 39.566, de 1996– son servicios territorialmente descentralizados, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propios.”

La caracterización de las corporaciones consistoriales como servicios descentralizados lleva a una evidente contradicción, pues al atribuírsele esta naturaleza implícitamente se afirma también que el Presidente de la República ejerce un poder de supervigilancia o tutela sobre ellos por medio del ministerio respectivo, lo que no es así en la Constitución Política, en la ley, ni en la realidad.

Según se ha manifestado, hay un equívoco que ronda todo este tema, desde el instante que la Ley Orgánica Constitucio-

nal de Bases Generales de la Administración del Estado, antes que definir situaciones institucionales prefirió convenir en figuras tradicionales, necesitando para ello el modelo articulado en el artículo 1º, inciso 2º, en el cual incluyó a las autonomías constitucionales dentro de la Administración Pública, pero requiriendo, simultáneamente, no desconocer la Constitución Política de la República, lo que logra por la inserción del inciso 2º del artículo 18, en que las excluye de la aplicación directa de esa ley.

Artículo 1º. El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.

La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, *incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.*

Artículo 18. La organización básica de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, será la establecida en este Título.

Las normas del presente Título *no se aplicarán* a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Educación y a las empresas públicas creadas por ley, *órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado*, según corresponda.

Con esta actitud, el legislador logró reafirmar la imagen de una Administración sometida al Presidente de la República, respetando la juridicidad existente, pero no contribuyó a precisar la institucionalidad constitucional establecida en 1980.

64. LOS SERVICIOS AUTÓNOMOS DE QUE HABLA LA CONSTITUCIÓN NO SON LOS ORGANISMOS DE ADMINISTRACIÓN AUTÓNOMA DE LA DÉCADA DE 1950, NI LOS SERVICIOS DESCENTRALIZADOS A QUE SE REFERÍA CON ESA EXPRESIÓN LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DEL AÑO 1970: SON ENTIDADES ACENTRALIZADAS. La expresión autonomía, referida a los servicios públicos, se ha empleado en dos sentidos en el derecho administrativo chileno:

–Para identificar con ella, dentro de una determinada categoría de organismos administrativos, a algunos que se rigen por disposiciones especiales y gozan de determinado grado de

independencia de gestión, mayor del que evidencian las otras entidades de la categoría, y

–Para denominar a los servicios descentralizados, identificando así una independencia genérica de actuación-gestión frente al poder central.

En el primer sentido hizo uso de esta expresión la legislación de la década 1950-1960, en que dos leyes entonces muy importantes establecieron un tipo específico de servicios autónomos dentro de la categoría instituciones semifiscales, y ha vuelto a utilizarla el DL N^o 3.551, de 1980, que la aplicó a las instituciones fiscalizadoras.

Esas Leyes fueron las N^{os} 10.343, de 1952, y 11.764, de 1954.

Mediante ellas, el legislador buscó excluir a ciertos organismos semifiscales de las normas generales que regían a esta clase de servicios, para permitirles mayor libertad de acción. Estas instituciones semifiscales excluidas del régimen jurídico semifiscal, fueron denominadas, justamente, organismos de administración autónoma.

En una situación semejante se encuentran las universidades públicas llamadas usualmente estatales, en la medida que no obstante ser servicios públicos para la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, el legislador les ha reconocido facultades específicas que les permiten asumir con independencia su rol de cultores del saber superior en los sectores de la docencia, investigación y difusión.

Las Leyes N^{os} 10.343 y 11.764, entonces, introdujeron el nombre y permitieron la caracterización de instituciones autónomas en la esfera del derecho administrativo, aunque la doctrina no les asigna mayor valor teórico dentro del cuadro clasificatorio de los organismos de la Administración Pública, criterio que se mantiene hasta el día de hoy.

Ley N^o 10.343, de 1952. Artículo 106, inciso 1^o. La Corporación de Fomento de la Producción, la Caja de Crédito Agrario, el Instituto de Crédito Industrial, el Instituto de Economía Agrícola, la Caja de Crédito Minero y la Línea Aérea Nacional serán organismos de administración autónoma. Estas Instituciones se administrarán conforme a las disposiciones de sus respectivas Leyes Orgánicas y reglamentos y no les serán aplicables los preceptos limitativos y prohibitivos contenidos en las leyes de carácter general que afectan a las Instituciones Semifiscales, ni los de la Ley 7.200, de las Leyes 8.918 y 8.937, cuyo texto definitivo fue fijado por Decreto con Fuerza de Ley 2.290, ni los de la Ley 6.689.

Ley N° 11.764, de 1954. Artículo 69. Declárase que el sentido y alcance que ha tenido y tiene el artículo 106 de la Ley 10.343, de 28 de mayo de 1952, es el siguiente:

Que es facultad privativa de los Consejos Directivos de las Instituciones regidas por dicha disposición, fijar los sueldos y las remuneraciones de sus personales y modificarlos en el curso del año cada vez que las necesidades de sus servicios así lo exijan.

Declárase asimismo que el citado artículo 106, al calificar a dichas Instituciones como organismos de Administración Autónoma, les quitó el carácter de Instituciones Semifiscales y, por lo tanto, no les son aplicables ninguna de las normas ni los preceptos limitativos y prohibitivos contenidos en las leyes de carácter general que afecten a las Instituciones Semifiscales.

Sin embargo, como se anticipara, esta terminología fue retomada por el legislador del año 1980 para referirse con ella a las instituciones fiscalizadoras.

El artículo 2º del DL N° 3.551, de 1980, dispuso, en efecto, que “la Fiscalía Nacional Económica, el Servicio Nacional de Aduanas, la Dirección del Trabajo y la Superintendencia de Seguridad Social, serán instituciones autónomas, con personalidad jurídica, de duración indefinida, y se relacionarán con el Ejecutivo a través de los Ministerios de los cuales dependen y se relacionan en la actualidad. Estas instituciones serán denominadas para todos los efectos legales, como instituciones fiscalizadoras y el domicilio de ellas será la ciudad de Santiago”.

La configuración administrativa autonómica realizada por el legislador para las instituciones fiscalizadoras ha ido más allá, según se dijera, puesto que las leyes orgánicas que han regido y gobiernan a las Universidades del Estado-nación también conciben a estos organismos como entidades de ese carácter.

En efecto, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575, de 1986, considera a las Universidades del Estado como servicios públicos descentralizados.

Así quedó de manifiesto en la historia fidedigna de su establecimiento: mientras el artículo 2º del proyecto de ley remitido por la Presidencia de la República a la Junta de Gobierno excluía de la Administración Pública a “las Instituciones de Educación Superior de carácter estatal”, basado en aquel párrafo del Mensaje presidencial que lo precedía, de 20 de marzo de 1985, y según el cual: “Ha parecido conveniente excluir del ámbito de la Administración Pública y, por ende, de la ley en

proyecto a las Instituciones estatales de Educación Superior, atendido el particular carácter de sus cometidos”; la Junta de Gobierno aceptó el criterio contrario, haciendo suyo el sustentado por su Secretaría de Legislación, en orden a que esas Instituciones eran “simples entidades –administrativas– dotadas de cierto grado de autonomía”. “Los órganos funcionalmente descentralizados –agregó la Secretaría de Legislación en su informe de 24 de mayo de 1985, que son los que tienen personalidad jurídica de derecho público– son de dos tipos: los órganos con autonomía, verbigracia, los de educación superior de carácter estatal, como son las universidades e institutos profesionales del Estado (decretos con fuerza de ley N° 1, de 1980, y 5, de 1981, del Ministerio de Educación Pública), y las empresas...”

De aquí que la Ley N° 18.575, de 1986, se haya inclinado decididamente por la posición administrativa, aunque matizándola con las variantes que recogen explícitamente los artículos 29, inciso último, y 42, inciso final, de su cuerpo normativo, y con aquellas que implícitamente autoriza en los artículos 45, inciso 2º, y 49, inciso 1º.

Pareciera, pues, a título de prospección administrativa, que las entidades autónomas han ido cobrando cierta carta de reconocimiento a nivel legal, lo que permite pensar que bien pudieron haber estado en la retina de los miembros de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución al prescribir en el artículo 62, inciso 4º, numeral 2º, que los servicios y los cargos públicos pueden ser “fiscales, semifiscales, autónomos...”

Artículo 62, inciso 4º. Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República, la iniciativa exclusiva para:

2º. Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, *autónomos*, de las empresas del Estado o municipales; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones.

La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado no reconoce a esta categoría de entes administrativos, como fluye de sus artículos 18, 25, inciso 1º, y 26.

Artículo 18, inciso 1º. La organización básica de los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, será la establecida en este Título.

Las normas del presente Título no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Educación y a las empresas públicas creadas por ley, órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda.

Artículo 25, inciso 1º. Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República, a través de los respectivos Ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar...

Artículo 26. Los servicios públicos serán centralizados o descentralizados.

Los servicios centralizados actuarán bajo la personalidad jurídica y con los bienes y recursos del Fisco y estarán sometidos a la dependencia del Presidente de la República, a través del Ministerio correspondiente.

Los servicios descentralizados actuarán con la personalidad jurídica y el patrimonio propio que la ley les asigne y estarán sometidos a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio respectivo. La descentralización podrá ser funcional o territorial.

La presencia de estos organismos es considerada normalmente como un ejemplo de descentralización administrativa, como lo consigna el profesor Carlos Carmona Santander, al tratar las instituciones fiscalizadoras.

“El hecho de que la definición legal califique –a estas entidades– de instituciones autónomas –anota el señor Carmona Santander–, no tiene el efecto de ubicarlas en una categoría especial distinta de la de servicio público, sino sólo reforzar su independencia de gestión, sin quitarle por ello el control de tutela. En efecto, todos –sus jefes superiores de servicio– son designados por el Presidente de la República y son funcionarios de su exclusiva confianza.” Son servicios públicos descentralizados, por reunir todas las características que configuran a una entidad como un ente de esta naturaleza.⁶

El profesor Enrique Silva también se inclina por similar tesis. Al día de hoy, dice, “entendemos que los tipos de servicios públicos citados, y entre ellos los entes autónomos, son especies del género mayor de servicios públicos descentralizados en lo fun-

⁶ Carmona Santander, Carlos, *Una aproximación general sobre las Superintendencias desde la perspectiva del derecho*, marzo de 1994, trabajo de circulación interna.

cional a que alude la Ley N° 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado”.⁷

Dadas estas circunstancias, las autonomías constitucionales emergen a la institucionalidad con un claro designio institucional que las hace diferentes de los servicios autónomos de origen legal:

–Nacen de la Constitución Política de la República;

–Se rigen por las disposiciones en ella contenidas y por sus especiales leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda, como lo reconoce explícitamente el artículo 18, inciso 2º, de la Ley Orgánica Constitucional de la Administración del Estado antes transcrito, y

–Están al margen de los vínculos jurídico-administrativos establecidos por la doctrina clásica: escapan a la línea jerárquica y no admiten sobre ellos el ejercicio de facultades de supervigilancia o tutela; se autodeterminan, funcional y administrativamente, y sus directivos son autoridades inamovibles.

Son organismos constitucionalmente acentralizados, se ha afirmado. “Son acentralizadas –en efecto– las organizaciones públicas que no dependen del Gobierno ni se relacionan con él por un vínculo de supervigilancia o tutela. Se hallan, por ende, en un plano de extraordinaria independencia jurídica, tengan o carezcan de personalidad jurídica propia.

“En atención a su materia: fiscalizadora, se encuentra en esta situación la Contraloría General de la República, como lo disponen la Carta Fundamental (de 1925) y la Ley 10.336, de 1964, y por ejercer sus atribuciones y potestades en la esfera comunal, las municipalidades, en los términos de la Constitución Política del Estado y la Ley Orgánica de Municipalidades.”⁸

Siendo así, bien puede sostenerse que son servicios autónomos para la Constitución Política de la República, ante todo, los órganos y organismos que presentan especiales caracteres de independencia frente a los que encarnan los tradicionales poderes del Estado, hallándose sometidos sólo a la Constitución Política de la República y a la ley que conforme a ella

⁷ Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El servicio público*, Editorial Jurídica de Chile, 1995, pág. 173.

⁸ Pantoja Bauzá, Rolando, *Curso de Derecho Administrativo*, 1973, *op. cit.*, pág. 62.

regula su organización, funcionamiento y atribuciones, y que por sus características difieren los servicios autónomos creados por el legislador, que, sin perjuicio de lo expresado anteriormente, son generalmente reconocidos como servicios descentralizados.

65. LA EXISTENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUTÓNOMOS DE ORIGEN CONSTITUCIONAL OBLIGA A CLASIFICAR LOS SERVICIOS PÚBLICOS ATENDIENDO A SU FUENTE DE CREACIÓN, DISTINGUIENDO LOS SERVICIOS PÚBLICOS CONSTITUCIONALES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LEGALES. La Constitución Política de la República, en sus artículos 62, inciso 4º, N° 2, 101, inciso 1º, 107, inciso final, y 112, reconoce a los organismos dotados de autonomía constitucional el carácter de servicios públicos.

El artículo 62, inciso 4º, N° 2, en cuanto alude directamente a los servicios autónomos, entre los cuales han de contarse los que invisten esta naturaleza por mandato constitucional.

El artículo 101, inciso 1º, que es explícito a este respecto, pues junto con radicar en el intendente la coordinación, supervigilancia y fiscalización de los servicios públicos de la región, señala que estas atribuciones están referidas a “los servicios públicos *creados por ley* para el cumplimiento de las funciones administrativas”, lo que movió a precisar al senador señor Sergio Diez, en la sesión del Congreso Pleno de 9 de noviembre de 1991, aprobatoria de la reforma constitucional en materia regional y municipal, que “sus facultades –de los intendentes– de coordinar, supervigilar o fiscalizar servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de funciones administrativas, que operen en la región, excluyen al Poder Judicial, a la Contraloría General de la República, a las Fuerzas Armadas, al Banco Central, etc., y también a las municipalidades, que siempre ha de ser de carácter distinto a la coordinación, supervigilancia y fiscalización”, porque estas últimas sólo alcanzan a “los servicios públicos *creados por ley* para el cumplimiento de las funciones administrativas que operen en la región”.

Artículo 62, inciso 4º. Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República, la iniciativa exclusiva para:

2º. Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semi-fiscales, autónomos, de las empresas del Estado o municipales, suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones.

Artículo 101, inciso 1º. El intendente presidirá el consejo regional y le corresponderá la coordinación, supervigilancia o fiscalización de los servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de las funciones administrativas que operen en la región.

Igual concepto encierran los artículos 107, inciso final, y 112 de la Carta Fundamental, normas que en relación con los municipios y después de mencionarlos, se remite a los “demás servicios públicos”: la expresión “los demás” a que acuden estas normas equivale a decir los otros, los restantes servicios públicos, abarcando desde luego entre ellos a las municipalidades, organismos tipificados por la Constitución Política como autónomos, regidos sólo por las disposiciones constitucionales y las establecidas en su propia ley orgánica constitucional.

Artículo 107, inciso final. Los municipios y los *demás servicios públicos* existentes en la respectiva comuna deberán coordinar su acción en conformidad a la ley.

Artículo 112. La ley establecerá fórmulas de coordinación para la administración de todos o algunos de los municipios, con respecto a los problemas que les sean comunes, así como entre los municipios y los *demás servicios públicos*.

La Constitución Política de la República en estas circunstancias, al contemplar la existencia de servicios autónomos y de servicios públicos creados por la ley para el cumplimiento de funciones administrativas, así como al incluir dentro de la expresión servicios públicos a las municipalidades, según lo manifestado con anterioridad, permite sostener que el sector público administrativo está constituido por:

a) Servicios públicos de origen constitucional, representados por los organismos constitucionalmente autónomos:

- Los del sistema electoral;
- El Consejo Nacional de Televisión;
- La Contraloría General de la República;
- El Consejo de Seguridad Nacional;
- El Banco Central;
- Los Gobiernos Regionales, y
- Las Municipalidades.

b) Servicios públicos de origen legal, que indiscutiblemente son los referidos en los artículos 19, N° 21; 55, inciso 2º, y 62, inciso 4º, numeral 2º:

- Los servicios fiscales;
- Las instituciones fiscales y semifiscales;

- Los servicios legalmente autónomos, en su caso, y
- Las empresas del Estado.

Todos estos servicios, en efecto, son remitidos por el Código Político, en su creación, funciones y atribuciones, a la ley.

66. ¿PUEDE HABLARSE EN CHILE DE SERVICIOS PÚBLICOS PARLAMENTARIOS Y DE SERVICIOS PÚBLICOS JUDICIALES? En doctrina, se conoce bien la ilustrada intuición duguitiana que llevó al ilustre publicista a presentar a comienzos del siglo una nueva función-estructura del Estado como consecuencia de las transformaciones socioeconómicas que constató en su tiempo, experimentadas por la sociedad de su época y del impacto que ellas tuvieron en el taller social.

Según esta tesis, todos los integrantes del taller societario estaban obligados a prestar sus servicios a la comunidad, deber que en lo referente al Estado se expresaba en la prestación de los servicios públicos legislativos, administrativos y judiciales: el Estado era un conjunto de servicios públicos.

Esta tesis fue seguida por numerosos autores. En Chile, lo hizo don Manuel Jara Cristi.

Luego de admitir que el derecho administrativo es una rama interna del derecho público que “tiene por objeto la administración pública, es decir, la organización de la policía y de servicios públicos mediante la cual el Estado satisface, continua y regularmente, las necesidades comunes y provee a los intereses generales”, explica que “existen tres categorías de servicios públicos, correspondiendo a cada una de las tres funciones del Estado. Son los servicios legislativos, administrativos y jurisdiccionales”.⁹

Sin embargo, no fue esta la tesis que predominó en el campo doctrinario. Lo normal fue derivar la organización administrativa de la teoría de los tres poderes del Estado y entender, por consiguiente, que los servicios públicos eran organismos dependientes o relacionados con el poder ejecutivo por un vínculo de supervigilancia o tutela, excluyendo, así, de su ámbito de aplicación a las organizaciones consideradas no administrativas, como la Corporación Administrativa del Poder Judicial, ex Junta de Servicios Judiciales, por ejem-

⁹Jara Cristi, Manuel, *op. cit.*, págs. 8 y 74.

plo, que eran justamente las que no dependían ni se relacionaban con el Presidente de la República por un vínculo administrativo.

En palabras de don Patricio Aylwin, “el ejercicio de la función administrativa del Estado corresponde preferentemente al Poder Ejecutivo, estos servicios, cuyo conjunto organizado constituye la Administración, pertenecen a la esfera de dicho Poder”.¹⁰

La existencia de servicios públicos legislativos o parlamentarios, o de servicios públicos judiciales, ha sido, de esta manera, un tema marginal para el derecho administrativo, no considerado por el iusadministrativismo como parte de su acervo doctrinal, demostrando que el derecho administrativo no está aún en condiciones de incorporar a su cuerpo teórico a los servicios públicos parlamentarios y judiciales, situación que ni siquiera se ha dado sistematizadamente en Francia, donde el concepto de servicio público ha llegado a hacerse transversal dentro del Estado, según ha podido apreciarse en el párrafo treinta precedente.

La tendencia que acusan otras disciplinas jurídicas es distinta. El derecho procesal, por ejemplo, ha estado imponiendo la idea de una jurisdicción única para entenderla concentrada en el poder judicial y arrastrando así a los órganos administrativos jurisdiccionales a la órbita judicial, y el derecho penal, por su parte, a través de la construcción del *ius puniendi* del Estado, está ampliando sus fronteras disciplinarias al campo de las demás ramas del derecho, buscando instalar en ellas los principios, tipos y caracterizaciones propios del campo penal.

Sin perjuicio de lo expresado con anterioridad, debe destacarse el tenor de los artículos 101, inciso 1º, de la Constitución Política de la República, y 1º, inciso 2º, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en cuanto se refieren a “servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de las funciones administrativas” y a “los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”, respectivamente, pues estas frases sugieren la existencia de servicios públicos creados para el

¹⁰ Aylwin Azócar, Patricio, *op. cit.*, tomo I, 1959, pág. 86.

cumplimiento de otras funciones públicas, no ya sólo administrativas, abriendo así, en su caso, la posibilidad de fundar la existencia de servicios públicos legislativos o jurisdiccionales.

CPR. Artículo 101, inciso 1º. El intendente presidirá el consejo regional y le corresponderá la coordinación, supervigilancia o fiscalización de los *servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de las funciones administrativas* que operen en la región.

LOCBGAE. Artículo 1º. El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.

La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los *órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa*, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

En el derecho comparado, esta es una posibilidad en principio aceptada, pues en Francia, como se ha recordado, se ha admitido la existencia de servicios públicos judiciales y legislativos.

En lo que concierne al Poder Judicial, el tema fue resuelto en Francia por el Tribunal de Conflictos primero, en el arrêt Prefecto de Guyana, de 1953, en que afirmó que el Consejo de Estado era competente para conocer “de los actos relativos, no al ejercicio de la función judicial, pero sí a la organización misma del servicio público de la justicia”, y por el Consejo de Estado después, al fallar los autos Falco et Vidailac, también de 1953, en que afirmó que el hecho de que las decisiones del Consejo Superior de la Magistratura, institución judicial encargada de garantizar la independencia del poder judicial, participando en la designación de los magistrados y asegurando su disciplina, “no son susceptibles de ningún recurso”, según el artículo 8º de la ley de 1947, no quería decir que los agraviados estaban impedidos de ejercer el recurso anulatorio por exceso de poder, ya que “en ausencia de toda prescripción prohibitiva en sentido contrario, esta norma excluye únicamente el recurso de plena jurisdicción, no pudiendo tener como consecuencia la privación a los afectados por un acto ilegal de ese Consejo Superior de la Magistratura, del recurso por exceso de poder, que está abierto a los interesados en esta materia, como en todas las demás, en virtud de principios generales de derecho”.

Así, los arrêts Prefecto de Guyana y Falco et Vidailiac admitieron el recurso por exceso de poder en contra de los actos del servicio público judicial. Fueron decisiones de principio, se ha destacado. Según ellas, “el juez administrativo es incompetente para conocer de toda decisión de un órgano judicial que se refiera al ejercicio mismo de la función judicial. Mas, por el contrario, es competente para conocer de toda decisión, administrativa o judicial, relativa a la organización del servicio público de la justicia”, como es el caso, por ejemplo, de las que conciernen a las diversas formas de provisión de los cargos judiciales, nombramiento, ascenso, reincorporación, y las medidas disciplinarias que se apliquen al personal judicial.

En este momento parece difícil viabilizar esta doctrina en el derecho chileno, por cuanto no han mediado requerimientos que hayan demandado su necesidad y en tanto, por razones conocidas, todavía se están asentando en la institucionalidad y en la retina ciudadana las grandes magistraturas parlamentarias y judiciales.

Se recordará que la magistratura judicial es la única organización estatal llamada poder por la Constitución Política de la República, en el capítulo sexto del Código Político, a raíz de la petición que en tal sentido formulara la Corte Suprema de Justicia durante la discusión de la Carta de 1925, y que existe consenso en los círculos especializados en orden a darle un tratamiento institucional separado de la Administración Pública y de sus categorías organizacionales.

Desde este punto de vista, son ilustrativas las palabras pronunciadas por el senador señor Sergio Diez en la sesión del 9 de noviembre de 1991 del Congreso Pleno, al aprobarse la reforma constitucional materializada por la Ley N° 19.097, de 1991, cuando expresó que las “facultades de coordinar, supervigilar o fiscalizar servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de funciones administrativas que operen en la región que se radican en los intendentes, excluyen al *Poder Judicial*, a la Contraloría General de la República, a las Fuerzas Armadas, al Banco Central, etc., y también a las municipalidades”, incorporando en las exclusiones constitucionales, que son administrativas, al Poder Judicial, que no es un servicio público.

En estricto rigor nunca se han aplicado al Poder Judicial las normas relativas a los servicios públicos.

Es cierto, sin embargo, que el Poder Judicial, al igual que el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral, lo mismo cabe decir del Congreso Nacional, se rigen por las disposiciones vigentes para el Fisco chileno, como consecuencia de carecer de personalidad jurídica, pero esta aplicación fluye del carácter fiscal que financieramente presentan todos estos órganos u organismos precisamente por ser parte del Estado, lo que los hace estar sometidos, entonces, a las reglas que rigen al Estado fisco, al Estado persona jurídica, en cuanto a la creación de servicios y cargos públicos, a la fijación de sus funciones y atribuciones, y a la determinación de sus remuneraciones, como lo consagra el derecho chileno, siguiendo la impronta francesa.

Por eso, tratándose de empleos públicos, el artículo 62, inciso 4º, N° 2, alcanza a los cargos jurisdiccionales y de funcionarios parlamentarios, desde el instante que constituyen plazas fiscales, incorporadas al Estado-persona pública.

Es probable que en un momento dado se plantee este tema en otros términos, según la evolución jurisdiccional que experimente el país, sobre todo a raíz de la estructuración del contencioso funcionario, pues allí deberá dilucidarse la legitimación activa para demandar determinando qué pasará en el plano funcionario parlamentario y judicial, que es el tema que en el derecho comparado ha demostrado ser el detonante, en este campo, de las nuevas definiciones en materia de servicio público.

Hablar de servicios públicos en la Constitución Política de 1980 es referirse, entonces, a órganos y organismos que no guardan relación con el Congreso Nacional o con el Poder Judicial, pues no existen antecedentes políticos o sociológicos que permitan sostener un concepto de servicio público que abarque los campos legislativo y jurisdiccional, y sirvan de base, entonces, a una sistematización administrativa de estas entidades.

CAPITULO NOVENO

CLASIFICACION DE LOS ORGANOS Y ORGANISMOS DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO

SUMARIO: 67. La terminología. 67. A. Alcance de la expresión órganos. Los órganos y organismos públicos. 67.B. Alcance de la expresión servicio público. Sus acepciones constitucional y legal. 67. C. Alcance de las expresiones empleadas por la Constitución Política de la República en materia organizacional administrativa. 68. Los criterios de clasificación de los órganos y organismos de la Administración del Estado que emanan del principio de la servicialidad del Estado. 68. A. Las formas: los servicios prestados al público. 68. A. a) Los servicios prestados al público a través de los servicios públicos. 68. A. b) Los servicios públicos originarios y derivados. 68. A. c) Los servicios prestados al público por medio de servicios privados. 68. B. La finalidad: promover el bien común. La Administración para el desarrollo sustentable. 69. Los criterios de clasificación de los órganos y organismos del Estado que emanan del principio de la distribución de las competencias públicas. 70. La clasificación de los órganos y organismos de la Administración del Estado desde los ángulos funcional y finalista.

67. LA TERMINOLOGÍA. Una de las dificultades que obstan a una adecuada explicación del ordenamiento jurídico institucional y a su consiguiente comprensión, es la relativa al sentido y alcance que la Constitución Política de la República asigna a las distintas palabras que sirven para identificar y categorizar a las estructuras del Estado.

De aquí que sea necesario revisar la terminología constitucional y en primer término el alcance que las expresiones órgano del Estado y servicio público asumen en el Código Político.

67. A. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN ORGANOS. LOS ORGANOS Y ORGANISMOS PÚBLICOS. La voz órgano aparece utilizada por la Carta Fundamental en los artículos 5º, inciso 2º, segunda parte, 6º y 7º, para disponer que “los órganos del Estado deben respetar tales

derechos”, los que emanan de la naturaleza humana; que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, y que la validez de los actos de “los órganos del Estado” está condicionada a los elementos legitimidad, competencia y forma.

Artículo 5º, inciso 2º. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos –esenciales que emanan de la naturaleza humana–, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Artículo 6º. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

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.

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.

Al hacer uso de estas expresiones, la misma Constitución, sin embargo, mueve a confusión, como que en el artículo 6º, inciso 2º, distingue dentro de los órganos del Estado a “los titulares o integrantes de dichos órganos”, en tanto que el artículo 7º, en su inciso 1º, exige sólo la “investidura regular de sus integrantes”, omitiendo referirse a los titulares, en circunstancias que todo indica que son justamente éstos quienes deciden en una organización, apoyados en los integrantes, que serían las personas naturales que trabajan en ese órgano.

Tampoco es exacta la referencia que en esos preceptos se hace al Estado, desde el instante que deja al intérprete la tarea de determinar si comprende al Estado-nación o al Estado-persona jurídica, por lo que ha podido sostenerse, en la última obra de Derecho Constitucional publicada en el país, que “el Estado, *tal como toda persona jurídica*, actúa por órganos, estos últimos son las personas a las que se le confiere la titularidad de diversos cargos, cada uno de los cuales ostenta una parte de

las competencias propias del ente jurídico, distribuido de acuerdo a criterios de reparto competencial prefijado.

“Estos órganos pueden ser individuales, como el Presidente de la República, o colegiados, como el Tribunal Constitucional, el Consejo de Seguridad Nacional, el Congreso Nacional, entre otros. Además, debemos tener en consideración la existencia de órganos que integren una institución compleja, la que está formada por diversos órganos que pueden operar en coordinación entre sí pero a los que se le reconocen también poderes con relevancia externa, como es el Congreso Nacional, el que está compuesto de dos ramas: la Cámara de Diputados y el Senado, cada una de las cuales tiene atribuciones específicas.”¹

Sin embargo, es de público conocimiento que la regla generalmente aceptada por los autores de derecho público es exactamente contraria a la transcrita, como que la doctrina asevera que los principios constitucionales son elementos fundamentales del Estado de derecho con aplicación plena al Estado-nación, es decir, a todos los órganos y organismos reconocidos como pertenecientes al sector público, lo que implica afirmar en la esfera administrativa que por lo menos comprende, según los tipos-denominaciones admitidos:

- Al Estado-persona jurídica y sus servicios fiscales;
- A los servicios descentralizados: instituciones semifiscales y fiscales;
- A las empresas del Estado;
- A los gobiernos regionales, y
- A las municipalidades.

Al afirmarse que “el Estado, como toda persona jurídica, actúa por órganos”, se ha caído, pues, en la indeterminación terminológica a que inducen los artículos 5º, 6º y 7º de la Constitución Política de la República, pues se está circunscribiendo sin justificación alguna el alcance de la palabra Estado a su sentido restringido de Estado-persona.

En todo caso, no puede sino consignarse la preocupación que producen estos focos de indefinición terminológica en el ámbito

¹ Vid. Verdugo Marinkovic, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio; Nogueira Alcalá, Humberto, *Derecho Constitucional*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1994, pág. 135.

público, ya que al no existir claridad en su sentido y alcance se está dejando la tarea de despejarlo a los organismos de control externo y a los tribunales de justicia, creando una fricción limitativa en el impulso de iniciativas legítimas que podría adelantar el Gobierno sobre la base de otra interpretación, también válida, pero distinta de la que alcancen esas magistraturas.

Si se deja la Carta Fundamental y se examina ahora qué uso hace la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado del término órgano, se obtiene el mismo resultado que se desprende del examen de la doctrina de derecho administrativo, que recurre a la expresión órgano atribuyéndole sentidos muy diversos unos de otros.

Así, en el inciso 1º de su artículo 1º, la Ley N° 18.575 se vale de la palabra órgano para aludir a cualquier cargo con poder de decisión y a todo organismo administrativo; en el artículo 25, inciso 1º, primera parte, para hacerla sinónima de servicio público; en el artículo 30, inciso 1º, para aludir a funcionarios que pasan a ejercer atribuciones propias por efecto de la desconcentración administrativa, y en su artículo 39, para referirse a unidades o reparticiones internas de una organización, a las que incluso denomina organismos.

Artículo 1º, inciso 1º. El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.

Artículo 25, inciso 1º. Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua.

Artículo 30, inciso 1º. Sin perjuicio de su dependencia jerárquica general, la ley podrá desconcentrar, territorial y funcionalmente, a determinados órganos.

Artículo 39. Serán órganos asesores del intendente, ...los organismos técnicos que señale la ley.

Esta utilización multifuncional del término órgano confirma cuán cierto es lo que decía León Duguit en su *Tratado de Derecho Constitucional*, al afirmar que “esta expresión órganos del Estado... se ha incorporado al uso común y es cómoda”, aunque hay que reconocer que comodidad no es precisamente sinónimo de rigurosidad.

Ahora bien, si se respetan los criterios jurídicos en que descansa la teoría orgánica, habría que coincidir en que los términos órgano y organismo identifican distintas realidades normativas.

El órgano es una estructura singularizada, unipersonal o colegiada, que tiene poderes propios de decisión o posibilidades independientes de actuación; suele ser la parte actuante de un organismo, plasmada en un cargo público, aunque puede asumir otra forma organizacional en actuación propia de carácter funcional, destacando, en todo caso, que toda reflexión en torno a este tema debe conformarse a los parámetros de la teoría de la realidad de las personas jurídicas.

En el derecho chileno, el órgano, en cuanto elemento dinámico de la persona jurídica, puede ser comparado, *mutatis mutandis*, con el representante de las personas jurídicas en la teoría de la ficción que consagra el Código Civil.

El organismo, en cambio, es una organización: un conjunto de recursos humanos, materiales y financieros estructurados con vistas a alcanzar un fin.

En este sentido, el jefe superior de servicio, definido por el artículo 28 de la Ley N° 18.575 como “el funcionario de más alta jerarquía dentro del respectivo organismo”, es un órgano; el servicio público, sea centralizado o descentralizado, es un organismo.

En el caso de los consejos constitucionales, el Consejo Nacional de Televisión es el que presenta mayor complejidad de conceptualización, porque reúne las calidades de un órgano y de un organismo, en la medida que por una parte es una autoridad decisora, es decir, un órgano, y por la otra tiene un presupuesto propio y una planta de personal para desarrollar sus funciones, lo que lo perfila como un organismo.

En estas circunstancias, cabe entender que al hablar de órganos y organismos de la Administración del Estado se está cubriendo todo el ámbito organizacional de la Administración: el decisional y el organizativo que se da en la Administración Pública.

67. B. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN SERVICIO PÚBLICO. SUS ACEPCIONES CONSTITUCIONAL Y LEGAL. Tampoco se advierte precisión en el uso jurídico de la voz servicio público que se hace en el derecho chileno.

En doctrina, los administrativistas nacionales entienden el servicio público desde el punto de vista de la escuela realista francesa, haciendo suya la célebre definición de Gastón Jèze que ya se conoce: una organización del Estado que atiende de

manera regular y continua necesidades públicas, sometida a un régimen de derecho público.

Así se ha visto en el párrafo treinta y cinco de esta obra, en el cual ha podido constatarse, además, que sobre la base de esta definición la doctrina asevera que la Administración no es en sí misma más que un conjunto de servicios públicos.

La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado también hace converger la idea de Administración hacia el concepto de servicio público.

Su artículo 3º, inciso 1º, señala que “la Administración del Estado estará al servicio de la comunidad, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente”, y en armonía con esta disposición el artículo 25, inciso 1º, primera parte, define a los servicios públicos como “órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua”.

Aunque el criterio que guía a la Ley Nº 18.575 en esta materia es armónico dentro de su texto, parece claro desde otra perspectiva que su visión no se adecua a lo prescrito por la Constitución Política de la República.

Según los textos y las razones expuestas en los capítulos anteriores, en particular en los capítulos séptimo y octavo, la Carta Fundamental no reconoce en ninguno de sus artículos como principio rector o como finalidad de la Administración del Estado la satisfacción de las necesidades colectivas.

De acuerdo con lo expresado, tampoco el Código Político considera a la Administración sólo como un conjunto de servicios públicos que actúa bajo la autoridad presidencial-ministerial, desde el momento que consulta autonomías constitucionales sometidas únicamente a la Constitución y a la ley.

La Constitución Política de la República, en efecto, varió el eje de la arquitectura estatal, desplazándolo de la formalidad a la finalidad, de un régimen de separación de los poderes del Estado a un sistema de distribución de competencias.

Con esta innovación, el mapa organizacional del sector público adquirió una conformación distinta al diseño vertical de la Administración nacida del poder ejecutivo o, si se prefiere, sistematizada a partir del centro administrativo representado por el Presidente de la República, porque los órganos y organismos acentralizados que han emergido como corolario de esta nueva estructuración gozan de plena independencia fren-

te a los titulares de los poderes clásicos, lo que impide incorporarlos a la Administración como unos servicios públicos más, dentro de los centralizados o descentralizados, según carezcan o tengan personalidad jurídica propia.

El servicio público se caracterizó y categorizó pensando en una Administración presidencial, lo que hizo que sólo se consideraran como servicios públicos los organismos que dependieran o se relacionaran con el Primer Mandatario por medio de un vínculo jerárquico, en el primer caso, o de supervigilancia o tutela, en el segundo.

Al surgir las autonomías constitucionales, se quebró este eje organizacional del cuadro clasificatorio, porque estas entidades no reconocen los nexos jurídicos de la sujeción y la orientación.

Sin embargo, el pasado le jugó una mala pasada a la Constitución Política de la República: pese a haber demostrado claridad y voluntad para establecer el sistema de distribución de competencias, acusó una debilidad conceptual al regular la nueva organicidad del sector público, pues no supo interpretar la misma realidad normativa que había establecido y denominó servicios públicos a todos los órganos y organismos que no fueran parlamentarios ni jurisdiccionales, entre ellos a las autonomías constitucionales, como se infiere de sus artículos 62, inciso 4º, N° 2, 101, inciso 1º, 107, inciso final, y 112, tal como se hacía en la década de 1970, sugiriendo a la memoria histórica su inserción dentro del Poder Ejecutivo y su generación desde la función administrativa presidencial consagrado por el artículo 24, inciso 1º, de la Carta Fundamental.

El artículo 62, inciso 4º, N° 2, alude directamente, entre los servicios públicos que menciona, a los autónomos, entre los cuales por supuesto no puede dejar de considerar a los de origen constitucional que revelan este carácter.

El artículo 101, inciso 1º, es explícito al radicar en el intendente la coordinación, supervigilancia y fiscalización de “los servicios públicos *creados por ley* para el cumplimiento de las funciones administrativas”, lo que movió a precisar al senador señor Sergio Diez, en la sesión del Congreso Pleno de 9 de noviembre de 1991, aprobatoria de la reforma constitucional en materia regional y municipal, que las “facultades –de los intendentes– de coordinar, supervigilar o fiscalizar servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de funciones ad-

ministrativas, que operen en la región, excluyen... a la Contraloría General de la República, a las Fuerzas Armadas, al Banco Central, etc.”, porque estos servicios públicos no habían sido “creados por ley para el cumplimiento de las funciones administrativas”, sino por la Constitución.

Artículo 62, inciso 4º. Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República, la iniciativa exclusiva para:

2º. Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semi-fiscales, *autónomos*, de las empresas del Estado o municipales, suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones.

Artículo 101, inciso 1º. El intendente presidirá el consejo regional y le corresponderá la coordinación, supervigilancia o fiscalización de los *servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de las funciones administrativas* que operen en la región.

Igual concepto encierran los artículos 107, inciso final, y 112 del Código Político, normas que en relación con los municipios y después de mencionararlos, se remiten a los “demás servicios públicos”: la expresión “los demás” a que acuden estas normas importa aseverar que estas disposiciones alcanzan a las corporaciones edilicias y a los otros, a los restantes servicios públicos, todos los cuales entiende comprendidos en esta denominación.

Artículo 107, inciso final. Los municipios y los *demás servicios públicos* existentes en la respectiva comuna deberán coordinar su acción en conformidad a la ley.

Artículo 112. La ley establecerá fórmulas de coordinación para la administración de todos o algunos de los municipios, con respecto a los problemas que les sean comunes, así como entre los municipios y los *demás servicios públicos*.

No obstante estas disposiciones, la verdad es que en estricto rigor, como se ha expresado, los órganos y organismos constitucionalmente autónomos, que presentan el carácter de acentralizados dentro de la institucionalidad, no responden al concepto generalmente aceptado de servicio público.

Desde que la doctrina comenzó a sistematizar la realidad administrativa generada por el Estado social, modeló a los servicios públicos como organismos clave de la Administración Pública, circunstancia que unida al reconocimiento simultáneo de que la función administrativa estaba radicada en el Presidente de la República, trajo consigo, como conclusión, que el servicio público se reconocía como tal por hallarse sujeto al

centro administrativo nacional por un vínculo de jerarquía o de supervigilancia o tutela.

Si no existen estos nexos, no existe servicio público.

Dentro de este aceptado circuito de ideas, los órganos y organismos constitucionalmente autónomos no deberían calzar en la categoría servicio público.

Así lo reconoce la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, dentro de ese especial modo que tiene de hacer legislación.

Como se sabe, en su artículo 1º define a la Administración Pública desde un amplio punto de vista, comprendiendo en ella a todos los órganos y organismos que no sean parlamentarios o jurisdiccionales, lo que la lleva a incluir a las entidades acentralizadas; luego, sin embargo, en el inciso segundo del artículo 18, sustrae de su campo de aplicación a todas estas entidades dejándolas fuera del campo de regulación de los servicios públicos acotado por sus disposiciones.

Artículo 1º. El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.

La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

Artículo 18. La organización básica de los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, será la establecida en este Título.

Las normas del presente Título no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Educación y a las empresas públicas creadas por ley, *órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda.*

La expresión servicio público, en estas condiciones, tal como ocurre con la voz órgano, ha demostrado ser más cómoda que caracterizadora de una forma organizacional administrativa.

Por eso, hoy día pueden concurrir en el derecho administrativo dos acepciones de la expresión servicio público:

–La constitucional, que llama servicio público a toda organización que no esté adscrita al sector parlamentario o al sector jurisdiccional, y

–La legal, contenida en el artículo 25 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que asigna un alcance restringido a la voz servicio público, bastante más circunscrito que el que se encuentra en la doctrina y la jurisprudencia, pues sólo considera como tales a los regidos por el título II de esa ley, según lo dispuesto por el inciso 1º de su artículo 18.

67. C. ALCANCE DE LAS EXPRESIONES EMPLEADAS POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA EN MATERIA ORGANIZACIONAL ADMINISTRATIVA. La Constitución Política de la República, según se ha manifestado, estima que las frases Administración del Estado y Administración Pública son expresiones sinónimas que cubren todo el ámbito de la Administración como función del Estado-nación.

Así lo estableció el Tribunal Constitucional en el fallo recaído en los autos rol N° 39, de 1986.

“A juicio del Tribunal Constitucional, el artículo 38 de la Carta Fundamental emplea ambas expresiones como sinónimas y en su sentido más amplio y genérico, porque no resulta justificado pensar que el constituyente encargara a una ley orgánica constitucional la regulación de la organización básica de solo una parte o sector de la Administración del Estado y excluyera a otra, ya que la razón para entregar esta materia a una ley de este rango es la misma en uno y otro caso, no resultando lógico, entonces, en términos generales, someterlas a normas legales de distinta naturaleza, habida consideración que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición.”

Además de las expresiones Administración del Estado y Administración Pública, a las que cabe agregar la de Administración de que se vale en los artículos 87 y 96, letra d), la Carta Fundamental se refiere a ella a través de ciertas menciones de mayor o menor extensión en que nomina a algunas personas o formas organizacionales con pertenencia administrativa.

Analizando la Constitución Política de la República desde este prisma de observación, y sin considerar a las autonomías constitucionales con denominación específica, es del caso anotar que ella distingue entre:

- Sector público y sector privado (artículos 57 y 98);
- Estado y municipalidades; Estado, gobiernos regionales y municipales (artículos 19, N° 16; 60, N° 10; 62, inciso 4º, N° 3);
- Estado, sus organismos y las municipalidades (artículos 38, inciso 2º, y 60, N° 7);

- Estado y sus organismos (19, N° 21);
- Empresas del Estado y aquellas en que éste tenga participación (60, N° 9);
- Fisco, entidades fiscales autónomas, semifiscales, empresas del Estado o en las que el Fisco tenga intervención por aportes de capital (artículo 55, inciso 1°);
- Entidades fiscales autónomas, semifiscales, empresas estatales o en las que el Estado tenga participación por aporte de capital (artículo 55, inciso 2°);
- Estado, entidades semifiscales, autónomas, gobiernos regionales, municipalidades (62, 4°, N° 3);
- Servicios públicos fiscales, semifiscales, autónomos, de las empresas del Estado o municipales (artículo 61, inciso 4, N° 2);
- Servicios públicos creados por la ley para el cumplimiento de las funciones administrativas (artículo 101, inciso 1°);
- Servicios públicos (artículo 105, inciso 2°);
- Ministerios y servicios públicos (artículo 103);
- Gobiernos regionales y empresas públicas (artículo 104, inciso 5°);
- Municipios y servicios públicos (artículos 107, inciso último, y 112).

Ordenando estas menciones constitucionales, puede afirmarse que la Constitución Política consagra las siguientes ideas esenciales en materia organizacional:

–Estructura la sociedad en dos sectores: un sector público y un sector privado.

–Considera que el sector público está constituido, en primer término, por personas jurídicas de derecho público, perfilando claramente y dando un tratamiento preceptivo específico para:

- El Estado;
- Los gobiernos regionales;
- Las municipalidades, y
- Las empresas del Estado, en su caso.

–Emplea la frase “el Estado y sus organismos”, enseguida, para referirse al Estado-persona jurídica y a las demás organizaciones públicas, distintas de las anteriormente indicadas, como que estas entidades están caracterizadas y diferenciadas entre sí de una manera especial en el mismo texto constitucional.

–“El Estado y sus organismos” es una frase que abarca, entonces, al Estado-persona jurídica y a los demás organismos

consignados en la Constitución Política de la República que no sean los gobiernos regionales, las municipalidades y las empresas del Estado. Estos organismos son:

- Los ministerios;
- Los servicios fiscales;
- Las entidades fiscales autónomas, conocidas como instituciones fiscales;
- Las entidades semifiscales, conocidas como instituciones semifiscales, y
- En su caso, las instituciones legalmente autónomas.
- Que utiliza la expresión servicio público de una manera genérica que en cada caso, según cual sea el objeto o campo regulado, busca precisar por medio de adjetivaciones especificadoras que tienden a precisarla. Alude, de este modo, a servicios: fiscales, semifiscales, de las empresas del Estado o municipales (artículo 62, inciso 4º, Nº 2); servicios creados por la ley para el cumplimiento de las funciones administrativas que operen en la región (artículo 101, inciso 1º); servicios existentes en la provincia (artículo 105, inciso 2º).

68. LOS CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN DE LOS ÓRGANOS Y ORGANISMOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO QUE EMANAN DEL PRINCIPIO DE LA SERVICIALIDAD DEL ESTADO. Para clasificar a los órganos y organismos de la Administración del Estado, la Constitución Política de la República atiende en primer término al principio de la servicialidad: estar al servicio de la persona humana y promover el bien común, según tuvo ocasión de manifestarse en el capítulo séptimo de esta obra, principio que responde a ese anhelo más profundo que animó a la Carta Fundamental de consagrar valores que identificaran a la nación chilena como tal y estimularan el esfuerzo compartido de su gente en actividades de interés general.

La viabilización de este espíritu la alcanza el Código Político sentando el principio general de la servicialidad en el artículo 1º, incisos 4º y 5º, de la Carta Fundamental, y estableciendo a lo largo de sus preceptos órganos superiores, que también llama autoridades en sus artículos 5º, 6º y 7º, llamados a fijar las políticas, los planes, programas y acciones que han de concretar el mandato supremo, y organismos de operación que denomina servicios públicos.

La sistematización de los órganos y organismos que concretan este principio en la Administración para el desarrollo sus-

tentable se hará en el capítulo undécimo de esta obra; aquí sólo se diseñará el esquema general de clasificación de las organizaciones de interés general, según las ideas que se han expuesto en relación con esta materia.

68. A. LAS FORMAS: LOS SERVICIOS PRESTADOS AL PÚBLICO. El principio de la servicialidad se concreta, ante todo, desde el prisma sociológico, en el reconocimiento de un interés general de la sociedad: la prestación de servicios al público, en una convergencia de esfuerzos de los sectores público y privado al mercado de bienes y servicios para propender-ofrecer un mejor nivel de vida a la población.

Este interés general permite hablar de:

–Servicios prestados al público a través de servicios públicos, y de

–Servicios prestados al público por medio de servicios privados.

68. A. A) LOS SERVICIOS PRESTADOS AL PÚBLICO A TRAVÉS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. Los servicios prestados al público a través de servicios públicos, pueden serlo, a su vez, por medio de:

–Servicios públicos administrados en gestión pública, o

–Servicios públicos en gestión privada.

Para la Constitución Política de la República, son *servicios públicos administrados en gestión pública* los organismos que actúan bajo:

–Formas típicas o tradicionales, entre las cuales consulta a los servicios fiscales, instituciones semifiscales y fiscales, los autónomos, en su caso, los gobiernos regionales y las municipalidades (artículos 62, inciso 4º, N°s 2 y 3; 55, incisos 1º y 2º; 100 y 107 de la Constitución Política), en tanto ejercen funciones generales o sectoriales y se encuentran modeladas sobre la base de la personalidad jurídica, y

–Formas atípicas, en las que contempla al Consejo Nacional de Televisión y al Consejo de Seguridad Nacional; al Fondo Nacional de Desarrollo Regional y al Fondo Común Municipal (artículos 19, N° 12; 90; 104 y 111 de la Constitución Política).

Son, por su parte, *servicios públicos administrados en gestión privada*:

–Las empresas del Estado, por mandato del artículo 19, N° 21, de la Carta Fundamental, en los términos desarrollados en los párrafos sesenta y cinco y siguientes de esta obra;

–Los servicios creados por las empresas del Estado o por las municipalidades, al tenor de lo dispuesto en el artículo 62, inciso 4º, numeral 2, v. gr., de la Carta Fundamental, que permite a una ley de iniciativa del Presidente de la República autorizar la creación de servicios públicos “de las empresas del Estado o municipales”, que normalmente serán corporaciones o fundaciones, puesto que si son de naturaleza empresarial esa autorización deberá contenerse en una ley de quórum calificado;

–Las sociedades generadas por la constitución o participación por parte de los organismos del sector público en empresas, conforme a lo previsto por el artículo 55, incisos 1º y 2º, en concordancia con el numeral 21 del artículo 19, y

–Los servicios públicos concedidos, en los términos establecidos por el Tribunal Constitucional, basado en el artículo 60, Nº 10, del Código Político.

68. A. B) LOS SERVICIOS PÚBLICOS ORIGINARIOS Y DERIVADOS. Atendiendo a la fuente generadora de los servicios públicos, éstos pueden sistematizarse distinguiéndolos también en servicios públicos originarios y servicios públicos derivados.

En efecto, el artículo 62, inciso 4º, Nº 2, de la Constitución acepta la existencia de servicios públicos “de las empresas del Estado y municipales”, lo que permite hablar de servicios públicos originarios y de servicios derivados.

Artículo 62, inciso 4º. Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República, la iniciativa exclusiva para:

2º. *Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos, de las empresas del Estado o municipales; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones.*

Son originarios o principales, desde este punto de vista, los organismos públicos que nacen directamente de la Constitución o la ley; son derivados o complementarios los que surgen por decisión de un organismo principal.

Entre estos últimos se cuentan:

–Los servicios creados por las empresas del Estado o por las municipalidades, al tenor de lo dispuesto en el artículo 62, inciso 4º, numeral 2, v. gr., de la Carta Fundamental, que permite a una ley de iniciativa del Presidente de la República autorizar la creación de servicios públicos “de las empresas del Estado o municipales”, según lo antes expresado.

–La constitución o participación por parte de los organismos del sector público en empresas, conforme a lo previsto por el artículo 55, incisos 1º y 2º, en concordancia con el numeral 21 del artículo 19, y

–Los servicios públicos concedidos, que nacen de su artículo 60, Nº 10, según lo resuelto por el Tribunal Constitucional.

68. A. c) LOS SERVICIOS PRESTADOS AL PÚBLICO POR MEDIO DE SERVICIOS PRIVADOS. El segundo tipo de servicios al público corresponde a la producción de bienes y prestación de servicios que el sector privado pone a disposición de la población del país, actividades que la Constitución Política de la República considera, en principio, como pertenecientes al ámbito particular, bajo el dominio de sus dueños y animado de un interés subjetivo, pero que en tres casos, atendida la influencia directa que ejercen sobre la vida ciudadana, considera en una situación especial, diferente de los simplemente particulares.

De aquí que contemple normas relativas:

–A la educación;

–A los servicios de utilidad pública, y

–A la concesión de servicios públicos.

En estas situaciones, el Código Político reconoce la existencia de actividades privadas realizadas en interés general, según lo prescrito en los artículos 19, numerales 10, inciso último, y 16, inciso final; y 60, Nº 10, de su cuerpo normativo, y la legislación las somete a disposiciones especiales.

68. B. LA FINALIDAD: PROMOVER EL BIEN COMÚN. LA ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO SUSTENTABLE. El principio de la servicialidad se traduce enseguida en el énfasis con que la Carta Fundamental destaca la finalidad del Estado.

Superando la antigua preocupación por las formas y los procedimientos, el Código Político se interesa ahora por la naturaleza y finalidad de la Administración Pública:

–En cuanto a su naturaleza, los artículos 24, inciso 1º, y 99, inciso 1º, de la Carta Fundamental reconocen a la Administración como una función del Estado, esto es, como una actividad realizada al servicio de terceros, no en interés propio.

–En cuanto a su finalidad, los artículos 1º, incisos 4º y 5º; 24 y 102, inciso 2º; 100, inciso 2º, y 107, inciso 2º, consagran a la Administración al servicio de la persona humana, orientada a

mejorar sus condiciones de vida a través del desarrollo sustentable, previendo políticas y planes nacionales, regionales, provinciales y comunales.

69. LOS CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN DE LOS ÓRGANOS Y ORGANISMOS DEL ESTADO QUE EMANAN DEL PRINCIPIO DE LA DISTRIBUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS PÚBLICAS. Atendiendo al principio de la distribución de competencias públicas, el campo no parlamentario ni jurisdiccional regulado por la Carta Fundamental abarca tres grandes tipos de organismos que la Constitución Política de la República califica de servicios públicos:

–Los organismos autónomos nacidos de fuente constitucional;

–Los servicios públicos creados por la ley para el cumplimiento de funciones administrativas, como dice el artículo 101, inciso 1º, de la Carta Fundamental, y

–Los servicios públicos constituidos por decisión administrativa, según lo prescrito por los artículos 62, inciso 4º, Nº 2, del Código Político, y 6º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Desde esta perspectiva, el *sector público administrativo* aparece constituido por:

Servicios públicos de origen constitucional, representados por los organismos constitucionalmente autónomos:

–Los del sistema electoral;

–El Consejo Nacional de Televisión;

–La Contraloría General de la República;

–El Consejo de Seguridad Nacional;

–El Banco Central;

–Los Gobiernos Regionales, y

–Las Municipalidades.

Servicios públicos de origen legal, que son los referidos en los artículos 19, Nº 21, 55, inciso 2º, y 62, inciso 4º, numeral 2º:

–Los servicios fiscales;

–Las instituciones fiscales y semifiscales;

–Los autónomos, en su caso;

–Las empresas del Estado.

Servicios públicos de origen administrativo, generados por los organismos del sector público, previa disposición de ley que así lo autorice.

Entre estos se cuentan:

- Las corporaciones y fundaciones constituidas por órganos u organismos del sector público;
- Las sociedades constituidas por el sector público o en las cuales entra a participar, y
- Los servicios públicos concedidos.

70. LA CLASIFICACIÓN DE LOS ÓRGANOS Y ORGANISMOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO DESDE LOS ÁNGULOS FUNCIONAL Y FINALISTA. De esta manera, la Administración del Estado de Chile, en su perspectiva actual y desde el punto de vista de su origen y régimen jurídico, puede presentarse estructurada en seis grandes circuitos organizacionales expuestos en el capítulo anterior:

- El que corresponde al Estado-persona jurídica;
- El de los organismos constitucionalmente autónomos;
- El de los organismos legalmente autónomos, en su caso;
- El de los servicios descentralizados;
- El de las empresas del Estado, y
- El de los servicios públicos concedidos.

Desde la perspectiva constitucional y legal, el sector público aparece como un complejo orgánico que presta servicios al público a través de servicios públicos, constitucionales o legales, originarios o derivados, gestionados bajo formas públicas o privadas, según se ha visto en los párrafos precedentes.

Sin perjuicio del cuadro prospectivo antes reseñado, es importante detenerse en dos grandes clasificaciones contenidas en el ordenamiento jurídico administrativo chileno:

-La primera de ellas, expuesta por el iusadministrativismo en variadas ocasiones, es de carácter funcional y habla de la Administración del Estado desde el antiguo y respetable prisma doctrinal que distingue entre la Administración activa, consultiva, fiscalizadora y jurisdiccional.

-La segunda de ellas responde a la nueva óptica constitucional derivada de la gran reforma de la Ley N° 19.097, de 1991, al haber consagrado la función administrativa del Estado de Chile como una Administración para el desarrollo de la nación, de la regiones, provincias y comunas del país.

Por razones doctrinales, en el primer caso, y de índole constitucional, en el segundo, los capítulos siguientes recogerán dos de estas importantes visiones administrativas que animan al derecho administrativo organizacional chileno.

CAPITULO DECIMO

LA ADMINISTRACION DEL ESTADO DESDE EL PUNTO DE VISTA FUNCIONAL: ADMINISTRACION ACTIVA, CONSULTIVA, FISCALIZADORA Y JURISDICCIONAL

SUMARIO: 71. El punto de vista de la doctrina. 72. La exposición doctrinal: las administraciones activa, consultiva, fiscalizadora y jurisdiccional. 73. La Constitución Política de la República consagra, desde un nuevo punto de vista, las administraciones activa, consultiva, fiscalizadora y jurisdiccional. 73. A. La administración activa. La administración para el desarrollo. 73. B. Las administraciones consultiva y fiscalizadora. 73. B. a) La función consultiva. 73. B. b) La función fiscalizadora o de control. 73. C. La función estatal de control. 73. C. a) Las superintendencias como instituciones fiscalizadoras. 73. C. b) Las demás instituciones fiscalizadoras: la Fiscalía Nacional Económica, el Servicio de Aduanas y la Dirección del Trabajo. 73. D. La administración jurisdiccional. 74. Síntesis.

71. EL PUNTO DE VISTA DE LA DOCTRINA. Según la doctrina iusadministrativa, la Administración del Estado como centro de decisiones, en cuanto atribuciones que ejerce, se presenta como una actividad decisora troncal complementada por tres subfunciones complementarias que le permiten cumplir idóneamente sus finalidades, la asesora, la controladora y la juzgadora.

Se habla, así, de administración activa, como actividad principal, y de las actividades consultiva, fiscalizadora y jurisdiccional, en tanto complementarias de ella.

72. LA EXPOSICIÓN DOCTRINAL: LAS ADMINISTRACIONES ACTIVA, CONSULTIVA, FISCALIZADORA Y JURISDICCIONAL. Conforme a esta perspectiva, dice don Santiago Prado en los *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno* que “la administración tiene el encargo de ejecutar i hacer ejecutar las leyes de interés común, i para esto se organiza su poder en una serie de agentes directos i auxiliares que transmiten la acción de unos a otros desde el

centro del Gobierno hasta los más remotos confines del territorio nacional. Mas, aunque las atribuciones de la administración sean esencialmente activas, no por eso se excluye de sus actos toda deliberación ni consejo; pues ocurren con frecuencia casos en que importa, antes de resolverse a obrar, oír el dictamen de alguna corporación instituida por la lei para ilustrar a los agentes administrativos en negocios arduos, en materias facultativas o en asuntos de interés local.

“Como el auxilio de la ciencia y las luces de la esperiencia son necesarios en todos los grados de la jerarquía administrativa, la lei debe cuidar de colocar al lado de cada agente un consejo que le alumbre i le gué con acierto; de modo que toda organización administrativa, conforme a los principios espuestos, se divida en dos series paralelas de agentes i consejos; aquéllos, únicos dispensadores de la acción, i éstos, instituidos solamente para ilustrar i preparar la solución de las más difíciles e importantes cuestiones administrativas.

“No existe entre nosotros –a 1859– esta doble organización, sino en parte: el Gobierno central se encuentra auxiliado por las luces i la esperiencia del Consejo de Estado en materias arduas de administración, i por la Universidad en materias facultativas; pero al lado del Intendente de provincia no hai un cuerpo que le ilustre i auxilie, fuera del Juez de Letras, cuando aquel, como se ha visto, tiene que resolver en materias de derecho o que estén en relación con el derecho mismo; lo mismo sucede con los demás miembros de la jerarquía administrativa: carecen de un punto de apoyo en las luces i esperiencia de algún cuerpo que los ilustre.”

Junto a la administración activa y a la administración consultiva se halla la administración jurisdiccional.

Mientras las autoridades de los diversos grados de la jerarquía administrativa dictan actos de imperio, las autoridades de la jurisdicción administrativa juzgan, dice don Santiago Prado.

“La administración ejerciendo actos de imperio se llama activa; ejerciendo actos de jurisdicción se denomina contenciosa”: “el tercer objeto del derecho administrativo –es– la jurisdicción administrativa”, agrega.

¿Por qué existe una “jurisdicción administrativa”? Porque “se ha creído jeneralmente que la intervención de una autoridad extraña en los actos reservados al poder ejecutivo turbaría el concierto entre los poderes constituidos, porque si fuesen

los jueces ordinarios llamados por la ley a sentenciar las demandas i reclamaciones promovidas por el interés particular contra el interés público, representado por la administración, sus fórmulas lentas i protectoras, su natural propensión a decidir conforme a los preceptos de derecho i no según las reglas de equidad, i la misma inflexibilidad de sus juicios, entorpecerían la marcha de la administración, comprometiendo a cada paso la existencia de la sociedad con la interrupción frecuente de los servicios más importantes para la seguridad del Estado”.¹

La clasificación de la Administración del Estado atendiendo a su actividad troncal y a las subfunciones que la complementan pasará a constituir, desde que fuera formulada en 1859, una constante dentro del administrativismo chileno, admitida *nemine discrepante* por los cultores de las demás disciplinas jurídicas que constituyen la gran familia jurídica.

Esta óptica del ramo ha llevado a los autores nacionales a examinar en sus obras el derecho administrativo organizacional: órganos y organismos administrativos, el derecho administrativo relacional: hechos, actos y contratos administrativos, y el derecho administrativo procesal, esto es, aquella parte de la disciplina que se ocupa de la solución de los conflictos jurídicos que origina la presencia de la Administración Pública en el ámbito del derecho.

Así lo hizo don Guillermo Varas Contreras, v. gr., al destacar, en 1948, que “las funciones administrativas pueden ser de tres órdenes diversos: activa, deliberante y jurisdiccional, según tenga por objeto ejecutar los actos administrativos sea directamente o previa autorización; o resolver, dirigir y controlar la acción administrativa; o, finalmente, declarar los derechos y sancionar ciertos actos administrativos irregularmente ejecutados.

“A estos tres órdenes de funciones, acción, deliberación y jurisdicción, corresponden tres órganos diversos.

“Las autoridades son las encargadas de la acción, como, por ejemplo, el Presidente de la República, los Ministros, los Intendentes, Alcaldes, etc.

“Los consejos, encargados de la deliberación, pudiendo ser éstos simplemente consultivos o deliberantes, según ten-

¹Prado, Santiago, *vid. op. cit.*, págs. 119 y 120, 307 a 310.

gan o no la facultad de tomar resoluciones y ordenar su cumplimiento.

“Los tribunales administrativos, encargados, finalmente, de la jurisdicción”.²

Siempre a título ilustrativo, puede citarse sobre esta materia a dos administrativistas de distintas épocas que reiteran este punto de vista: los señores Juan Antonio Iribarren y Enrique Silva Cimma, aquél en su obra de 1936, éste en sus libros de 1969 y 1994, quienes, pese a los años que los distancian en el tiempo, coinciden, sin embargo, en la visión funcional del ramo.

El profesor Iribarren, en sus *Lecciones de Derecho Administrativo*, de 1936, hace ver que la evolución de las ideas políticas postula, “para la existencia de la libertad”, que “el poder que dicta la ley sea distinto del que la hace cumplir y del que la aplica a casos particulares dentro de una generalidad prescrita. De aquí surge la clásica distinción tripartita de los poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.

“Aplicando los principios anteriores, los conflictos en que la Administración participa deberían ser resueltos por el poder judicial. Pero el poder ejecutivo sistemáticamente se ha resistido a ser controlado o regulado, por decirlo así, en sus actividades, tanto en los regímenes monárquicos como en los republicanos. De esta resistencia nace la necesidad de crear un órgano especial que dirima estas contiendas también especiales y aparece, entonces, el tribunal administrativo. Tiene por misión ocuparse de las reclamaciones formuladas por los particulares en contra de los actos de la autoridad administrativa”.³

El profesor Silva, en su *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, ediciones de 1969 y 1994, estima justificado haber distinguido, como lo hizo, “en el cuadro sinóptico que hemos trazado de los servicios de la administración chilena, entre órganos de administración activa, fiscalizadora y jurisdiccional. Simplemente, porque ellos responden a otras tantas facetas que asume la función administrativa, y que son específicamente diversas unas de otras.

“En efecto, hablamos de órganos de administración activa para referirnos a todos aquellos que integran la función admi-

²Varas Contreras, Guillermo, *vid. op. cit.*, pág. 81.

³Iribarren, Juan Antonio, *vid. op. cit.*, pág. 29.

nistrativa propiamente tal, y que materializan la dinámica de la Administración, a fin de satisfacer las necesidades colectivas para que se crean los servicios públicos. Los órganos de administración activa concretan en la realidad la función de administrar el Estado que corresponde al Presidente de la República y se personifican además en los entes descentralizados territorial y funcionalmente.

“Los órganos de administración fiscalizadora, en oposición a los anteriores, no tienen por misión realizar la Administración del Estado, sino que, precisamente, controlar esa labor para que ella se ejecute con arreglo a la ley. Más que administrar activamente, controlan esa administración. Su labor es generalmente preventiva, es decir, se produce antes de que los actos de la administración activa lleguen a ejecutarse, pero si se realiza a posteriori, no adquiere, como norma general, forma de juicio.

“Los órganos de administración jurisdiccional, finalmente, son aquellos que tienen a su cargo el contencioso-administrativo, es decir, persiguiendo el mismo principio de que los actos de la administración activa se encuadren al derecho”.⁴

En efecto, añadirá posteriormente, “el control jurisdiccional corresponde a tribunales, sean estos tribunales administrativos propiamente tales, especiales o de plena jurisdicción, sean tribunales ordinarios a quienes la Constitución o la ley han asignado competencia específica o amplia en materia contenciosa administrativa.

“Al examinar la materia en estudio, la doctrina del ramo acostumbra distinguir los siguientes aspectos principales: la materia contenciosa administrativa, la jurisdicción contenciosa administrativa o sistemas de justicia administrativa, y finalmente las acciones y el procedimiento contencioso administrativo”.⁵

La Corte Suprema de Justicia ha hecho suyo este enfoque de la administración considerado desde el punto de vista de la actividad que realizan los órganos y organismos administrativos frente a la toma de decisiones. En su sentencia de 17 de diciembre de 1970, manifestó que “la trilogía entre administración activa, fiscalizadora y jurisdiccional ha sido invariablemente

⁴ Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, tomo 2º, 1969, *op. cit.*, págs. 157 y 158.

⁵ Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El control público*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, págs. 41 y 186.

reconocida por la doctrina científica y la legislación en nuestro país, en razón de la índole diferente de las funciones que en una u otra clase de organismos o servicios que las satisfacen están llamadas a cumplir.

“En consecuencia, si bien en principio es obvio que en un Estado de derecho todos aquellos organismos o servicios deben ajustarse a la ley, queda en claro que a los organismos de función fiscalizadora les corresponde conocer de un asunto en vía administrativa sin forma de juicio, de oficio o a requerimiento de parte, no sólo para conocer de un acto eventualmente ilícito ya realizado, sino preferentemente de manera preventiva, para evitar que se ejecute; en tanto que los organismos administrativos que ejercen la función jurisdiccional están llamados a juzgar una decisión sometida a su conocimiento en forma de juicio y como tribunales”.

73. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA CONSAGRA, DESDE UN NUEVO PUNTO DE VISTA, LAS ADMINISTRACIONES ACTIVA, CONSULTIVA, FISCALIZADORA Y JURISDICCIONAL. La Constitución Política de la República reconoce la existencia de la administración activa, consultiva, fiscalizadora y jurisdiccional, aunque lo hace de una manera renovada en relación con el planteamiento clásico presentado por el administrativismo.

En efecto, el dinamismo de la vida contemporánea ha obligado a la Administración del Estado a emplear nuevas tecnologías que han superado la concepción de la antigua función consultiva, v. gr., que se estimaba conveniente instituir a cargo de órganos colegiados, por cuanto por su composición obligaba a compatibilizar diversas opiniones, garantía de equilibrio en las soluciones propuestas.

La democracia actual, con todo, practica conceptos de eficiencia, eficacia y ética, que la hacen más decisional que tramitacional, y la exigencia de los tiempos ha llevado a los organismos administrativos a incorporar personal altamente calificado que durante la tramitación misma de los asuntos que les compete resolver va allegando los informes internos que requiera la determinación administrativa, así como también ha inducido a crear cuerpos colegiados decisionales, sobre todo en las áreas normativas de planificación.

De aquí que los actuales parámetros de análisis organizacional no se sientan interpretados por las referencias desde las

cuales la doctrina examinó esta función a comienzos de siglo, como las formuladas por don José Domingo Amunátegui en su *Tratado Jeneral de Derecho Administrativo*, de 1907, por ejemplo, al decir que “la Administración activa corresponde al agente único; al Consejo, como guía i como seguridad i garantía corresponde la forma colegiada. *Amministrare e fatto di un solo; far legge e guidicare son fatti di molti*, dicen los italianos. *Agir est le fait d'un seul, déliberer est le fait de plusieurs*, es un aforismo en Francia.

“Se deduce de lo espuesto que las corporaciones administrativas son puramente consultivas, es decir, que sus resoluciones, o consejos mejor denominados, no obligan al ejecutante responsable del acto, ni tampoco deben atribuírseles facultades activas que conduzcan a la irresponsabilidad propia del desorden”.

Además, “el Consejo es guardián severo de la estabilidad –de la carrera funcionaria–, porque, conocedor del servicio a que atiende, conoce también a los agentes que lo desempeñan i se encuentra en situación, aunque para ello necesite recojer especiales informaciones en momentos determinados, de distinguir entre lo bueno i lo malo en orden a los empleados del ramo”.

En Chile, el cuerpo consultivo general, que “abarca todos los servicios públicos”, agrega el señor Amunátegui, es el Consejo de Estado, cuya idea se remonta a menudo a Napoleón, aunque sus orígenes se encuentran en el Consejo del Rey, surgido en tiempos de Felipe V, “como cuerpo deliberante consultivo de la autoridad real”. Existe como tal en Francia, desde la Constitución del año VIII, en Italia y España.⁶

Mutatis mutandis, análogas reflexiones merece la función fiscalizadora, llamada también de control, surgida al interior de la Administración Pública como una actividad de resguardo de los bienes y recursos del Estado para derivar posteriormente hacia una función de garantía, de fe pública ante la comunidad, al velar por la veracidad de la información y la regularidad de los negocios realizados por privados, como sucede con las Superintendencias en las áreas bancaria y financiera, de seguros, de fondos de pensiones, de electricidad y combustibles, de servicios sanitarios y de salud previsional.

⁶ Amunátegui Rivera, Domingo J., *op.cit.*, págs. 107 a 109.

A continuación se examinará la Administración Pública desde el punto de vista de la naturaleza de sus decisiones, en la forma que al día de hoy se advierte regulada en el ordenamiento administrativo del país.

73. A. LA ADMINISTRACIÓN ACTIVA. LA ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO. La administración activa está constituida por la línea de acción pública directa, por los órganos y organismos encargados de resolver directamente los problemas generales de la población del país.

En el informe emitido por las Comisiones Unidas del Senado, primero, y de la Cámara de Diputados después, a propósito del proyecto de ley de reforma constitucional que se concretó en la Ley N° 19.097, de 1991, se precisó que la Administración, para los legisladores, se concebía como “un conjunto de atribuciones que se orientan más bien a la aplicación de las normas legales y decretales para la consecución de los objetivos de poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos”.

El concepto de función administrativa así delimitado difiere, pues, de la idea que otrora se tenía de esta actividad estatal.

En el pasado, siguiendo la tesis de los fundadores del Estado constitucional de la primera generación, la Administración activa se caracterizaba como una acción llamada a decidir, de acuerdo con la ley, los casos particulares o singulares que requirieran de su intervención, mediante el ejercicio de su actividad decretal.

Montesquieu, en *El Espíritu de las Leyes*, de 1748, decía que “el supremo poder ejecutor es una función de gobierno que exige, casi siempre, una acción momentánea”, una acción aplicada al tiempo y al caso; un poder o facultad que autoriza “tomar resoluciones activas que exigen alguna ejecución”.

Rousseau, en *El Contrato Social*, de 1762, señalaba que el poder ejecutivo es “un cuerpo intermedio encargado de la ejecución de las leyes y del mantenimiento de la libertad, tanto civil como política. El poder ejecutivo no puede pertenecer a la generalidad como legisladora y soberana. Lo que ordena el Soberano sobre un objeto particular no es ley, sino sólo un decreto, no un acto de soberanía, sino de magistratura”.

Esta perspectiva de lo administrativo circunscrito a decisiones singulares, de acción momentánea, que recae sobre obje-

tos particulares, experimentó una extraordinaria evolución por efecto de las tendencias social y existencial internizadas por Occidente desde principios de este siglo, que postularon el deber prestacional del Estado y la preocupación por la existencia vital de las personas, incorporando al ámbito administrativo los conceptos de deber, de atención al ser humano concreto, de planificación y de participación, con lo cual se amplió la esfera de actuación de la Administración Pública y se restringió la del legislador, única autoridad antes reconocida como de actuación original, para acotar su rol en la dictación de normas generales sobre aspectos esenciales, las leyes de bases, y cuya característica radica en que su viabilidad reguladora posterior queda sometida a una habilitación normativa por parte de la Administración.

Así ha sucedido también en Chile, como se sabe, pues la Constitución Política de la República en su artículo 60 restringió el campo del legislador a las materias expresamente señaladas por ella como propias de ley y consultó, en su artículo 32, Nº 8, la facultad normativa del Jefe de Estado de ejecución de ley y autónoma, ampliada a todas las materias que no sean de dominio legal.

Artículo 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

8. Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes.

Esta nueva forma de apreciar la producción normativa estatal, asaz diferente de la óptica tradicional, pasó a reconocer a la Administración del Estado un rol decisional del todo distinto al que le asignaba el clasicismo doctrinal del siglo pasado y ha significado, en la Constitución Política de la República, la incorporación de facultades normativo-planificadoras de diversos niveles.

En efecto, además de la potestad reglamentaria autónoma, la Carta Fundamental contempla tres grandes niveles de actuación planificadora:

-El nivel nacional (artículos 24 y 102, inciso 2º, complementados por el artículo 19, inciso 2º, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado);

- El nivel regional (artículo 100, inciso 2º, y 102, inciso 2º),
y
–El nivel local (artículo 107, inciso 2º).
El nivel provincial se integra en el regional.

Artículo 24, inciso 1º. El Gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado.

Artículo 102, inciso 2º, primera parte. Corresponderá desde luego al consejo regional aprobar los planes de desarrollo de la región y el proyecto de presupuesto del gobierno regional, ajustados a la *política nacional de desarrollo* y al presupuesto de la Nación...

LOCBGAE. Artículo 19, inciso 2º. Para tales efectos –los ministerios– deberán proponer y evaluar las políticas y planes correspondientes, estudiar y proponer las normas aplicables a los sectores a su cargo, velar por el cumplimiento de las normas dictadas, asignar recursos y fiscalizar las actividades del respectivo sector.

Artículo 100, inciso 2º. La administración superior de cada región radicará en un gobierno regional que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región.

Artículo 107, inciso 2º. Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.

De esta manera, la administración activa se despliega constitucionalmente en la actualidad en forma horizontal, desde la Presidencia de la República hasta las municipalidades, pasando por los servicios públicos nacionales, los gobiernos regionales y las gobernaciones provinciales, como una función estatal de grandes proyecciones, orientada a alcanzar el desarrollo social, cultural y económico de la República y responsable de planificar y ejecutar una política nacional de desarrollo al servicio de la persona humana en un contexto de equilibrio ambiental que resguarde la naturaleza y tienda a mejorar la calidad de vida de todos los habitantes del país.

73. B. LAS ADMINISTRACIONES CONSULTIVA Y FISCALIZADORA. La administración activa, como se ha manifestado, está complementada por subfunciones que coadyuvan a su correcto y eficaz ejercicio.

Son las actividades que la doctrina conoce bajo los nombres de administración consultiva, administración fiscalizadora y administración jurisdiccional.

La Constitución Política de la República reconoce la existencia de las funciones administrativas de consulta y de control

como actividades independientes de la administración activo-decisora, en sus artículos 87, 107, inciso 1º, parte final, y 105, inciso 3º; 101, inciso 1º; 102, inciso 1º, y 108, inciso 2º, respectivamente, que se refieren a la Contraloría General de la República, para confiarle “el control de la legalidad de los actos de la Administración”; a “un consejo económico y social comunal de carácter *consultivo*”; a “un consejo económico y social provincial de carácter *consultivo*”; a que el intendente tiene la “supervigilancia o *fiscalización* de los servicios públicos creados por la ley para el cumplimiento de las funciones administrativas, que operen en la región”; a que el consejo regional tendrá funciones “normativas, resolutivas y *fiscalizadoras*”, y a que “el concejo... ejercerá funciones normativas, resolutivas y *fiscalizadoras*”, como órgano municipal, dentro de la municipalidad y de la comuna.

Artículo 87, inciso 1º. Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

Artículo 107, inciso 1º, parte final. La ley orgánica establecerá un consejo económico y social comunal de carácter consultivo.

Artículo 105, inciso 3º, primera parte. En cada provincia existirá un consejo económico y social provincial de carácter consultivo.

Artículo 101, inciso 1º. El intendente presidirá el consejo regional y le corresponderá la coordinación, supervigilancia y fiscalización de los servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de las funciones administrativas que operen en la región.

Artículo 102, inciso 1º. El consejo regional será un órgano de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador, dentro del ámbito propio de competencia del gobierno regional, encargado de hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional y ejercer las atribuciones que la ley orgánica constitucional respectiva le encomiende, la que regulará además su integración y organización.

Artículo 108, inciso 2º. El concejo será un órgano encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local, ejercerá funciones normativas, resolutivas y fiscalizadoras y otras atribuciones que se le encomienden, en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva.

Estas normas consagran, pues, las funciones consultiva y de control en la Administración del Estado.

73. B. A) LA FUNCIÓN CONSULTIVA. La función consultiva como aparece regulada por la Carta Fundamental en los preceptos antes transcritos, ha sido establecida más como una actividad de participación social, representativa del sentir ciudadano, que como asesoría y consejo a la autoridad decisora.

En tal carácter, está constitucionalmente concebida para transmitir a la autoridad la sensibilidad ciudadana, antes que a proveerla de conocimientos especializados que, como apuntaba don José Domingo Amunátegui, “lleven ilustración en la preparación de los actos administrativos i garantía para el cumplimiento de las leyes i para los funcionarios que, bajo la dependencia del agente unipersonal, pudieran verse espuestos a las consecuencias de una voluntad intemperante”.⁷

73. B. B) LA FUNCIÓN FISCALIZADORA O DE CONTROL. La función fiscalizadora o de control, enseguida, en los términos en que la concibe la Constitución Política de la República, se aprecia como una actividad encaminada a determinar si un órgano u organismo administrativo ha actuado como correspondía hacerlo según los patrones objetivos que sirven de base al control.

En cuanto al sujeto controlador, la Carta Fundamental admite que el control pueda ser realizado por:

–Un organismo constitucionalmente autónomo ajeno a los cuadros jerárquicos del sujeto controlado, por lo que toma el nombre de control externo: es el caso de la Contraloría General de la República;

–Una autoridad de gobierno, como el intendente regional;

–Organos internos de la respectiva entidad, como sucede tratándose del consejo regional y del concejo, en las municipalidades, por lo que se denomina control interno, que también se confía a reparticiones internas de los organismos del sector público, normalmente denominadas Direcciones de Control, Contralorías o Auditorías Internas.

73. C. LA FUNCIÓN ESTATAL DE CONTROL. Con todo, ha de destacarse que el énfasis del legislador en la regulación de la función estatal de control no apunta precisamente en la actualidad hacia el control de la Administración del Estado, de suyo conocido, sino

⁷ Amunátegui Rivera, J. Domingo, *op. cit.*, pág. 107.

que se orienta más bien al que la Administración Pública realiza sobre la actividad privada, en un reconocimiento más de la evolución administrativa que asoma al mundo posmoderno.

Esta transformación se pone de manifiesto en la creación legislativa de organismos especializados de control de la actividad privada, que en general toman el nombre de instituciones fiscalizadoras, por disposición del artículo 2º del DL N° 3.551, de 1980, y que si bien, atendidas sus características, podrían generar un nuevo círculo administrativo dentro de los tipos componentes de la Administración del Estado, según se ha dicho en el párrafo sesenta y seis de este estudio, la doctrina generalmente los incluye dentro de la categoría de servicios descentralizados.

Según el citado artículo 2º del DL N° 3.551, las entidades fiscalizadoras son “instituciones autónomas, con personalidad jurídica, de duración indefinida y se relacionarán con el Ejecutivo a través de los Ministerios de los cuales dependen y se relacionan en la actualidad”. Su domicilio, agrega, “será la ciudad de Santiago”.

“El hecho que la definición citada califique a estos –organismos– como instituciones autónomas –ha sostenido el profesor Carlos Carmona Santander en un interesante trabajo del año 1994 sobre esta materia, que recoge un parecer compartido por el iusadministrativismo–,⁸ no tiene el efecto de ubicarlos en una categoría especial distinta de la de servicios públicos, sino que sólo reforzar su independencia en la gestión, sin quitarles por ello el control de tutela. En efecto, todos –los jefes superiores de estas instituciones– son designados por el Presidente de la República y son funcionarios de su exclusiva confianza.”

Las instituciones fiscalizadoras están constituidas por las superintendencias y algunos otros servicios públicos que también desempeñan funciones de fiscalización o control de la actividad privada, como la Fiscalía Nacional Económica, el Servicio de Aduanas y la Dirección del Trabajo.

73. C. A) LAS SUPERINTENDENCIAS COMO INSTITUCIONES FISCALIZADORAS. Las superintendencias son siete:

⁸ Carmona Santander, Carlos, *Una aproximación general sobre las Superintendencias desde la perspectiva del derecho*, cit. Las demás citas de este párrafo que no tienen una referencia especial pertenecen a este trabajo.

–La de Bancos e Instituciones Financieras, creada por el DL N° 1.097, de 1975;

–La Superintendencia de Valores y Seguros, creada por DL N° 3.538, de 1980;

–La Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, por el DL N° 3.500, de 1980;

–La Superintendencia de Seguridad Social, instituida como tal por el DL N° 3.551, de 1981, y cuyas atribuciones se contienen en la Ley N° 16.395, de 1966;

–La Superintendencia de Electricidad y Combustibles, por la Ley N° 18.410, de 1985;

–La Superintendencia de Servicios Sanitarios, por la Ley N° 18.902, de 1990, y

–La Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, constituida por la Ley N° 18.933, de 1990.

“El tema de las Superintendencias –anota el profesor Carmona– se enmarca dentro de la función reguladora del Estado. Si años atrás al Estado se le asignaba la tarea de desarrollar actividades económicas o entregar o proteger monopolios, hoy se le asigna un rol tutelar en la actividad económica, es decir, que vele porque la actuación de los privados que comprometa el interés público se desarrolle dentro de ciertos parámetros previamente definidos, de modo que no incurran en abusos que perjudiquen gravemente a terceros o cometan infracciones al ordenamiento jurídico.”

La Administración, añade, no sólo está sometida a control, sino que también controla. “En esta perspectiva se enmarcan las superintendencias, es decir, como organismos de control de los particulares en algunas áreas especialmente sensibles para el desarrollo económico.”

Son atribuciones comunes a todas las superintendencias las siguientes:

–Dictar instrucciones obligatorias para las entidades que conforman el sector. En virtud de esta potestad normativa, “no pueden invadir el ámbito o conjunto de materias que la Constitución ha reservado a la ley”, ni “contradecir las normas que dicta el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria. Sin embargo, esta potestad plantea alguna dificultad”, pues el Tribunal Constitucional, por fallos de 1992 y 1993, ha concluido que los particulares sólo pueden ver limitadas sus actividades económicas por “las normas legales que las

regulen”, según el artículo 19, N° 21, de la Carta Fundamental, por lo cual estas actividades no pueden verse limitadas por los reglamentos presidenciales. “Ello implica excluir cualquiera regulación que puedan realizar las superintendencias a través de su facultad normativa o de cualquier otro órgano dotado de la misma potestad, como el Banco Central.”

–Interpretar, con carácter obligatorio, las normas que rigen al respectivo sector;

–Fiscalizar, y en ocasiones registrar o autorizar, las entidades sometidas a su control en sus aspectos jurídicos y financieros, hallándose facultadas para requerir toda la información que con tal objeto requieran.

“El control que realizan las Superintendencias –dice el profesor Carlos Carmona– reúne las siguientes características:

“1. Es un control externo a las entidades controladas.

“2. En algunos casos es de actos y en otros de actividad. Así, por ejemplo, es control de actividad el contemplado en el artículo 12 del Decreto Ley N° 1.097, de la Superintendencia de Bancos, que le permite examinar todos los negocios, bienes, libros y otros documentos para su información acerca de la situación, de los recursos, de la forma en que se administran los negocios, de la actuación de sus personeros, etc., de las instituciones sometidas a su fiscalización.

“3. Es un control fundamentalmente de legalidad, es decir, busca que los sujetos fiscalizados no infrinjan las disposiciones legales, reglamentarias y técnicas o las instrucciones y órdenes que impartan. La particularidad de este control legal radica, por una parte, en que comprende normas técnicas, por la otra, en que abarca las normas que dicta la propia Superintendencia.

“Sin perjuicio de lo anterior, en algunas oportunidades las Superintendencias ejercen el control con gran discrecionalidad. Así, por ejemplo, el Superintendente de Bancos puede solicitar todos los antecedentes y explicaciones que juzgue necesarios respecto de cualquier punto que convenga esclarecer.

“4. El control puede ser preventivo, concomitante y represivo.

“Desde otra perspectiva, las facultades fiscalizadoras de las Superintendencias” pueden ser: “para examinar documentos; para requerir información; para realizar visitas; para formular exigencias y para citar a declarar.”

–Imponer, por causal de incumplimiento legal, las sanciones que contemple la ley, que pueden consistir en multas, revocaciones, clausuras, que pueden ser impugnables conforme a la ley.

“A este respecto conviene recordar el fallo del recurso de protección que los accionistas mayoritarios del Banco Hipotecario interpusieron contra la resolución del Superintendente de Bancos, que en 1993 le revocó la autorización para funcionar como entidad bancaria y la declaró disuelta y en liquidación. La Corte Suprema de Justicia señaló que este acto del Superintendente era fruto del ejercicio de potestades administrativas de la autoridad y no significaba el ejercicio de jurisdicción, pues no decidía una contienda suscitada entre partes, sino que, por el contrario, un conflicto de intereses nacido precisamente de la aplicación de un acto administrativo.”

–Dar a la publicidad toda información que sea de útil o necesario conocimiento público.

–Resolver conflictos jurídicos. “Las superintendencias están facultadas para resolver algún tipo de controversias que surjan en el ámbito de sus competencias.”

“Así, por ejemplo, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles está facultada para resolver los reclamos que se formulen en contra de los instaladores autorizados. La Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, por su parte, puede resolver, como árbitro arbitrador, las controversias que surjan entre las ISAPRES y sus cotizantes o beneficiarios.

73. C. B) LAS DEMÁS INSTITUCIONES FISCALIZADORAS: LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, EL SERVICIO DE ADUANAS Y LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Junto a las Superintendencias, el artículo 2º del DL N° 3.551, de 1980, contempla como instituciones fiscalizadoras a la Fiscalía Nacional Económica, el Servicio de Aduanas y la Dirección del Trabajo.

La Fiscalía Nacional Económica se halla regulada por el DL N° 211, de 1973, en su texto vigente, aprobado por decreto N° 511, de 1980, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Al tenor de su artículo 21, la Fiscalía Nacional Económica tendrá su sede en Santiago, será independiente de todo organismo o servicio y se relacionará con el Supremo Gobierno a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Ella es parte del sistema de prevención, investigación, corrección y represión de los atentados a la libre competencia, sistema que está constituido por:

- a) Las Comisiones Preventivas Regionales;
- b) La Comisión Preventiva Central;
- c) La Comisión Resolutiva, y
- d) La Fiscalía Nacional Económica.

En este sistema garantizador de la libre competencia, la Fiscalía Nacional Económica actúa con plena independencia “de todas las autoridades o tribunales ante los cuales es llamada a ejercerlas” (artículo 24), para cumplir sus funciones, que consisten, en síntesis, en “instruir las investigaciones” económicas que procedan, representar el interés general de la colectividad ante la Comisión Resolutiva y los Tribunales de Justicia, requerir de la Comisión Resolutiva y de las Comisiones Preventivas el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones, velar por “el total y fiel cumplimiento de los fallos e instrucciones que dicta la Comisión Resolutiva o los Tribunales de Justicia en las materias a que se refiere” la ley, así como ejercer la acción penal en los casos de las letras j) y k) del artículo 24.

La Fiscalía está a cargo de un jefe superior de servicio llamado Fiscal Nacional, funcionario que de conformidad con lo establecido por el artículo 21 de la ley es de libre designación del Presidente de la República y sujeto a las normas del Estatuto Administrativo general de los empleados de la Administración del Estado. “Sólo podrá ser removido y sancionado, según proponga la Contraloría General de la República, previo sumario instruido por ésta.”

El personal de la Fiscalía es designado por el Fiscal y está afecto, asimismo, a las disposiciones del Estatuto Administrativo general aprobado por la ley N° 18.834, de 1989.

El *Servicio Nacional de Aduanas*, dice el artículo 1° de la Ordenanza de Aduanas, aprobada por DFL N° 30, de 1982, del Ministerio de Hacienda, “es un servicio público, de administración autónoma, con personalidad jurídica, de duración indefinida, y se relacionará con el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda. Este servicio será denominado para los efectos legales como “Institución Fiscalizadora y su domicilio será la ciudad de Valparaíso”.

Agrega esta norma en su inciso 2° que al Servicio Nacional de Aduanas “le corresponderá vigilar y fiscalizar el paso de las

mercaderías por las costas, fronteras y aeropuertos de la República, intervenir en el tráfico internacional para los efectos de la recaudación de los impuestos a la importación, exportación y otros que determinen las leyes, y de generar las estadísticas de ese tráfico por las fronteras, sin perjuicio de las demás funciones que le encomienden las leyes”.

Entre estas funciones, el DFL N° 329, de 1979, del Ministerio de Hacienda, en su artículo 4º, N° 7, confía al Director Nacional de Aduanas la facultad de “interpretar administrativamente, en forma exclusiva, las disposiciones legales de orden tributario y técnico, cuya aplicación y fiscalización corresponda al Servicio, y en general, las normas relativas a las operaciones aduaneras y dictar las órdenes e instrucciones necesarias para darlas a conocer a todos los empleados de Aduanas, que estarán obligados a cumplirlas”.

El Servicio Nacional de Aduanas es dirigido por el Director Nacional de Aduanas, quien es un funcionario de la confianza exclusiva del Presidente de la República, dice el artículo 4º de este Decreto con Fuerza de Ley N° 329, de 1979. Su dotación, de novecientos cuarenta y tres funcionarios de planta, se rige por el Estatuto Administrativo general de los empleados de la Administración Pública, sin perjuicio de las normas especiales que en determinadas materias contiene el ordenamiento aduanero.

Las funciones del Servicio están apoyadas por la acción de particulares encargados del despacho de mercaderías, “esto es, de las gestiones, trámites y demás operaciones que se efectúan ante la Aduana en relación con las destinaciones aduaneras”, que toman el nombre de Agentes de Aduana, según lo prescrito por los artículos 223 y 227 y siguientes de la Ordenanza de Aduanas.

“El Agente de Aduanas –dice el artículo 227– es un profesional auxiliar de la función pública aduanera, cuya licencia lo habilita ante la Aduana para prestar servicios a terceros como gestor en el despacho de mercancías.”

Para ser tal, la ley le exige cumplir con determinados requisitos, haber sido aprobado en un concurso de antecedentes y conocimientos en materias aduaneras, ser nombrado por el Director Nacional de Aduanas y rendir una garantía cuyo monto no puede ser inferior a veinte unidades tributarias anuales, para asegurar el pago de los gravámenes aduaneros y respon-

der de todo cargo que pudiere resultar en su contra, precisa el artículo 237.

Están afectos a responsabilidad civil y administrativa, “por toda acción u omisión dolosa o culposa que lesione o pueda lesionar los intereses del Fisco o que fuere contraria al mejor servicio del Estado o al que deben prestar a sus comitentes”. Para estos efectos el artículo 234 radica en el Director Nacional de Aduanas facultades que le permiten ejercer una jurisdicción disciplinaria sobre los despachadores de Aduana. En su virtud, puede aplicar las medidas disciplinarias de amonestación verbal, amonestación escrita, multa, suspensión del ejercicio de la función y cancelación de la licencia, estas dos últimas apelables para ante la Junta General de Aduanas.

La *Dirección del Trabajo* se rige por el Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que le confía facultades de interpretación y fiscalización de la legislación laboral.

En los términos de sus considerandos 1º y 4º, “para alcanzar un adecuado desarrollo económico y social es función primordial del Estado velar por la correcta aplicación de las leyes que garantizan los derechos sociales de los trabajadores”, lo que justifica modelar “un organismo ágil y capaz de realizar convenientemente la labor técnica y fiscalizadora respectiva”, que es la intención que anima a este decreto con fuerza de ley, que reemplazó la ley orgánica hasta entonces vigente, de la Dirección del Trabajo.

“La Dirección del Trabajo –reza su artículo 1º– es un servicio técnico dependiente del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, con el cual se vincula a través de la Subsecretaría del Trabajo”, precepto que ha de entenderse tácitamente modificado en su caracterización como servicio dependiente, en la medida que el artículo 2º del DL N° 3.551, de 1980, conceptuó a esta Dirección como institución fiscalizadora, concibiéndola, entonces, como autónoma, con personalidad jurídica y de duración indefinida.

Está a cargo de un Director, quien dirige y supervigila el servicio, tiene “la representación del Estado en la aplicación y fiscalización de las leyes sociales”, “fija la interpretación de la legislación y reglamentación social” y vela por la correcta aplicación de las leyes del trabajo en todo el territorio de la República, sin perjuicio de las facultades jurisdiccionales que por

mandato constitucional asisten a los tribunales de justicia (artículos 2º y 5º).

Es un funcionario de la confianza exclusiva del Presidente de la República, conforme a la regla general consultada en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

La ley, en sus artículos 7º al 12, determina las atribuciones de los Departamentos de la Dirección del Trabajo, que son el de Inspección, de Negociación Colectiva, de Organizaciones Sindicales, el Jurídico y el Administrativo. Igual criterio sigue la ley en sus artículos 13 a 17, con las cuatro oficinas que contempla “bajo la dependencia directa del Jefe Superior del Servicio”.

La operatividad de la Dirección del Trabajo proviene de su cuerpo de inspectores, que pueden ser regionales, provinciales y comunales (artículo 20).

A los inspectores, el artículo 23 de la ley les reconoce “el carácter de ministros de fe respecto de todas las actuaciones que realicen en el ejercicio de sus funciones”, pudiendo “visitar los lugares de trabajo a cualquiera hora del día o de la noche” y “ordenar la suspensión inmediata de las labores que a su juicio constituyan peligro inminente para la salud o vida de los trabajadores y cuando constaten la ejecución de trabajos con infracción a la legislación laboral”, suspensiones que no impedirán a los trabajadores seguir percibiendo sus remuneraciones (artículos 23, 24 y 28).

Asimismo, “la Dirección del Trabajo y los funcionarios de su dependencia podrán citar a empleadores, trabajadores, directores de sindicatos o a los representantes de unos u otros, o cualquiera persona en relación con problemas de su dependencia”, para los efectos de procurar solución a los asuntos laborales que se hayan suscitado, bajo apercibimiento de multa (artículos 29 y 30).

Expresa el artículo 34 de la ley que “en todos aquellos casos en que los inspectores del trabajo puedan aplicar multas administrativas, las reincidencias podrán ser sancionadas, además, con la clausura del establecimiento o faena, cuando ello fuere procedente, hasta por diez días, que podrá ser aplicada por el inspector que constate la reincidencia”. Para los trabajadores del establecimiento o faena, el período de clausura se estima efectivamente trabajado (artículo 38). La ley orgánica del servi-

cio les permite también disponer la clausura de un establecimiento afecto a su fiscalización, en los casos que señala.

Cabe destacar que la misma ley crea la Escuela Técnica de Entrenamiento, Capacitación y Perfeccionamiento de los Funcionarios y Postulantes a la Dirección del Trabajo, bajo la dependencia del Subdirector del Trabajo.

El personal de la Dirección está sometido a las normas estatutarias generales de los empleados públicos, contenidas en la Ley N° 18.834, de 1989.

73. D. LA ADMINISTRACIÓN JURISDICCIONAL. La tercera de las subfunciones de la Administración del Estado es la administración jurisdiccional.

¿Qué se entiende por función jurisdiccional?

La función jurisdiccional es una actividad del Estado que constituye o declara situaciones jurídicas subjetivas con fuerza de verdad legal.

Como es natural, esta función está normalmente radicada en los tribunales de justicia, cualquiera que sea su orden de pertenencia.

Sin embargo, atendiendo a variadas razones jurídicas y prácticas, la Constitución Política de la República y la ley la confían también a autoridades administrativas, como ocurre en todos los países del mundo, dado que estas autoridades, en sus orígenes históricos, reunieron en sí facultades políticas, administrativas y de justicia. Así ocurrió en Inglaterra con los sheriffs de los condados y en el Chile con el Gobernador-Presidente de la Real Audiencia-Capitán General en tiempos de la Colonia.

Es ésta una realidad asumida por la experiencia del país. Por ello, bien pudo sostener la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 26 de octubre de 1995, autos rol N° 129-95, confirmada por la Excelentísima Corte, que como “el Servicio de Impuestos Internos dispone de la inusual prerrogativa de ser, a la vez, juez y parte en materias tributarias, esta doble condición exige a sus órganos y funcionarios el máximo de prudencia, racionalidad y ecuanimidad en el ejercicio de las potestades que la ley les otorga, a fin de que los contribuyentes no sientan amagada su seguridad frente a potenciales hostigamientos o acosos por parte de la autoridad tributaria”.

En el Código Político, la Administración jurisdiccional está reconocida en el artículo 87, con motivo del juzgamiento de

las cuentas que deben rendir ciertos funcionarios públicos. Según este artículo, corresponde a la Contraloría General de la República, organismo reconocido como administrativo por el artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ejercer el examen y juzgamiento de las cuentas de los funcionarios que por la ley están obligados a rendirlas.

Artículo 87, inciso 1º. Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

A nivel de ley, a su vez, el ordenamiento jurídico ha confiado expresamente facultades jurisdiccionales a órganos administrativos, en múltiples campos.

Desde luego, se conoce desde hace muchos años el recurso de reclamación municipal, regulado como un procedimiento administrativo obligatorio de agotamiento de la vía edilicia que autoriza interponer una acción en única instancia ante la Corte de Apelaciones respectiva, en caso de negativa o silencio. Este mismo reclamo, con sólo dos variantes, relativas al acto impugnado y al recurso de casación, fue recogido por la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional para impugnar las decisiones regionales. Estas reclamaciones están reguladas por los artículos 139 de la Ley Nº 18.695 y 102 de la Ley Nº 19.175.

El Código Tributario, por su parte, en su artículo 165 permite reclamar en contra de las multas e infracciones cursadas por el Servicio de Impuestos Internos, en el plazo de cinco días contados desde la notificación del giro o infracción, ante el Director Regional de la correspondiente jurisdicción, fijando los trámites que han de seguirse y prescribiendo que contra las resoluciones que libre en estos autos el Director Regional “sólo procederá el recurso de apelación para ante la Corte de Apelaciones, el que se concederá en ambos efectos”.

“La Corte de Apelaciones verá la causa en forma preferente, en cuenta y sin esperar la comparecencia de las partes –dice el artículo 165, Nº 5º–, salvo que estime conveniente el conoci-

miento de ella previa vista y en conformidad a las normas prescritas para los incidentes.

“En contra de la sentencia de segunda instancia no procederán los recursos de casación en la forma y en el fondo.”

También a nivel de ley, la Ordenanza de Aduanas, aprobada por el DFL N° 30, de 1983, del Ministerio de Hacienda, consulta en su título II: “De los tribunales aduaneros, de su competencia y de su procedimiento”, a los Administradores de Aduana, al Director Nacional de Aduanas y a la Junta General de Aduanas, como tribunales aduaneros en el orden civil y penal.

Artículo 200. Los Administradores de Aduana conocerán:

- a) En única instancia cuando la liquidación de las multas o la cuantía del juicio no exceda de 2,5 Unidades Tributarias Mensuales;
- b) En primera instancia de los mismos juicios cuando la liquidación de las multas o la cuantía de ellas sea superior a la suma antes indicada y no exceda de 100 Unidades Tributarias Mensuales.

Artículo 201. El Director Nacional de Aduanas conocerá:

- a) En segunda instancia de los juicios civiles y causas por infracciones reglamentarias que los Administradores conocen en primera;
- b) En primera instancia de los juicios cuya cuantía exceda de 100 Unidades Tributarias Mensuales.

Artículo 202. La Junta General de Aduanas conocerá en segunda instancia de los juicios que el Director Nacional de Aduanas conoce en primera instancia.

En materia penal, prescribe el artículo 218 de la Ordenanza de Aduanas que “de los delitos de contrabando y fraude conocerán en primera instancia los Administradores de la Aduana de Arica, Iquique, Antofagasta, Valparaíso, Santiago, Talcahuano, Puerto Montt, Coyhaique y Punta Arenas, cuando el valor de las mercancías no exceda de 50 Unidades Tributarias Mensuales”, y establece el procedimiento que se debe seguir en estos procesos.

A su vez, autoriza interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva, ante la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar en que ejerza sus funciones el Administrador respectivo, en el plazo de cinco días contado desde la notificación de ese fallo. Si la sentencia no fuera apelada, debe elevarse en consulta ante el Director Nacional de Aduanas.

La realidad administrativa muestra una gran variedad de situaciones al consagrar órganos jurisdiccionales dentro de la Administración.

En este sentido, ha de destacarse el hecho de que la Corte Suprema de Justicia, hasta no hace mucho, y bajo otro régimen del recurso de queja, también reconoció el ejercicio de esta clase de atribuciones por parte de algunas autoridades administrativas, con el consecuencial e inesperado efecto, en aquel entonces, de entenderlas sometidas en esa materia a su superintendencia correccional.

Así, por fallo de 9 de julio de 1954, el Excelentísimo Tribunal concluyó que era “evidente que la Junta Clasificadora de Empleados y Obreros, al dictar un pronunciamiento, ejerce una función jurisdiccional, lo mismo que el Tribunal del Trabajo, cuando sobre esta materia le corresponde una decisión”.

A su vez, por sentencia de 9 de octubre de 1990 manifestó en igual sentido que las Secretarías Regionales Ministeriales de la Vivienda y Urbanismo actuaban “como tribunal competente”, dictando “sentencias”, cuando resolvían los recursos deducidos ante ellas en contra de una resolución del Director de Obras Municipales, conforme a lo prescrito por el artículo 11 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, DFL N° 458, de 1975.

74. SÍNTESIS. De acuerdo con lo expuesto precedentemente, la Administración del Estado o Administración Pública, considerada desde el prisma decisional de observación, se modela en una actividad troncal: la Administración activa, y en tres subfunciones complementarias: la administración consultiva, la administración fiscalizadora y la administración jurisdiccional, en los términos que se han reseñado precedentemente.

CAPITULO UNDECIMO

LA ADMINISTRACION DEL ESTADO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU FINALIDAD: LA ADMINISTRACION PARA EL DESARROLLO SUSTENTABLE NACIONAL, REGIONAL, PROVINCIAL Y COMUNAL

“La función administrativa supone un conjunto de atribuciones que se orientan más bien a la aplicación de las normas legales y decretales para la consecución de los objetivos de poder público en materia de desarrollo...”
Comisiones Unidas del Senado, 1991

CPR, artículo 102, inciso 2º. Corresponderá desde luego al consejo regional aprobar los planes de desarrollo de la región y el proyecto de presupuesto del gobierno regional, ajustados a la *política nacional de desarrollo* y al presupuesto de la nación...

LOCBGAE, artículo 19, inciso 2º. Para estos efectos –los ministerios– deberán proponer y evaluar las políticas y planes correspondientes, estudiar y proponer las normas aplicables a los sectores a su cargo, velar por el cumplimiento de las normas dictadas, asignar recursos y fiscalizar las actividades del respectivo sector.

LOCBGAE, artículo 25, inciso 1º. Estarán sometidos –los servicios públicos– a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar...

CPR, artículo 100, inciso 2º. La administración superior de cada región radicará en un gobierno regional que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región.

LOCM, artículo 5º. Para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales:

a) Ejecutar el plan comunal de desarrollo y los programas necesarios para su cumplimiento.

Artículo 7º, inciso 1º. Las municipalidades deberán actuar, en todo caso, dentro del marco de los planes nacionales y regionales que regulen la respectiva actividad.

SUMARIO: 75. La Administración del Estado desde el punto de vista objetivo, sustancial o material. 76. La administración para el desarrollo. 77. La administración nacional. 77. A. El Presidente de la República. 77. B. Los ministerios y las subsecretarías. 77. C. Las secretarías regionales ministeriales (SEREMIS). 77. D. Los servicios públicos. 77. D. a) La Ley N° 18.575, de 1986, contiene un concepto restringido de servicio público. 77. D. b) Clasificación de los servicios públicos en la Ley N° 18.575. 77. D. c) Los servicios públicos centralizados y descentralizados son servicios estatales; en tal carácter, pueden ejercer potestades públicas: el artículo 6° de la Ley N° 18.575. 77. D. d) La descentralización administrativa es un nombre, tiene existencia jurídica pero carece de operatividad real. 78. La Administración regional: el gobierno regional. 78. A. Naturaleza jurídica de los gobiernos regionales. 78. B. Las funciones del gobierno regional. 78. C. Las atribuciones del gobierno regional. 78. D. Los órganos del gobierno regional. 78. D. a) El intendente. 78. D. b) El consejo regional. 79. La Administración provincial. 79. A. La Administración provincial. 79. B. Los órganos de la Administración provincial. 79. B. a) El gobernador. 79. B. b) El consejo económico y social provincial (CESPRO). 80. Las normas que rigen al personal regional. 81. El Fondo Nacional de Desarrollo Regional. 82. La administración local: las municipalidades. 82. A. Naturaleza jurídica de las municipalidades. 82. B. Las funciones de la municipalidad: funciones privativas, asumidas y compartidas. 82. C. Las atribuciones municipales: atribuciones esenciales y no esenciales. 82. D. Los órganos de la administración local. 82. D. a) El alcalde. 82. D. b) El concejo. 82. D. c) El Consejo Económico y Social Comunal (CESCO). 82. D. d) La organización interna de las municipalidades: el Administrador Municipal, la Secretaría Municipal, la Secretaría de Coordinación y Planificación Comunal, las unidades de prestación de servicios, las unidades de administración interna. 83. Las normas que rigen al personal municipal. 84. El Fondo Común Municipal. 85. Las asociaciones de municipalidades y las corporaciones o fundaciones municipales.

75. LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO DESDE EL PUNTO DE VISTA OBJETIVO, SUSTANCIAL O MATERIAL. Como se sabe, las Comisiones Unidas del Senado, primero, y de la Cámara de Diputados, después, conceptuaron las actividades de gobierno y de administración diciendo que “el criterio imperante ha sido el de considerar que la función de gobierno implica la potestad de tomar decisiones y es, por tanto, una facultad de imperio. Es comprensiva, también, de todo cuanto tienda a la preservación del orden público y la conservación de la seguridad interna y externa, siendo una de sus características la de poder adoptar resoluciones discrecionales”. “A su turno, la función administrativa supone un conjunto de atribuciones que se orientan más bien a

la aplicación de las normas legales y decretales para la consecución de los objetivos de poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos.”¹

Según este antecedente de la historia fidedigna de la ley de reforma constitucional N° 19.097, de 1991, la función administrativa del Estado es, entonces y en primer término, una Administración para el desarrollo sustentable del país, una Administración del desarrollo: “un conjunto de atribuciones que se orientan más bien a la aplicación de las normas legales y decretales para la consecución de los objetivos de poder público en materia de desarrollo...”

76. LA ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO. La función administrativa para el desarrollo está consagrada y se basa en los artículo 102, inciso 2º, 100, inciso 2º, y 107, inciso 2º, de la Constitución Política de la República, y estructura la característica posmoderna de la Administración chilena. Se ha expuesto sintetizadamente en el párrafo setenta y tres A), del capítulo anterior, y con mayor amplitud en otra oportunidad.

El primero de esos artículos preceptúa que ha de existir una política nacional de desarrollo, la que naturalmente deberá complementarse con sus respectivos planes, programas y acciones; el segundo establece que el gobierno regional “tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región”, y el tercero dispone que la finalidad de las municipalidades “es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna”.

Artículo 102, inciso 2º, primera parte. Corresponderá desde luego al consejo regional aprobar los planes de desarrollo de la región y el proyecto de presupuesto del gobierno regional, ajustados a la *política nacional de desarrollo* y al presupuesto de la Nación.

Artículo 100, inciso 2º. La administración superior de cada región radicará en un gobierno regional que tendrá por objeto *el desarrollo social, cultural y económico de la región*.

¹ *Vid.* Diario de sesiones del Senado, sesión 23ª, celebrada en martes 6 de agosto de 1991, “Discusión particular”, artículo 7º. Boletín de sesiones de la Cámara de Diputados, sesión 37ª, celebrada en lunes 9 de septiembre de 1991, “Discusión y votación particular del proyecto”, artículo 7º.

Artículo 107, inciso 2º. Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.

La administración para el desarrollo se concibe, así, por la Constitución Política de la República, como una administración nacional, una administración regional, en la que se integra la provincial, y una administración local o comunal.

77. LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL. La administración nacional es la función del Estado encaminada a promover el desarrollo social, cultural y económico del país, considerado desde un punto de vista general, como nación.

Según los artículos 24 de la Constitución Política de la República y 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575, esta administración está radicada en el Presidente de la República, quien la ejerce por sí, directamente por medio de las atribuciones que le confiere el ordenamiento jurídico, o por medio de sus colaboradores inmediatos, que son los ministros, quienes a su vez cuentan con unidades de apoyo nacional y regional, las subsecretarías y las secretarías regionales ministeriales, y con organismos operativos, de realización, que son los servicios públicos centralizados y descentralizados.

Artículo 24, inciso 1º. El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado.

Artículo 1º. El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.

La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

La administración nacional, así, está constituida por el Presidente de la República, los ministerios, las subsecretarías, las secretarías regionales ministeriales, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

77. A. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Por mandato constitucional, el Presidente de la República es el titular de la función administrativa a nivel nacional.

Artículo 24, inciso 1º. El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado.

En efecto, la Constitución Política radica en él la titularidad de las funciones de gobierno y de administración, atribuyéndole la dignidad de Jefe del Estado.

En cuanto titular de la función administrativa nacional, al Presidente de la República corresponde fijar la política nacional de desarrollo y aprobar los planes, programas y acciones necesarios para viabilizarla.

Así lo reconoce el artículo 102, inciso 2º, de la Carta Fundamental, al disponer que los planes regionales deben estar “ajustados a la política nacional de desarrollo”.

Artículo 102, inciso 2º, primera parte. Corresponderá desde luego al consejo regional aprobar los planes de desarrollo de la región y el proyecto de presupuesto del gobierno regional, ajustados a la política nacional de desarrollo y al presupuesto de la Nación...

Como puede apreciarse, la Constitución Política no dispone expresamente que corresponda al Presidente de la República aprobar la política nacional de desarrollo. Sin embargo, de acuerdo con los criterios de interpretación del Código Político unánimemente aceptados, cabe entender que todas aquellas materias que no sean propias de ley, según lo dispuesto en el artículo 60, son de la competencia del Primer Mandatario, por aplicación del artículo 32, N° 8, que confía al Presidente de la República la regulación de todos los asuntos que no sean propios del dominio de la ley.

De estas normas se desprende que la fijación de las políticas y planes nacionales es una materia propia de la competencia exclusiva del Presidente de la República, precisamente al no estar contemplada dentro del artículo 60 como propia del legislador.

Artículo 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

8º. Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes.

Este es, por lo demás, el criterio admitido en el país desde los albores de la República. Por eso, no es de extrañar, por ejemplo, que en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en la sesión 323^a, del miércoles 26 de octubre de 1978, el señor Raúl Bertelsen haya manifestado que la expresión poder ejecutivo era “una de las más incorrectas del Derecho Constitucional contemporáneo”, atendido el hecho de que esa denominación denotaba el cumplimiento de un rol subordinado dentro de la institucionalidad, en circunstancias que “quienes participan en la toma de decisiones políticas de alcance general son los integrantes de los órganos más importantes del Poder Ejecutivo y en ellos se centra la acción del gobierno de un país, no en el Parlamento”.

Por igual razón, se pronunció en análogo sentido el Tribunal Constitucional en la sentencia del 20 de septiembre de 1989, rol N° 78, al señalar que correspondía “al Presidente de la República ejercer la administración económica del país”, lo que implicaba, expresó, entre otras atribuciones, “fijar la política tributaria, arancelaria, presupuestaria, de fijación de precios, de remuneraciones, de creación de servicios públicos, de recaudación de las rentas públicas y de su inversión con arreglo a la ley, de seguridad social y negociación colectiva; la política minera, agropecuaria, forestal, pesquera, etc.”

La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado no hará más que confirmar esta interpretación de las facultades implícitas que históricamente asisten al Presidente de la República para fijar la política nacional, al prescribir en su artículo 19, inciso 2º, que a los ministros corresponde “proponer –al Presidente de la República– las políticas y planes correspondientes” y, asimismo, “proponer las normas aplicables a los sectores a su cargo”.

Artículo 19, inciso 2º. Para tales efectos –colaborar con el Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración, los ministerios– deberán proponer y evaluar las *políticas y planes correspondientes*, estudiar y proponer las normas aplicables a los sectores a su cargo, velar por el cumplimiento de las normas dictadas, asignar recursos y fiscalizar las actividades del respectivo sector.

Esta posición institucional del Presidente de la República dentro de la institucionalidad republicana configura políticamente a su magistratura como la encarnación de la unidad nacional y administrativamente la inviste de la máxima jerarquía dentro de la Administración del Estado.

En cuanto jerarca administrativo, responsable por consiguiente de la realización de la política y la planificación de desarrollo de la nación, El Presidente de la República ejerce un poder de mando sobre toda la administración central, que depende de él, y poderes de dirección superior y control sobre la administración descentralizada, que está vinculada a él por medio de la potestad de supervigilancia o tutela, poderes que le permiten coordinar la acción administrativa estatal con miras a lograr las finalidades que son propias del Estado en un determinado momento histórico.

La posición institucional que ocupa el Presidente de la República dentro de la Administración del Estado radica en él un conjunto muy amplio de atribuciones expresas e implícitas que abarcan todos los sectores de la actividad nacional.

Estas facultades las ejerce por sí mismo, cuando la Constitución o la ley así lo establecen, y también a través de los directivos de la Administración Pública que la Constitución Política y la ley reconocen como funcionarios de su confianza exclusiva y que dentro del país son los ministros, los subsecretarios, los intendentes, gobernadores y los jefes superiores de servicio.

CPR. Artículo 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 9º. Nombrar y remover a su voluntad a los ministros de Estado, subsecretarios, intendentes y gobernadores.

LOCBGAE. Artículo 42, inciso 3º. Los jefes superiores de servicio, con excepción de los rectores de las Instituciones de Educación Superior de carácter estatal, serán de exclusiva confianza del Presidente de la República, y para su designación deberán cumplir con los requisitos generales de ingreso a la Administración Pública, y con los que para casos especiales exijan las leyes.

Atendida la circunstancia de que el Presidente de la República actúa en nuestro régimen institucional como Jefe de Estado y de Gobierno, el artículo 33, inciso final, lo faculta para “encomendar o uno o más Ministros la coordinación de la labor que corresponde a los Secretarios de Estado y las relaciones del Gobierno con el Congreso Nacional”. De este modo, el Jefe de Estado puede decidir que uno de sus ministros coordine la labor de las Carteras, con lo cual establece una especie de Jefe de Gobierno. En el hecho, por tradición histórica, sin necesidad de decisión presidencial, la mesa política del Gobierno la dirige el Ministro del Interior, quien ocupa el primer lugar en

el orden de precedencia ministerial, por ser el titular del Ministerio de mayor antigüedad.

77. B. LOS MINISTERIOS Y LAS SUBSECRETARÍAS. El derecho positivo utiliza la palabra ministerio en tres acepciones:

–En primer lugar, llámase ministerio a la unidad orgánica específica que ocupa cada colaborador inmediato del Presidente de la República. Abarca el cargo de ministro, su jefe de gabinete y su secretaría.

–En segundo término se denomina ministerio a la organización ministerial, compuesta por el ministerio, en el sentido restringido que antes se ha visto, y las respectivas subsecretarías y secretarías regionales ministeriales, en su caso;

–Por último, se entiende también por ministerio a todo el sector administrativo que depende o se relaciona con el Presidente de la República a través de un ministro, caso en el cual la expresión alcanza al ministerio en sentido restringido, al ministerio-subsecretaría-secretaría regional ministerial y a los servicios públicos centralizados y descentralizados que se relacionan con el Primer Mandatario por intermedio de cada Secretaría de Estado.

Cabe hacer presente, además, que desde los componentes administrativos, la acción ministerial se proyecta, asimismo, a todo el respectivo sector socioeconómico del país.

Nuestra legislación, según los casos, recurre a la voz ministerio en cualquiera de estas acepciones.

Así, el artículo 19 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado emplea la voz ministerio en la primera acepción, al decir que “los Ministerios son los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores, los cuales corresponden a los campos específicos de actividades en que deben ejercer dichas funciones”, precisando sus funciones generales.

Artículo 19. Los Ministerios son los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores, los cuales corresponden a los campos específicos de actividades en que deben ejercer dichas funciones.

Para tales efectos, deberán proponer y evaluar las políticas y planes correspondientes, estudiar y proponer las normas aplicables a los sectores a su cargo,

velar por el cumplimiento de las normas dictadas, asignar recursos y fiscalizar las actividades del respectivo sector.

En circunstancias excepcionales, la ley podrá encomendar alguna de las funciones señaladas en el inciso anterior a los servicios públicos. Asimismo, en los casos calificados que determine la ley, un ministerio podrá actuar como órgano administrativo de ejecución.

El artículo 24 de la misma ley, por su parte, utiliza la palabra ministerio en el segundo sentido, al expresar que “en la organización de los Ministerios, además de las Subsecretarías y de las Secretarías Regionales Ministeriales, podrán existir sólo los niveles jerárquicos de División, Departamento, Sección y Oficina, considerando la importancia relativa y el volumen de trabajo que signifique la respectiva función”, pues incluye en la voz ministerio a los órganos y reparticiones internas que constituyen la estructura ministerial: ministerio-ministro, ministerio-subsecretaría, ministerio-secretaría regional ministerial, señalando cuál ha de ser la organización interna que pueden adoptar.

Artículo 24, inciso 1º. En la organización de los Ministerios, además de las Subsecretarías y de las Secretarías Regionales Ministeriales, podrán existir sólo los niveles jerárquicos de División, Departamento, Sección y Oficina, considerando la importancia y el volumen de trabajo que signifique la respectiva función.

Es usual, en tercer término, que se hable de ministerio para referirse a todos “los órganos y servicios públicos del sector”, como señala el artículo 21, al confiar al subsecretario la coordinación “de la acción de los órganos y servicios públicos del sector”.

La Constitución Política, en su artículo 33, inciso 2º, dispone que “la ley determinará el número y organización de los Ministerios, como también el orden de precedencia de los Ministros titulares”. Esta ley no se ha dictado, por lo que continúa vigente en esta materia la Ley Orgánica de Ministerios aprobada por el Decreto con Fuerza de Ley N° 7.912, de 1927, modificada naturalmente por numerosas leyes posteriores que la han adicionado o derogado.

Las últimas leyes que se han dictado sobre el número de los ministerios llevan los N°s 18.989 y 18.993, de 1990, y crearon los Ministerios de Planificación y Cooperación, y Secretaría General de la Presidencia de la República.

En la actualidad los ministerios son dieciocho. En orden de precedencia, ellos son:

Ministerio del Interior (DFL N° 7.912, de 1927).

Ministerio de Relaciones Exteriores (DFL N° 161, de 1978).

Ministerio de Defensa Nacional (DFL N° 7.912, de 1927).

Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (DFL N° 88, de 1955).

Ministerio de Hacienda (DFL N° 4.727, de 1957, y DFL N° 33, de 1960).

Ministerio de Educación Pública (Ley N° 18.956, de 1990).

Ministerio de Justicia (DL N° 3.346, de 1980).

Ministerio de Obras Públicas (Decreto N° 294, de 1984, del mismo Ministerio, fija su texto refundido, coordinado y sistematizado).

Ministerio de Agricultura (DFL N° 294, de 1960).

Ministerio de Bienes Nacionales (DL N° 3.274, de 1980).

Ministerio del Trabajo y Previsión Social (DFL N° 25, de 1985).

Ministerio de Salud (DFL N° 2.763, de 1979).

Ministerio de Minería (DFL N° 231, de 1953).

Ministerio de la Vivienda y Urbanismo (Ley N° 16.391, de 1965, y DL N° 1.305, de 1975).

Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (DFL N° 279, de 1960, Ley N° 18.168, de 1982).

Ministerio Secretaría General de Gobierno (Ley N° 19.032, de 1991).

Ministerio de Planificación y Cooperación (Ley N° 18.989, de 1990).

Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República (Ley N° 18.993, de 1990).

Estas dieciocho materias son las que el artículo 19 llama “sectores”, definiéndolos como “los campos específicos de actividades en que deben ejercer dichas funciones”.

Definir el sector ministerial como un campo específico de actividades equivale a decir que cada ministerio abarca un ámbito de acción, una superficie o espacio delimitado por las funciones propias de cada secretaría de Estado en la ley orgánica que la rige, funciones que la diferencian de los otros ministerios y que se extienden desde el ministro hasta las diversas y numerosas actividades socioeconómicas que dinamizan el espacio político-administrativo así precisado. El sector ministerial, por lo tanto, es una zona socioeconómica de actuación del Estado.

Cada sector ministerial es atendido por un conjunto de órganos y de servicios públicos, como señala el artículo 21 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y ante todo por el ministro y el subsecretario de la respectiva secretaría de Estado.

Cada ministerio tiene un número variable de subsecretarías.

El ministerio del Interior tiene dos: la Subsecretaría de Interior y la de Desarrollo Regional y Administrativo; el de Economía, Fomento y Reconstrucción, las de Economía y de Pesca; el de Defensa Nacional, las de Guerra, Marina, Aviación, Carabineros y de Investigaciones; el de Trabajo y Previsión Social, las de Trabajo y de Previsión Social y el de Transportes y Telecomunicaciones, las de Transportes y de Telecomunicaciones. Todas las demás secretarías de Estado tienen una sola subsecretaría.

La labor del ministro es distinta a la del subsecretario, no sólo por las funciones diferentes que a uno y otro asigna la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, sino además porque el ministro tiene ante el país la autoridad y responsabilidad públicas del sector socioeconómico de que se trata: en las palabras del artículo 19, inciso 1º, de la Ley Nº 18.575, los ministros “son los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores, los cuales corresponden a los campos específicos de actividades en que deben ejercer dichas funciones”.

El subsecretario, en cambio, tiene una labor ministerial de gestión, intraadministrativa: el artículo 21 de la ley le asigna el carácter de jefe superior de servicio, esto es, responsable de dirigir, organizar y administrar el servicio subsecretaría, y le confía, por lo mismo y en lo que interesa, las funciones de “ejercer la administración interna del Ministerio” y de “coordinar la acción de los órganos y servicios públicos del sector”.

Los ministros y los subsecretarios actúan en dos planos: en el de las competencias presidenciales y en el de la esfera de sus propias atribuciones.

En el plano presidencial, el artículo 35 de la Constitución Política de la República dispone que “los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito”, y respecto de los subsecretarios, el artículo 21 de la Ley Nº 18.575

invierte a estos funcionarios de la calidad de “ministros de fe”, lo que los faculta para autentificar los documentos del ministerio, en particular las copias de los reglamentos y decretos supremos, dando fe de que ellos han sido dictados y están suscritos por las autoridades que se individualizan en su texto.

“Los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del Ministro respectivo, por orden del Presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley”. El subsecretario, como ministro de fe del ministerio, también debe autentificar las copias de los decretos dictados por el ministro por orden del Presidente de la República y de las resoluciones ministeriales.

En el plano de sus atribuciones propias, el ministro decide dictando resoluciones, sean simples resoluciones o resoluciones reglamentarias, al igual que todas las demás autoridades de la Administración del Estado, distintas del Jefe de Estado, quien, según el Código Político, formalmente decreta y no resuelve.

El subsecretario, en su esfera de competencia propia, también decide mediante resoluciones, al igual que todos los jefes superiores de servicios públicos.

77. C. LAS SECRETARÍAS REGIONALES MINISTERIALES (SEREMIS). Los ministerios, anuncia el artículo 23 de la Ley N° 18.575, de 1986, “se desconcentrarán territorialmente mediante Secretarías Regionales Ministeriales, las que estarán a cargo de un Secretario Regional Ministerial, quien representará al Ministerio en la respectiva región y será designado oyéndose al Intendente”.

La desconcentración consiste en la independencia de decisión que tiene un funcionario sometido al poder jerárquico de un superior, en razón de que el cargo que desempeña tiene atribuciones fijadas por ley, lo que le confiere autoridad y responsabilidad personales en esa materia.

La desconcentración puede darse internamente en cualquier tipo de organismo administrativo, sea centralizado o descentralizado.

Externamente, concurre respecto de los servicios dependientes, fiscales o de administración central, en aquellas materias en que la ley atribuye facultades propias a su jefatura superior de servicio.

Ello, merced a que en el derecho chileno, el artículo 62, inciso 4º, numeral segundo, exige que toda creación o supre-

sión de cargos públicos, así como la determinación de sus funciones y atribuciones se haga por ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Todos los ministerios cuentan con secretarías regionales ministeriales, excepto los de Interior, Secretaría General de la Presidencia de la República, Defensa Nacional y Relaciones Exteriores, conforme a lo dispuesto por el artículo 61 de la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional, N° 19.175.

El artículo 62, inciso último, de esta ley, precisa que “los secretarios regionales ministeriales serán nombrados por el Presidente de la República de entre las personas que figuren en una terna elaborada por el intendente respectivo, y oyendo al efecto al Ministro del ramo”.

El secretario regional ministerial es el representante del ministerio respectivo en la región, pero además es un colaborador directo del intendente, al que está subordinado en todo lo relativo a la elaboración, ejecución y coordinación de las políticas, planes, presupuestos, proyectos de desarrollo y demás materias que sean de competencia del gobierno regional (artículo 62).

Sus atribuciones son las siguientes:

a) Elaborar y ejecutar las políticas, planes y proyectos regionales, pudiendo adoptar las medidas de coordinación necesarias para dicho fin respecto de los órganos que integren el respectivo sector;

b) Estudiar, conjuntamente con los organismos correspondientes, los planes de desarrollo sectoriales;

c) Preparar el anteproyecto de presupuesto regional en la esfera de su competencia, en coordinación con el ministerio respectivo;

d) Informar permanentemente al gobierno regional del cumplimiento del programa de trabajo del respectivo sector;

e) Llevar a cabo las tareas que sean propias de su respectivo ministerio, de acuerdo con las instrucciones del ministro del ramo;

f) Realizar tareas de coordinación, supervigilancia o fiscalización sobre todos los organismos de la Administración del Estado que integren el respectivo sector;

g) Cumplir las demás funciones que contemplen las leyes y reglamentos, y

h) Ejercer las atribuciones que se les deleguen por los ministros respectivos. Según lo dispuesto por artículo 17, letra f), de la Ley N° 19.175, es facultad del gobierno regional proponer la localidad en que han de funcionar las secretarías regionales ministeriales, sin perjuicio de los traslados transitorios a otras localidades de la región.

77. D. LOS SERVICIOS PÚBLICOS

77. D. A) LA LEY N° 18.575, DE 1986, CONTIENE UN CONCEPTO RESTRINGIDO DE SERVICIO PÚBLICO. La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado piensa a los servicios públicos en cuanto organismos integrantes de la Administración nacional. Por vía incidental admite que puedan ser regionales.

“Los servicios públicos –dice el artículo 25 de la Ley N° 18.575, de 1986, en la primera parte de su inciso primero– son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua.”

Artículo 25, inciso 1º, primera parte. Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua.

Es esta una definición convencional que proviene de la tradición francesa de principios de siglo, concretamente de la escuela de Burdeos, que se incorporó a priori al texto de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en un entramado legislativo complejo y sofisticado.

En efecto, sin entrar al análisis del significado de la expresión “órganos” en el texto de la ley, puesto que esta palabra, como se ha dicho ya, se emplea en el derecho público chileno para aludir a cualquier fenómeno organizacional, llama la atención que la Ley Orgánica Constitucional encargada por el artículo 38, inciso 1º, de la Constitución Política de la República de determinar “la organización básica de la Administración Pública” no establezca el concepto de servicio público sobre la base de los parámetros constitucionales, ni se haya atendido a una filosofía administrativa consecuente con sus principios y con la forma y manera en que la Administración del Estado ha de dar satisfacción a sus finalidades dentro del texto constitu-

cional. Prescribir, como lo hace el artículo 25 antes citado, que la Administración chilena ha de actuar “de manera regular y continua”, esto es, conforme al ordenamiento jurídico y sin interrupción, es reiterar y mantener un criterio superado varias veces desde el mismo Estado social de primera generación y el Estado existencial de mediados de este siglo que le siguió, así como por el pensamiento administrativo actual, que postula la eficiencia, la eficacia y la ética en el cumplimiento de los fines públicos. En segundo lugar, llama la atención la superficie normativa en que se mueve esta definición.

Se halla contenida en el título segundo de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado: “Normas especiales”, cuya cobertura jurídica está fijada por el artículo 18, según el cual, por mandato de su inciso 1º, “la organización básica de los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, será la establecida en este Título”, precisando su inciso 2º que “las normas del presente Título no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Educación y a las empresas públicas creadas por ley, órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda”.

Artículo 18. La organización básica de los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, será la establecida en este Título.

Las normas del presente Título no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Educación y a las empresas públicas creadas por ley, órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda.

Desde el punto de vista del régimen jurídico que rige a la Administración del Estado, esta norma significa, por lo tanto, dejar directamente afecta a las disposiciones de la Ley N° 18.575 sólo a una parte de la Administración definida como del Estado en el inciso 2º del artículo 1º, pues margina de su ámbito de aplicación a todos los organismos a los cuales la Constitución Política de la República reconoce una autonomía o régimen

jurídico especial: Contraloría General de la República, Banco Central, Fuerzas Armadas y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Municipalidades, Consejo Nacional de Educación y empresas públicas creadas por ley”, todos los cuales son reenviados a un régimen especial: se rigen, dice el artículo 18, inciso 2º, por “las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda”.

El concepto de servicio público que contiene el artículo 25 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado no abarca, por consiguiente, todos “los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”, como dice textualmente ese precepto.

No es válido para todo el universo administrativo del Estado de Chile: se halla restringido solamente al sector de la Administración Pública delimitado por su título segundo, esto es, a la organización básica de los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los servicios públicos no excluidos de su campo de acción por el inciso 2º del artículo 18 de dicha ley.

¿Cuáles son, entonces, los organismos administrativos a los cuales la Ley Nº 18.575 denomina “servicios públicos”?

“Los servicios públicos –dice el artículo 26– serán centralizados o descentralizados”. Centralizados son los servicios fiscales o dependientes; descentralizados, los personificados.

Artículo 26. Los servicios públicos serán centralizados o descentralizados.

Los servicios centralizados actuarán bajo la personalidad jurídica y con los bienes y recursos del Fisco y estarán sometidos a la dependencia del Presidente de la República, a través del Ministerio correspondiente.

Los servicios descentralizados actuarán con la personalidad jurídica y el patrimonio propio que la ley les asigne y estarán sometidos a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio respectivo. La descentralización podrá ser funcional o territorial.

De este modo, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado no despliega el concepto constitucional de servicio público, sino que elabora una definición restringida de fuente legal.

Desde luego, se desinteresa de la posición institucional que ocupan los órganos y organismos constitucionalmente autónomos, a los que ignora en su texto, salvo en la presentación que

hace su artículo 1º, para omitirlos enseguida, en el inciso 2º de su artículo 18.

Su artículo 18, inciso 2º, en efecto, lo dispuso expresamente: “Las normas del presente Título no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Educación y a las empresas públicas creadas por ley, órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda”.

Además, guarda silencio sobre los servicios públicos concedidos, pese a que el Tribunal Constitucional en su fallo rol Nº 145, de 1992, como se ha recordado en el capítulo octavo de esta obra, entiende que surgen de la ley ordinaria a que se remite el artículo 60, Nº 10.

En tercer término, excluye del concepto servicio público “a las empresas públicas creadas por ley”, organismos que la jurisprudencia administrativa entendió y entiende incluidos dentro de los servicios personificados del Estado en calidad de servicios descentralizados, preteriendo toda definición administrativa en el campo económico, para remitirse a la Constitución Política de la República, la cual, a su vez, es explícita al regular a las empresas del Estado de una manera del todo diferente a la que contiene la Ley Nº 18.575, eliminando, desde luego toda distinción entre las públicas creadas por ley o las denominadas privadas, cualquiera que fuere su fuente de generación dentro del sector público, sometiendo a ambas al derecho privado, salvo disposición expresa de ley de quórum calificado que disponga lo contrario.

Complementando las normas relativas a los servicios públicos, el artículo 29 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración establece que la organización interna de los servicios públicos deberá consultar sólo “los niveles de Dirección Nacional, Direcciones Regionales, Departamento, Subdepartamento, Sección y Oficina”.

Artículo 29. En la organización interna de los servicios públicos sólo podrán establecerse los niveles de Dirección Nacional, Direcciones Regionales, Departamento, Subdepartamento, Sección y Oficina.

La organización interna de los servicios públicos que se creen para desarrollar su actividad en todo o parte de una región, podrá considerar sola-

mente los niveles de Dirección, Departamento, Subdepartamento, Sección y Oficina.

Para la creación de los niveles jerárquicos se considerará la importancia relativa y el volumen de trabajo que signifiquen las respectivas funciones y el ámbito territorial en que actuará el servicio.

Las instituciones de Educación Superior de carácter estatal podrán, además, establecer en su organización Facultades, Escuelas, Institutos, Centros de Estudios y otras estructuras necesarias para el cumplimiento de sus fines específicos.

No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, en circunstancias excepcionales, la ley podrá establecer niveles jerárquicos distintos o adicionales, así como denominaciones diferentes.

Con todo, ha de observarse que el artículo 51, inciso 2º, de la misma ley, luego de la modificación que experimentara el año 1990 por efecto de la Ley N° 18.972, mencionó-incorporó a la estructura de los servicios públicos “a los subdirectores”, criterio que el legislador reiteró en la Ley N° 19.154, de 1992, al sustituir el artículo 7º del Estatuto Administrativo general para contemplar entre los cargos de confianza exclusiva, junto los jefes superiores de los servicios, a “los subdirectores”.

LOCBGAE, artículo 51, inciso 2º. No obstante, la ley sólo podrá conferir dicha calidad –de cargos de confianza exclusiva– a empleos que correspondan a los tres primeros niveles jerárquicos del respectivo órgano o servicio. Uno de los niveles jerárquicos corresponderá, en el caso de los Ministerios, a los Secretarios Regionales Ministeriales, y en el caso de los servicios públicos, a los *subdirectores* y a los directores regionales.

EAG, artículo 7º. Serán cargos de la exclusiva confianza del Presidente de la República o de la autoridad facultada para efectuar el nombramiento:

c) En los servicios públicos, los jefes superiores de los servicios, *los subdirectores*, los directores regionales y jefes de departamento o jefaturas de niveles jerárquicos equivalentes o superiores a dichas jefaturas, existentes en la estructura del servicio, cualquiera que sea su denominación.

Bien puede sostenerse, entonces, que el legislador de la Leyes N°s 18.972, de 1990, y 19.154, de 1992, ha adicionado la organización de los servicios públicos prevista en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado integrando a las unidades contempladas en su artículo 29 una nueva repartición interna: la subdirección del servicio, a cargo de la segunda autoridad de esos organismos de la Administración del Estado: el subdirector.

En estas condiciones, los niveles jerárquicos que comprenden los servicios públicos abarcan:

–La Dirección Nacional,

- La Subdirección Nacional,
- Las Direcciones Regionales,
- Los Departamentos,
- Los Subdepartamentos,
- Las Secciones, y
- Las Oficinas.

77. D. B) CLASIFICACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA LEY N° 18.575. El título segundo de la Ley N° 18.575, de 1986, considera que los servicios públicos pueden ser centralizados o descentralizados.

Artículo 26. Los servicios públicos serán centralizados o descentralizados.

Los servicios centralizados actuarán bajo la personalidad jurídica y con los bienes y recursos del Fisco y estarán sometidos a la dependencia del Presidente de la República, a través del Ministerio correspondiente.

Los servicios descentralizados actuarán con la personalidad jurídica y el patrimonio propio que la ley les asigne y estarán sometidos a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio respectivo. La descentralización podrá ser funcional o territorial.

Como se ha anticipado, la conceptualización de los servicios públicos centralizados y descentralizados responde a criterios de antiguo aceptados por el administrativismo chileno, decantados por la jurisprudencia administrativa de la década de los 70, de manera que en este sentido no cabe sino remitirse a lo manifestado sobre ella en páginas anteriores.

Sin embargo, una clasificación tan conocida como ésta plantea, con todo, por su generalidad de enunciado, la interrogante de determinar cuáles son los tipos que conforman la categoría de los servicios descentralizados, desde el momento que la Constitución Política de la República menciona expresamente a una serie de organismos que perfectamente pueden ser configurados como servicios públicos descentralizados.

Nadie podría poner en duda, desde luego, la calidad de servicios descentralizados que presentan los servicios públicos semifiscales y las entidades fiscales a que se refieren los artículos 62, inciso 4º, numeral 2º, y 55, incisos 1º y 2º.

Artículo 62, inciso 4º. Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República, la iniciativa exclusiva para:

2º. Crear nuevos servicios o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos, de las empresas del Estado o municipales; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones.

Artículo 55, inciso 1º, primera parte. Los cargos de diputados y senadores son incompatibles entre sí y con todo empleo o comisión retribuidos con fondos del Fisco, de las municipalidades, de las entidades fiscales autónomas, semifiscales o de las empresas del Estado o en las que el Fisco tenga intervención por aportes de capital, y con toda otra función o comisión de la misma naturaleza.

Artículo 55, inciso 2º. Asimismo, los cargos de diputados y senadores son incompatibles con las funciones de directores o consejeros, aun cuando sean ad honorem, en las entidades fiscales autónomas, semifiscales o en la empresas estatales, o en las que el Estado tenga participación por aporte de capital.

La cautela demostrada por la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado al mantenerse en las ideas tan amplias que contiene y no entrar a detallar los tipos que componen cada categoría organizacional, tal vez provenga de haber excluido del campo legal administrativo por ella definido a las empresas públicas o del Estado, que en concepto de los autores y de la jurisprudencia son servicios descentralizados sometidos a los poderes administrativos del Presidente de la República, y que según el inciso 2º de su artículo 18, en tanto, quedan al margen de la aplicación directa de esta importante ley de bases, formando, como se ha expuesto con anterioridad, en el párrafo cuarenta y seis, uno de los grandes circuitos administrativos que configuran la Administración del Estado de Chile.

En efecto, la clasificación de los servicios públicos contenida en el artículo 26 de la Ley N° 18.575, de 1986, abarca a:

–Todos los servicios dependientes, fiscales o de administración central, por demás conocidos en el mundo de la Administración del Estado, y

–Los servicios descentralizados que también conocía la doctrina y la jurisprudencia administrativas: las instituciones semifiscales y fiscales, sin considerar a las empresas del Estado, es decir, dejando fuera del cuadro de los servicios descentralizados a todas las formas que asume la actividad empresarial del Estado-nación chileno, pues las empresas del Estado creadas por ley, y con mayor razón las surgidas de fuentes convencionales, se rigen, ante todo, por la Constitución Política de la República y, enseguida, por sus propias leyes de quórum calificado, según lo ordenado por el artículo 18, inciso 2º, de esa ley.

Artículo 18, inciso 2º. Las normas del presente Título no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a las Municipalidades, al Consejo

Nacional de Educación y a las *empresas públicas creadas por ley*, órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda.

77. D. c) LOS SERVICIOS PÚBLICOS CENTRALIZADOS Y DESCENTRALIZADOS SON SERVICIOS ESTATALES; EN TAL CARÁCTER, PUEDEN EJERCER POTESTADES PÚBLICAS: EL ARTÍCULO 6º DE LA LEY Nº 18.575. Los servicios públicos regulados por el título segundo de la Ley Nº 18.575, de 1986, son servicios estatales en sentido amplio, en cuanto nacen por iniciativa del Presidente de la República, se crean y organizan por ley, sus funciones son determinadas por la ley, su planta de personal se aprueba por ley y las atribuciones que correspondan a los cargos de la planta, así como las remuneraciones de quienes los sirven, están establecidas por la ley.

Además, y como corolario de lo anterior, quedan sometidos a la jerarquía o supervigilancia o tutela del Presidente de la República para coadyuvar a la realización de la política nacional del gobierno.

Así lo dispone expresamente el artículo 25 de la ley, en la segunda parte de su inciso 1º, al prescribir que los servicios públicos “estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar”.

Para este efecto, precisamente, los servicios públicos dependen o se relacionan con el Presidente de la República a través del respectivo ministerio: dependen, cuando se trata de servicios dependientes, fiscales o de administración central; se relacionan, cuando se trata de servicios descentralizados, sobre los cuales el Presidente de la República no ejerce un poder jerárquico, de mando, sino un poder de supervigilancia o tutela, que es una facultad de dirección superior del ente descentralizado y de control de su actividad administrativa.

Artículo 25. Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 19, inciso tercero, y 27.

Sin perjuicio de lo expresado, la Constitución Política reconoce al intendente, en su calidad de “representante natural e

inmediato” del Presidente de la República en el territorio de su jurisdicción, las facultades de coordinar, supervigilar y fiscalizar “los servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de las funciones administrativas que operen en la región”.

Así lo establece también el artículo 2º, letra j), de la Ley Nº 19.175, Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional.

Cuando estas facultades presidenciales se ejercen por medio de los ministerios, pueden serlo directamente por el ministro, por las subsecretarías o secretarías regionales ministeriales en las regiones.

Así lo disponen los artículos 25 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y 66 de la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional.

Artículo 25. Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 19, inciso tercero, y 27.

Artículo 66. La desconcentración de los servicios públicos nacionales se hará mediante direcciones regionales o provinciales a cargo del respectivo director regional o provincial, quien dependerá jerárquicamente del director nacional del servicio. No obstante, para los efectos de la ejecución de las políticas, planes y programas de desarrollo regional aprobados y financiados por el gobierno regional, estarán subordinados al intendente a través del correspondiente secretario regional ministerial.

Según la teoría tradicional, la Administración Pública se modela sobre la base de los servicios centrales y descentralizados, lo que hace que el cuadro clasificatorio de la Administración del Estado se articule, precisamente, incluyendo en él a los organismos administrativos que reconocen la existencia de alguno de estos dos vínculos jurídicos: el jerárquico o el de supervigilancia o tutela, que son los que les permiten ser concebidos como ejecutores de la política nacional del gobierno y en tal carácter parte de la Administración.

Por ello, el inciso 1º del artículo 6º de la Ley Nº 18.575 establece un paralelo entre los organismos que forman parte de la Administración Pública y las “entidades que no formen parte de su Administración”, pensando, como está, en la existencia de ciertos órganos u organismos que no obstante desa-

rollar una función pública carecen de los nexos de jerarquía o supervigilancia frente al Presidente de la República, que caracterizan a los propiamente administrativos, según fluye de los artículos 18, inciso 1º, 25 y 26 de esa ley.

A estos organismos, a los centralizados y descentralizados, la ley les reconoce el carácter de entidades que forman parte de la Administración del Estado, y a ellas, el artículo 6º de la Ley N° 18.575, reconoce la aptitud de ejercer potestades públicas.

Artículo 6º. El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales.

Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas.

A las entidades que forman parte de la Administración del Estado cabría agregar los servicios constitucional y legalmente autónomos, que sin entrar en las categorías de la centralización y descentralización, y pese a estar excluidos de la aplicación directa de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado por mandato expreso del inciso 2º de su artículo 18, son parte de la Administración Pública, por ser distintos y no estar sujetos a los organismos legislativos y jurisdiccionales.

Cualquier otro organismo, diferente de los antes indicados, no forma parte de la Administración del Estado y está excluido de la posibilidad de ejercer potestades públicas por disposición del artículo 6º de la Ley N° 18.575.

Ello sucede con las sociedades, corporaciones y fundaciones de derecho privado constituidas por los órganos y organismos del sector público, con aquellas en que han pasado a tener participación, así como con cualquier servicio público derivado gestionado por particulares.

Llama la atención la redacción de este artículo 6º por su perentorio rechazo a la posibilidad de que ejerzan potestades administrativas otras organizaciones distintas de las establecidas en la ley, no tanto por su efecto práctico, como por el ideologismo que revela al establecer la prohibición, porque no es ésta la orientación del derecho chileno, que se ha demostrado realista y eficiente, y no dogmático, en sus soluciones legislativas, como lo demuestra su trayectoria histórica.

Basta pensar en los notarios públicos, en los conservadores de bienes raíces, en los receptores judiciales, en los responsables de vehículos de transporte, buses, trenes, naves, aeronaves, en la autoridad doméstica del padre o de la madre, en su caso, para comprobar que la potestad como poder jurídico vinculante frente a otros sujetos jurídicos es una realidad generalizada en muy diversos ámbitos del país y no la habilitación de una arbitrariedad, pensamiento anidado en el fondo del artículo 6º. En la práctica, este artículo 6º de la Ley N° 18.575 ha venido a facilitar las interpretaciones restrictivas del actuar de la Administración Pública. Uno de los casos más llamativos de esta limitación lo representa la sentencia de 27 de octubre de 1993 de la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmada por la Corte Suprema de Justicia, en el recurso de protección interpuesto por el Grupo Editorial Publitexsa, Proman, Normatec en contra del Contralor General de la República, que en lo que a este trabajo interesa consideró que existía “una delegación de funciones que son propias del Servicio de Aduanas y que no tiene fundamento en disposición legal o reglamentaria”, en las actividades desarrolladas por el Grupo Editorial al generar, sin cargo para el Servicio de Aduanas, un sistema informático basado en “las declaraciones aduaneras, su transferencia electrónica entre los Agentes de Aduanas y el Servicio, y su validación al interior de éste, mediante encriptamiento de la información”.

77. D. d) LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA ES UN NOMBRE, TIENE EXISTENCIA JURÍDICA PERO CARECE DE OPERATIVIDAD REAL. La descentralización administrativa nació como una reacción contra el avance estatista, contra la expansión de las funciones del Estado-persona jurídica.

Reconocida primero a nivel territorial, en la Constitución de 1925, se hizo posteriormente funcional, al generar personas jurídicas de derecho público con plena autonomía de administración interna.

La reforma constitucional de 1970, aprobada por la Ley N° 17.284 de ese año, acogió una denominación que era moneda de circulación normal por aquel entonces en el mundo administrativo, y se referirá, entonces, a “los servicios de la Administración del Estado, tanto central como descentralizada”.

Artículo 45, inciso 2º, primera parte. Corresponderá exclusivamente al Presidente de la República la iniciativa (...) para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados; para fijar o modificar las remuneraciones y demás beneficios pecuniarios del personal de la administración del Estado, tanto central como descentralizada (...).

Estos servicios descentralizados, constituidos por las instituciones públicas, semifiscales y fiscales, y por las empresas públicas del Estado, se caracterizaban, pues, por administrar su patrimonio en forma independiente, salvo tratándose de decisiones graves, las que se hallaban sujetas a la autorización o aprobación del Presidente de la República, como expresión del superior poder de supervigilancia o tutela que le era y es reconocido sobre esta categoría de entidades.

Por eso, la Ley Orgánica de Presupuestos vigente a la época de sistematización de la Administración del Estado, el DFL N° 47, de 1959, disponía en sus artículos 52, 53 y 59 que los servicios funcionalmente descentralizados debían presentar sus proyectos de presupuestos al Presidente de la República antes del 1º de junio de cada año, pudiendo incluir en ellos las plantas de personal y la modificación de las remuneraciones de su dotación que no estuvieran establecidas por ley, y que una vez aprobados por decreto supremo debían sujetar sus gastos a las respectivas previsiones presupuestarias.

En otros términos, por ser personas jurídicas los servicios descentralizados elaboraban, formulaban y ejecutaban sus presupuestos corriente y de capital por sí mismos, atendida la circunstancia de ser sujetos independientes de la persona jurídica Estado o fisco, los que eran aprobados por el Presidente de la República. El DL N° 233, de 24 de diciembre de 1973, que aprobó el Presupuesto de la Nación para el año 1974, mantuvo este sistema presupuestario. Su artículo 19 prescribió que “los Jefes de las entidades regidas por el Título III del DFL N° 47, de 1959, deberán enviar al Ministerio de Hacienda, antes del 31 de enero, sus presupuestos, con las rectificaciones que correspondan, para su aprobación definitiva”.

Sin embargo, el DL N° 785, de 2 de diciembre de 1974, que aprobó el Presupuesto Nacional para el año 1975, prescindió de las características propias de la descentralización administrativa y aplicó el principio de la verticalidad del mando también en materia financiera, aprobando los ingresos y los gastos, corrientes y de capital, en dos columnas: una para la “Adminis-

tración Central”, la otra para la “Administración Descentralizada”, unificando así los ingresos y gastos del Estado-sector público en el presupuesto de la persona jurídica Estado.

Confirmando la convicción centralizadora del nuevo diseño presupuestario, el artículo 22 del DL N° 785 precisó que “respecto de los presupuestos de los servicios funcionalmente descentralizados incluidos en este cuerpo legal, declárase que tal incorporación involucra la aprobación de ellos y sustituye, respecto de dichas entidades, el régimen de aprobación establecido en el Título III del DFL N° 47, de 1959”.

El DL N° 1.263, de 21 de noviembre de 1975, Orgánico de la Administración Financiera del Estado, vigente hasta el día de hoy, derogó en su artículo 73 la anterior ley que regía esta materia, el DFL N° 47, de 1959, y ordenó, en el artículo 2° transitorio, que sus normas “se aplicarán a partir del ejercicio presupuestario correspondiente al año 1976”.

Al regular el sistema presupuestario, este DL prescribió en su artículo 5° que “el sistema presupuestario estará constituido por un programa financiero de mediano plazo y por presupuestos anuales debidamente coordinados entre sí”, agregando en su artículo 11 que “*el presupuesto del Sector Público* consiste en una estimación financiera de los ingresos y gastos de este sector para un año dado, compatibilizando los recursos disponibles con el logro de metas y objetivos previamente establecidos”.

El Decreto Ley Orgánico de Administración Financiera del Estado, por consiguiente, confirmó el criterio aplicado con anterioridad por el Gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden y centralizó en el presupuesto fiscal el presupuesto “del Sector Público”, quitando a los servicios descentralizados: instituciones y empresas del Estado, por aquel entonces, la facultad que les reconocía la legislación anterior a 1973 y que arrancaba de su misma naturaleza jurídica, de elaborar, formular y ejecutar sus propios presupuestos.

El DL N° 1.278, de 28 de noviembre de 1975, aprobatorio del Presupuesto Nacional para 1976, tuvo un epígrafe revelador: “Aprueba Presupuesto del Sector Público para el año 1976”. Su artículo 3° aprobó “el Cálculo de Ingresos Generales de la Nación y la estimación de los gastos del Presupuesto de la Administración Central del Estado”, y su artículo 5° hizo lo propio con “el Cálculo de Ingresos y la estimación de gastos

del Presupuesto de la Administración Descentralizada del Estado”, en moneda nacional.

Esta modalidad administrativa consagrada por el sistema financiero establecido por el Gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden, que se mantiene vigente hasta el día de hoy, como se ha expresado, se ha visto agravada desde el punto de vista organizacional por una severa interpretación constitucional que se ha impuesto en la Administración Pública y que trastorna el sistema de la descentralización administrativa.

En efecto, el artículo 19, N° 20, inciso tercero, de la Constitución Política de la República, dispone que “los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado”, norma que en la práctica ha traído consigo la obligación de ingresar todos los tributos a rentas generales de la nación, a menos de darse alguna de las excepciones que el mismo numeral contempla.

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

20. La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas.

En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.

Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado.

Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional. Asimismo, podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local, puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo.

El concepto tradicional y generalmente aceptado de tributo en el país lo asimilaba a una obligación pecuniaria exigida unilateralmente por el Estado-nación, sin mediar contraprestación.

Se le diferenciaba así de las tasas, que también eran imposiciones en dinero, pero originadas en una contraprestación especial realizada por el Estado-sector público en beneficio del sujeto jurídico que requería de sus servicios.

Pues bien, dentro de la Administración del Estado se ha entendido que la palabra tributo en la Constitución Política de

la República abarca los impuestos, las contribuciones y tasas, con lo cual estos tres tipos de obligaciones pecuniarias impuestas por el Estado han pasado a regirse por las normas y principios impositivos, y desde luego, por la exigencia de la no afectación a fines determinados, lo que administrativamente significa que todas las sumas correspondientes a tributos en sentido amplio se recaudan por los servicios, pero se ingresan en definitiva a rentas generales de la nación. Así, naturalmente, se ha entrado a desconocer esa legítima fuente de financiamiento con que contaban los servicios descentralizados, y que eran las entradas propias constituidas por las tasas, en cuanto retribución de los servicios prestados a los diferentes sujetos jurídicos que acudían y acuden ante ellos, en aras de una concentración financiera de atribuciones que no ha revelado otro mérito que robustecer posicionalmente al Ministerio de Hacienda dentro del Gobierno.

En estas condiciones, el régimen financiero de los servicios descentralizados se ha hecho doblemente crítico para estas entidades: por una parte se ha rigidizado su presupuesto, asimilándolo al de los servicios dependientes y, por la otra, se les ha privado de las tasas recaudadas por sus servicios, obligándoles a ingresar su producido a rentas generales de la nación.

Por ello, cabe adherir a la opinión expresada por Juan Eduardo Figueroa en su obra *Las garantías constitucionales del contribuyente en la Constitución Política de 1980*, cuando indica que “la legislación chilena debiera definir los tributos, ya que su definición resultaría indudablemente útil, dado que facilitaría no sólo la labor de la legislación, sino fundamentalmente la aplicación de la ley por la administración y por los órganos jurisdiccionales”.²

En tanto ello no suceda, nada impide una clarificación-precisión gubernativa en el ámbito de la Administración del Estado que permita un tratamiento financiero adecuado en la administración de los fondos públicos, atendiendo a su naturaleza, como ha sucedido ya por vía jurisdiccional.

Efectivamente, el Tribunal Constitucional, por sentencia de 14 de octubre de 1996, recaída en los autos rol N° 247, sobre el

² Figueroa Valdés, Juan Eduardo, *Las garantías constitucionales del contribuyente en la Constitución Política de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, 1985, pág. 25.

alcance de los artículos 1º, Nº 3, letra d), y 6º del proyecto de ley que modernizaba el Servicio Nacional de Aduanas, consideró que constituía un tributo con caracteres de impuesto “a un acto que realiza el Servicio Nacional de Aduanas –frente al cual el contribuyente– no tiene una real alternativa de sustraerse, y que corresponde a una etapa previa al pago que deberá efectuar como eventual sujeto obligado de tributos que justamente ese Servicio debe determinar y controlar”.

Tratábase del cobro de una “tarifa”, consultada en el artículo 6º del proyecto, que afectaba al procesamiento de declaraciones de importación o de importación de pago simultáneo, afectas al pago de gravámenes e impuestos, y de exportación, o de documentos que la reemplacen, así como a cada pasajero de vuelo nacional o internacional sujeto a control aduanero y los vehículos automotores de tránsito internacional, privados o públicos, que transportaran pasajeros sujetos a recepción o despacho aduanero.

La tesis gubernativa sostenía hallarse en este caso frente a una tasa, por cuanto sólo estarían afectos al cobro establecido en el proyecto “quienes quisieren que se les procesaran las declaraciones de importación o exportación, o transportaren pasajeros sujetos a recepción, control o despacho aduanero”, “no tendría una obligatoriedad general”; sólo estarían afectos al pago de la tarifa consultada en el proyecto quienes solicitaran “la prestación de un servicio, ya que quienes las pagaren serían beneficiarios del procesamiento de sus declaraciones o de la atención aduanera correspondiente”, en tanto que el impuesto “exigiría ser de aplicación general y no contemplar una afectiva prestación en beneficio de quien lo pague”.

El Tribunal Constitucional, en su considerando undécimo, afirmó que no obstante estos argumentos, no podía “dejar de hacer presente que, si bien es cierto que el contribuyente podría en este caso exonerarse del pago del tributo no llevando a cabo la actividad que lo genera, no es menos cierto que tal exoneración sólo podría obtenerla privándose del ejercicio de derechos fundamentales de la persona, explícitamente asegurados por la Constitución Política, como son, por ejemplo, el derecho a desarrollar una actividad económica o a entrar y salir del territorio de la República. Dar base a una disyuntiva de esta naturaleza, aparece contraria a la concepción y al ordenamiento constitucional, claramente reflejado, entre muchas

otras disposiciones de la Carta Fundamental, en su artículo 5º, que reconoce como límite del ejercicio de la soberanía, ‘el respeto a los derechos esenciales de la persona humana’”.

A su vez, citando a una autora de derecho tributario, manifiesta el Tribunal Constitucional que “entre las características que deben reunir las tasas, se encuentra con carácter esencial el que el hecho generador está integrado por una actividad efectivamente prestada por el Estado, que se particulariza o individualiza en el obligado al pago, ¡y que esta actividad debe ser prestada efectivamente! –pues–, en caso contrario se estaría en presencia de un impuesto al cual se le habría dado otra denominación”, como estima el Tribunal Constitucional que ha ocurrido con la tarifa contemplada en el artículo 6º del proyecto de ley que modernizaba el Servicio de Aduanas.

Como se ha expresado, nada obstaría que en uso de su potestad instructiva, el Gobierno despejara intramuros de la Administración Pública el alcance de las voces impuesto y tasa, en particular para facilitar la administración del sistema financiero.

78. LA ADMINISTRACIÓN REGIONAL: EL GOBIERNO REGIONAL

78. A. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS GOBIERNOS REGIONALES. Según lo prescrito por la Constitución Política de la República y la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional, N° 19.175, la administración de las regiones se halla radicada en un organismo público denominado gobierno regional.

Artículo 100, inciso 2º. La administración superior de cada región radicará en un gobierno regional que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región.

Artículo 102. El consejo regional será un órgano de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador, dentro del ámbito propio de competencia del gobierno regional, encargado de hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional y ejercer las atribuciones que la ley orgánica constitucional respectiva le encomiende, la que regulará además su integración y organización.

Corresponderá desde luego al consejo regional aprobar los planes de desarrollo de la región y el proyecto de presupuesto del gobierno regional, ajustados a la política nacional de desarrollo y al presupuesto de la Nación. Asimismo, resolverá la inversión de los recursos consultados para la región en el fondo nacional de desarrollo regional, sobre la base de la propuesta que formule el intendente.

El gobierno regional es una persona jurídica de derecho público de carácter territorial, en tal carácter goza de patrimonio propio que administra por medio de sus órganos, en particular por su órgano ejecutivo y unipersonal, que es el intendente. Tiene su domicilio en la ciudad capital de la respectiva región, aunque el artículo 15 de la Ley N° 19.175 lo autoriza para “ejercer sus funciones transitoriamente en otras localidades de la región”.

78. B. LAS FUNCIONES DEL GOBIERNO REGIONAL. El título II de la Ley N° 19.175 trata “De la Administración de la Región”.

En su capítulo primero regula la “Naturaleza y objetivos del gobierno regional” y en su capítulo segundo las “Funciones y atribuciones del Gobierno Regional”.

A propósito de la “Naturaleza y objetivos del gobierno regional”, su artículo 13 reitera el mandato contenido en los incisos 2° y 3° del artículo 100 de la Constitución Política de la República, respecto de qué es el gobierno regional, cuáles son sus finalidades y naturaleza jurídica, para consagrar enseguida, en su artículo 14, los principios en que los gobiernos regionales, como autoridades de administración de la región, deben basar su actuación: han de observar como principio básico, dice este artículo 14, el desarrollo armónico y equitativo de sus territorios en los aspectos del desarrollo económico, social y cultural, e inspirarse, en el ejercicio de sus funciones, “en principios de equidad, eficiencia y eficacia en la asignación y utilización de recursos públicos y en la prestación de servicios; en la efectiva participación de la comunidad regional y en la preservación del medio ambiente”.

En cuanto a sus funciones o campos de actuación, el capítulo II: “Funciones generales del gobierno regional”, señala en su artículo 16 las “funciones generales del gobierno regional”, y en sus artículos 17, 18 y 19, las funciones que le corresponde ejercer “en materia de ordenamiento territorial”, “de fomento de las actividades productivas” y “de desarrollo social y cultural”, respectivamente.

Los gobiernos regionales son una innovación interesante, original y profunda, incorporada a la institucionalidad administrativa por la reforma constitucional de 1991, sobre todo por aparecer diseñados como órganos planificadores y coordinadores, funciones que no se conocían en ese carácter y dimensión en el campo administrativo del país.

“Un mérito de la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional –se ha dicho– radica en establecer un número suficientemente amplio y sustantivo de funciones para el gobierno regional. Además, destaca la sistematización de ellas, de acuerdo a su naturaleza, en cuatro grandes áreas, señaladas en los artículos 16 a 19 de la ley. De una lectura pausada de las materias en que el gobierno regional tiene competencia, se desprenden, a lo menos, las siguientes:

Funciones generales

- Administración de inversión pública regionalizada
- Reglamentación regional
- Programas de desarrollo
- Presupuesto regional
- Asesoría municipal
- Emergencias o catástrofes
- Prevención y protección ante situaciones de desastre
- Cooperación internacional
- Coordinación con el gobierno central y sus órganos.

Funciones en materia de ordenamiento territorial

- Sistema de asentamientos humanos
- Infraestructura y equipamiento
- Protección, conservación y mejoramiento del medio ambiente
- Transporte:
 - Intercomunal
 - Interprovincial
 - Internacional fronterizo
 - Interregional
- Desarrollo de áreas rurales
- Desarrollo de áreas aisladas
- Localización de SEREMIS y Direcciones Regionales de servicios públicos.

Funciones en materia de fomento a actividades productivas

- Prioridades de fomento productivo
- Asistencia técnica
- Capacitación laboral
- Explotación racional de recursos naturales
- Investigación científica y tecnológica

- Desarrollo de la educación superior y técnica
- Turismo.

Funciones en materia de desarrollo social y cultural

- Erradicación de la pobreza
- Acceso de la población de escasos recursos a:
 - Salud
 - Educación y cultura
 - Vivienda
 - Seguridad Social
 - Deportes y recreación
 - Asistencia judicial
- Pertinencia de proyectos de inversión, teniendo en cuenta las evaluaciones de impacto:
 - Ambiental y
 - Social
- Beneficios y programas sociales
- Estudios de las condiciones, nivel y calidad de vida de los habitantes
- Fomento cultural
- Patrimonio histórico, artístico y cultural
- Protección y desarrollo de las etnias originarias.”³

Entre las funciones generales que el artículo 16 de la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional establece como propias del gobierno regional, cabe destacar las que se refieren a la elaboración, aprobación y ejecución de las políticas de desarrollo, a las inversiones sectoriales de asignación regional (ISAR) y los convenios administrativos de transferencia de competencias (CATC).

-El artículo 16, en su letra a), de la ley, consulta como función regional la elaboración y aprobación de las políticas, planes y programas de desarrollo de la región.

Las políticas, los proyectos de planes y estrategias regionales de desarrollo y sus modificaciones, son formulados por el Intendente y deben ser sometidos al consejo regional, el que

³ Hernández Olmedo, Luis, “Convenios Administrativos de Transferencia de Competencias a los Gobiernos Regionales”, revista Gobierno Regional y Municipal, N° 36, julio de 1996, págs. 104 y 105.

aprueba, modifica o sustituye el plan de desarrollo de la región (artículos 16, letra a), 24, letras a) y b), y 36, letra d) y 25).

Estas políticas y planes deben ajustarse a los de carácter nacional y coordinarse con los comunales. Para ello la ley concibe al cargo de secretario regional ministerial en un doble rol: representante del ministerio en la región y encargado además de “todo lo relativo a la elaboración, ejecución y coordinación de las políticas, planes, presupuestos, proyectos de desarrollo y demás materias que sean de competencia del gobierno regional”, bajo la dependencia del intendente, obligando a “los órganos y servicios de la Administración Pública nacional, las empresas en que tenga intervención el Fisco por aportes de capital y los servicios públicos, –a– informar oportunamente a los gobiernos regionales acerca de las proposiciones de planes, programas y proyectos que vayan a ejecutar en la región” (artículos 62 y 21).

“Los municipios –agrega el inciso 2º del artículo 21– deberán enviar a los gobiernos regionales, para su conocimiento, sus planes de desarrollo, sus políticas y proyectos de inversión, sus presupuestos y los de sus servicios traspasados. Igualmente, deberán enviarles, dentro de 30 días de aprobada, cualquier modificación que experimenten dichos presupuestos.”

Esta información debe hacerse llegar al intendente, quien debe ponerla oportunamente en conocimiento del consejo regional, así como informar a los directivos superiores de las entidades antes mencionadas sobre el plan de desarrollo regional (artículo 26, letra n).

En relación con los municipios, cabe recordar que el artículo 16, letra e), de esta Ley N° 19.175, obliga a los gobiernos regionales a “asesorar a las municipalidades, cuando éstas lo soliciten, especialmente en la formulación de sus planes y programas de desarrollo”, y que la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en su artículo 7º, señala que dichos planes deben compatibilizarse con los nacionales y regionales, confiando al intendente de la región velar porque las políticas y planes comunales se ajusten al “marco de los planes nacionales y regionales que regulen la respectiva actividad”.

Para los efectos de asegurar la congruencia entre las políticas y planes nacionales y regionales, la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional impone al Ministerio de Planificación y Coordinación la obligación de

asistir técnicamente a los gobiernos regionales en la elaboración de estos instrumentos (artículo 16, letra a), inciso 2º), y obliga “a los órganos y servicios de la Administración Pública nacional, las empresas en que tenga intervención el Fisco por aportes de capital y los servicios públicos, –a– informar oportunamente a los gobiernos regionales acerca de las proposiciones de planes, programas y proyectos que vayan a ejecutar en la región”. Igual deber hace pesar sobre las corporaciones consistoriales (artículo 21).

–El artículo 16, letra c), de la Ley N° 19.175, prevé como atribución del gobierno regional la de decidir la destinación a proyectos específicos de los recursos de los programas de inversión sectorial de asignación regional, que contemple anualmente la Ley de Presupuestos de la Nación.

La ISAR fue creada por el artículo 104, inciso 3º, de la Constitución Política de la República, a raíz de la reforma que introdujo a su texto la Ley N° 19.097, de 1991.

Artículo 104, inciso 3º. La Ley de Presupuestos de la Nación contemplará, asimismo, gastos correspondientes a inversiones sectoriales de asignación regional cuya distribución entre regiones responderá a criterios de equidad y eficiencia, tomando en consideración los programas nacionales de inversión correspondientes. La asignación de tales gastos al interior de cada región corresponderá al gobierno regional.

La Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional, en su artículo 79, inciso 2º, primera parte, define qué es una ISAR. “Se entenderá por inversión sectorial de asignación regional –dice este precepto– toda aquella que corresponda a estudios preinversionales, programas y proyectos de inversión que, siendo de responsabilidad de un ministerio o de sus servicios centralizados o descentralizados, se deban materializar en una región específica y cuyos efectos económicos directos se concentren principalmente en ella”.

“Durante la tramitación de la Ley N° 19.175 en el Congreso Nacional, el Ministro del Interior, don Enrique Krauss Rusque, subrayó que “los programas de inversión sectorial de asignación regional constituyen una poderosa innovación en la gestión presupuestaria de inversión pública, en la medida que permiten que un conjunto creciente de programas de inversión en infraestructura establezcan cuotas regionales y que en

cada región se definan los proyectos específicos que al efecto se apliquen.”

El Ministro de Hacienda señor Alejandro Foxley Rioseco las calificó de “mecanismo eficaz de asignación de recursos para programas de inversión, financiando proyectos de mediana magnitud cuyo efecto se concentra al interior de las regiones”, y el Ministro de Planificación y Cooperación, don Sergio Molina Silva, destacó que en las ISAR “se trata de que la decisión y las posibilidades de resolución se vayan transfiriendo a las regiones”.⁴

Las ISAR se contemplan en la Ley de Presupuestos de la Nación y corresponde al intendente proponer su distribución al consejo regional sobre la base de variables e indicadores objetivos de distribución intrarregional (artículos 24, letra e), y 36, letra e).

Por dictamen N° 14.916, de 1993, la Contraloría General de la República confirmó esta interpretación, al manifestar, haciendo suyas las opiniones de los Ministerios de Interior y de Salud, que de acuerdo con la Constitución Política y la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional se confiere “de manera expresa al gobierno regional correspondiente la facultad de resolver la distribución de esos caudales entre programas y proyectos específicos, determinando que a tal efecto el intendente debe hacer la proposición respectiva al consejo regional, al cual corresponde entonces concretar la voluntad de dicho gobierno en la materia. La atribución referida involucra, por cierto, la potestad de decidir acerca de los programas y proyectos de inversión concretos que podrán ser financiados con los fondos presupuestarios de que se trata.

“No obstante, es menester tener presente que la misma Ley N° 19.175 dispone que la distribución de esos caudales debe realizarse entre proyectos específicos que cumplan los criterios de elegibilidad que establezca el ministerio respectivo. Tal facultad, a juicio de este Organismo Contralor, se traduce en la fijación por parte de cada ministerio de las características y

⁴ Véase “Las inversiones sectoriales de asignación regional y la Ley de Presupuestos”, revista Gobierno Regional y Municipal, Editorial Conosur Ltda., N° 4, noviembre de 1993, págs. 29 y ss.

pautas de orden general para la selección y priorización de los proyectos y programas de inversión del respectivo sector que podrán materializarse con dichas sumas, lo que armoniza con lo preceptuado por la propia Carta Fundamental en su artículo 104, en orden a que en esta materia deben tomarse en consideración los programas nacionales de inversión.

“Como puede apreciarse, la función que la preceptiva en examen le encomienda al ministerio pertinente no se refiere a la distribución misma de esos fondos entre proyectos específicos, la cual como ya se vio incumbe al gobierno regional, sino al establecimiento de las orientaciones y criterios previos que deben servir de base para los efectos de la formulación y selección de los programas y proyectos correspondientes.

“En este orden de ideas, puede entonces afirmarse que el gobierno regional respectivo, al resolver con arreglo a sus facultades la asignación de los recursos para inversión sectorial de asignación regional, deberá evidentemente escoger entre proyectos y programas concretos que se ajusten a las pautas y criterios referidos, pero es obvio que la determinación de cuáles de esos proyectos específicos se financiarán en definitiva con esos caudales es una decisión que el ordenamiento constitucional y legal vigente ha entregado en forma privativa a la citada autoridad regional.”

—El artículo 16, letra h), de la ley orgánica regional confía a los gobiernos regionales la facultad de ejercer las competencias de organismos o servicios de la administración central o funcionalmente descentralizada que le sean transferidas por decreto supremo.

En efecto, el artículo 103 de la Constitución Política de la República dispuso en su inciso 1º que “la ley deberá determinar las formas en que se descentralizará la administración del Estado, así como la transferencia de competencias a los gobiernos regionales”.

Esta norma, que constituye una importante innovación dentro del ordenamiento constitucional, fue implementada por el artículo 67 de la Ley Nº 19.175, precepto que permite a los gobiernos regionales solicitar al Presidente de la República el traspaso de dichas competencias, acompañando los estudios y antecedentes que demuestren su aptitud para asumirlas. El Primer Mandatario decide la transferencia previo informe de los

ministerios y servicios públicos involucrados en la transferencia solicitada, y del Ministerio del Interior.

Si bien las etapas del procedimiento de traspaso en los CATC son “bastante claras en el artículo 67, se han sistematizado cronológicamente las etapas y los aspectos que debería contar dicha solicitud y su remisión a la autoridad central, de la siguiente manera:

“1º. *Adopción de la decisión del gobierno regional*, fundada en los estudios que demuestren su aptitud para asumir las nuevas responsabilidades. Entre ellos:

- a) Descripción de la competencia de que se trata.
- b) Organismo que la ejerce y normas legales y reglamentarias que le sirven de fundamento.
- c) Razones que justifican la asignación de la competencia al gobierno regional.
- d) Medios que permiten al gobierno regional ejercer eficientemente la competencia y disponibilidad de ellos.
- e) Precisión de los recursos u otros medios que se requiera traspasar.
- f) Informe del organismo que ejerce la competencia, pronunciamiento de éste acerca de la viabilidad de efectuar el traspaso mediante convenio y acuerdo entre el organismo y el gobierno regional sobre los términos del convenio.
- g) Evaluación de la comunidad regional interesada.
- h) Informe del organismo técnico de planificación regional, que evalúe la propuesta en el contexto de la labor regional integral.

“2º. *Solicitud al Presidente de la República*. La solicitud debería adjuntar:

- a) Los estudios en que se funda el requerimiento del gobierno regional.
- b) Un proyecto de convenio.

“3º. *Remisión al Ministerio del Interior*. La Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo deberá realizar las siguientes acciones:

- a) Remitir los antecedentes a los ministerios y servicios públicos involucrados para que cada uno de éstos evacue un informe dentro de los sesenta días siguientes a la recepción de la documentación respectiva.

b) Preparar el proyecto de informe que deberá expedir el Ministerio del Interior una vez evacuada la gestión que indica

la letra anterior. Este informe debería evacuar la petición y concluir en una proposición de decisión para el Jefe de Estado.

c) Elevar los antecedentes al Ministro del Interior para su envío al Presidente de la República.

d) Seguir el curso de la petición de traspaso hasta que éste sea formalizado.

“4º. *Aprobación del convenio.*

a) Decisión favorable del Presidente de la República.

b) Debe ser celebrado entre el gobierno regional y el Ministerio respectivo.

c) Debe ser suscrito, además, por el Ministro del Interior.

d) Debe ser aprobado por decreto supremo.”⁵

Los artículos 17, 18 y 19 de la Ley N° 19.175 especifican enseguida las funciones que corresponde ejercer a los gobiernos regionales en materia de ordenamiento territorial, de fomento de las actividades productivas y de desarrollo social y cultural, en la forma que se ha reseñado anteriormente.

78. C. LAS ATRIBUCIONES DEL GOBIERNO REGIONAL. La Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional no tuvo la claridad de la correspondiente de municipalidades al momento de fijar las atribuciones de los gobiernos regionales.

“Se advierten –en ella– a lo menos dos tipos de confusiones:

a) Identificar como funciones, y bajo el título respectivo, acciones que son atribuciones.

b) Asignar el carácter de atribuciones a fórmulas que evidencian funciones.”

Esta dificultad teórica ha llevado a Luis Hernández Olmedo a identificar y dimensionar el número de atribuciones del gobierno regional, a determinar la naturaleza de las atribuciones así identificadas y a determinar la extensión y grado de estas atribuciones.

Al identificar las atribuciones del gobierno regional, Hernández Olmedo anota veintitrés:

“*Atribuciones del artículo 16, que regula las funciones generales*

⁵ Hernández Olmedo, Luis, art. cit., págs. 115 y 116.

1. Resolver la inversión de los recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional.

2. Destinar a proyectos específicos los recursos ISAR.

3. Elaborar y aprobar el proyecto de presupuesto.

4. Elaborar y aprobar políticas, planes y programas de desarrollo de la región.

“Atribuciones del artículo 20, que enumera las atribuciones del gobierno regional

5. Aprobar normas reglamentarias regionales.

6. Administrar los bienes del gobierno regional.

7. Aprobar convenios de programación de inversiones.

8. Disponer y supervisar obras que se ejecuten con cargo al presupuesto regional.

9. Aplicar políticas de la estrategia de desarrollo.

10. Aprobar planes reguladores comunales e intercomunales.

11. Formular y priorizar proyectos de infraestructura social básica y evaluar programas.

12. Proponer criterios para distribuir subvenciones.

13. Distribuir subvenciones.

14. Aplicar tributos que graven actividades o bienes que tengan clara identificación local.

“Otras atribuciones del gobierno regional

15. Conocer los planes y programas de la administración regional (artículo 21, inciso 1º).

16. Conocer los planes de desarrollo y presupuesto de los municipios (artículo 21, inciso 2º).

17. Solicitar el traspaso de competencias al gobierno central (artículo 67).

18. Celebrar convenios de traspaso de competencias (artículo 101).

“Atribuciones del ejecutivo del gobierno regional (artículo 24)

19. Administrar bienes de uso público.

20. Coordinar, supervigilar y fiscalizar a la Administración Pública.

21. Resolver recursos administrativos.

“Atribuciones del consejo regional (artículo 36)

22. Aprobar el reglamento de su funcionamiento.

23. Emitir opinión acerca de las modificaciones a la división político-administrativa del país.”

Seis de ellas se refieren a la organización interna: los números 3, 4, 6, 8, 9 y 22; ocho, a dirección de la Administración

Pública: los números 15 a 21 y 23; tres a reglamentación regional: los números 5, 10 y 14, y seis a programas de inversión y políticas públicas: los números 1, 2, 7, 11, 12 y 13.

Como conclusión, Hernández Olmedo desprende sólo siete de estas atribuciones del gobierno regional como posibles de ser plenamente ejercidas por estas corporaciones territoriales:

“En materia de programas y políticas públicas

- Resolver la inversión de los recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional.

- Destinar a proyectos específicos los recursos ISAR.

- Aprobar convenios de programación de inversiones.

“En materia de dirección de la Administración Pública

- Coordinar, supervigilar y fiscalizar a la Administración Pública.

- Resolver recursos administrativos.

- Solicitar al Presidente de la República el traspaso de competencias al gobierno regional.

“En materia de reglamentación regional

Aprobar planes reguladores comunales e intercomunales.”⁶

78. D. LOS ÓRGANOS DEL GOBIERNO REGIONAL. “El gobierno regional –expresa el artículo 100 de la Constitución Política de la República en su inciso 3º– estará constituido por el intendente y el consejo regional”.

78. D. A) EL INTENDENTE. El intendente es el representante judicial y extrajudicial del gobierno regional, presidente del consejo regional y jefe superior del servicio gobierno regional.

Como representante judicial y extrajudicial, el intendente tiene la capacidad de actuar en juicio en nombre del gobierno regional, sea como demandante o como demandado, y de dictar los actos y celebrar los contratos de dicha persona jurídica. Así lo dispone el artículo 24, letras h) y ñ), de la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional.

Artículo 24. Corresponderá al intendente, en su calidad de órgano ejecutivo del gobierno regional:

⁶ Hernández Olmedo, Luis, art. cit., vid. págs. 105 a 109.

h) Representar judicial y extrajudicialmente al gobierno regional, pudiendo ejecutar los actos y celebrar los contratos de su competencia o los que le encomiende el Consejo.

ñ) Dictar las resoluciones e instrucciones que estime necesarias para el ejercicio de sus atribuciones.

Como presidente del consejo regional, corresponde al intendente convocar a sesiones de este órgano colegiado: la convocatoria abarca la confección de la tabla y la citación; someterle los asuntos propios de su conocimiento y decisión, y ejecutar los acuerdos que adopte el consejo regional. Así lo establece el artículo 24, letras c), b), d), e), f), g), l), n) y p), de la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional.

Artículo 24. Corresponderá al intendente, en su calidad de órgano ejecutivo del consejo regional:

c) Presidir el consejo regional, con derecho a voz. En caso de empate, tendrá derecho a voto dirimente. No obstante, cuando el consejo regional ejerza las funciones de fiscalización a que se refiere el artículo 36, letra g), sólo tendrá derecho a voz;

b) Someter al consejo regional los proyectos de planes y las estrategias regionales de desarrollo y sus modificaciones, así como proveer a su ejecución;

e) Proponer al consejo regional la distribución de los recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional que correspondan a la región, así como de las inversiones sectoriales de asignación regional, y de los recursos propios que el gobierno regional obtenga en aplicación de lo dispuesto por el artículo 19, N° 20, de la Constitución Política de la República. Esta propuesta del intendente al consejo regional deberá basarse en variables e indicadores objetivos de distribución interregional;

f) Proponer al consejo regional la celebración de los convenios de programación a que se refiere el artículo 80;

g) Proponer al consejo regional los proyectos de reglamentos regionales que regulen materias propias de la competencia del gobierno regional, en conformidad a las leyes y a los reglamentos supremos correspondientes;

l) Coordinar, supervigilar o fiscalizar, según corresponda, a los servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de las funciones administrativas que operen en la región, directamente o a través de las respectivas secretarías regionales ministeriales, para la debida ejecución de las políticas, planes y proyectos de desarrollo regional, así como de los que sean propios de la competencia del gobierno regional;

n) Informar oportunamente al gobierno regional respecto de las proposiciones de programas y proyectos a que se refiere el artículo 21, así como dar a conocer a las autoridades a que dicho precepto se refiere, el plan de desarrollo regional, y

o) Promulgar los planes reguladores comunales e intercomunales, de acuerdo a las normas sustantivas de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, previo acuerdo del consejo regional.

Asimismo, en su carácter de presidente del consejo regional, la ley le impone el deber de rendir cuenta de su gestión al consejo, a lo menos una vez a año, acompañando a ella el balance de la ejecución presupuestaria y el estado de situación financiera (artículo 26).

Como jefe superior del servicio gobierno regional, el intendente administra los recursos humanos, materiales y financieros del gobierno regional. Respecto del personal, cabe hacer presente que el artículo 27, inciso 2º, somete a las dotaciones de los gobiernos regionales al régimen del Estatuto Administrativo general aprobado por la Ley N° 18.834, texto estatutario que radica en el jefe superior de servicio la aplicación y supervisión del cumplimiento de sus disposiciones, de manera que el intendente, por esta vía y por investir tal calidad en el gobierno regional, es titular, asimismo, de esas facultades.

Artículo 27. El intendente será el jefe superior de los servicios administrativos del gobierno regional y propondrá al consejo la organización de los mismos, de acuerdo con las normas básicas sobre organización establecidas por esta ley.

El personal de estos servicios se regirá por el Estatuto Administrativo y demás normas propias de los funcionarios de la Administración Pública, y su régimen de remuneraciones será el establecido en el Decreto Ley N° 249, de 1974, y sus normas complementarias. Los funcionarios que desempeñen los cargos correspondientes a los tres primeros niveles jerárquicos, se regirán por las disposiciones de los artículos 51 de la Ley N° 18.575 y 7º de la Ley N° 18.834.⁷

Artículo 24. Corresponderá al intendente, en su calidad de órgano ejecutivo del gobierno regional:

- i) Nombrar y remover a los funcionarios que la ley determine como de su confianza;
- j) Ejercer la administración de los bienes y recursos propios del gobierno regional, con sujeción a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables y a las normas que el consejo regional pueda adoptar sobre la materia. En todo caso, requerirá del acuerdo de éste para enajenar o gravar bienes raíces, así como para entregarlos en comodato o arrendamiento por un lapso superior a cinco años, el que en ningún caso excederá de veinte; y
- k) Administrar, en los casos que determine la ley, los bienes nacionales de uso público.

El régimen jurídico a que está sometido el intendente es el prescrito por los artículos 6º y siguientes de la Ley N° 19.175, disposiciones que contemplan los requisitos de ingreso al car-

⁷ Ello significa que los cargos correspondientes a estos niveles jerárquicos son de la confianza exclusiva del intendente.

go: ser ciudadano con derecho a sufragio, no estar inhabilitado para el ejercicio de funciones o cargos públicos, no hallarse declarado en quiebra calificada como culpable o fraudulenta por sentencia ejecutoriada y residir en la región respectiva, a lo menos, durante los dos últimos años anteriores a su designación; sus incompatibilidades y causales de cesación en el cargo, sin perjuicio de que en la calidad de funcionario público que inviste, se le apliquen, asimismo, las normas del Estatuto Administrativo general aprobado por la Ley N° 18.834, de 1989, como lo prevén los artículos 18, inciso 1°, y 45 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Para el desempeño de su cargo, el intendente cuenta con la colaboración de los secretarios regionales ministeriales y de un gabinete regional, así como con una estructura administrativa fijada por la misma ley.

En efecto, dice el artículo 62 de la Ley N° 19.175 que los secretarios regionales ministeriales serán, además, los colaboradores directos del intendente, al que estarán subordinados en todo lo relativo a la elaboración, ejecución y coordinación de las políticas, planes, presupuestos, proyectos de desarrollo y demás materias que sean de competencia del gobierno regional.

El artículo 65 señala que el gabinete regional es un órgano auxiliar del intendente. Está integrado por los gobernadores, los secretarios regionales ministeriales y el director regional del Servicio Nacional de la Mujer. Además, pueden integrarse a él, por decisión del intendente, los jefes regionales de los organismos de la Administración del Estado que funcionen en la región.

El artículo 68 dispone que el intendente, como ejecutivo del gobierno regional, tendrá bajo su dependencia a:

–Una división de administración y finanzas, encargada de la gestión administrativa y financiera, de la formulación y ejecución del presupuesto y de la provisión de los servicios generales del gobierno regional, y

–Una división de análisis y control de gestión, cuyas tareas son las de elaborar el proyecto de presupuesto regional, su seguimiento y control.

78. D. B) EL CONSEJO REGIONAL (CORE). “El gobierno regional –expresa el artículo 100 de la Constitución Política de la Repú-

blica en su inciso 3º– estará constituido por el intendente y el consejo regional.”

El consejo regional, según lo establecido por su artículo 102, inciso 1º, es un órgano normativo, resolutorio y fiscalizador, encargado de hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional.

Artículo 102, inciso 1º. El consejo regional será un órgano de carácter normativo, resolutorio y fiscalizador, dentro del ámbito propio de competencia del gobierno regional, encargado de hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional y ejercer las atribuciones que la ley orgánica constitucional respectiva le encomiende, la que regulará además su integración y organización.

El consejo regional está constituido por consejeros que duran cuatro años en sus funciones y pueden ser reelegidos. Son elegidos por los concejales de la región, en número de dos por cada provincia y diez o catorce consejeros según el número de habitantes de la región: hasta un millón de habitantes, diez consejeros, sobre esa cantidad, catorce consejeros.

Las normas reguladoras de la elección, así como los requisitos, inhabilidades e incompatibilidades, están previstos en los artículos 29 y siguientes de la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional.

El régimen jurídico de los consejeros está regulado por el artículo 35 de la Ley Nº 19.175, que los sustrae de la aplicación de las normas del Estatuto Administrativo, “salvo en materia de responsabilidad civil y penal”.

El desempeño como consejero es remunerado. El artículo 39 les otorga una asignación de dos unidades tributarias mensuales por cada sesión del consejo a que asistan, con un tope mensual de seis. Sin embargo, el mismo artículo agrega que “tendrán derecho a pasajes y viáticos para asistir a las sesiones del consejo, cuando les signifique trasladarse fuera de su lugar de residencia habitual”.

Interpretando las normas de la Ley Nº 19.175, el dictamen Nº 3.771, de 1994, hizo presente que si bien “de acuerdo con la norma transcrita el derecho a pasajes y viáticos se encuentra establecido específicamente para los efectos de asistir a las sesiones del consejo”, no era menos cierto que los consejeros, como miembros del consejo, desarrollaban “una función pública y no un acto personal” cuando ejercían sus labores oficiales, de modo que conforme a una reiterada jurisprudencia, conte-

nida, entre otros, en los dictámenes N^{os} 20.968, de 1986; 5.739, de 1990, y 28.615, de 1992, debía entenderse que “no procede exigir a quien en ejercicio de sus funciones públicas cumple determinadas actuaciones encomendadas por la autoridad, que costee de su propio peculio los gastos que le irroque tal gestión, pues ello importaría un enriquecimiento sin causa para el ente público.

“En estas condiciones, es dable entender que los gastos en que incurra un consejero regional con ocasión del desplazamiento que deba efectuar para cumplir, en ejercicio de su cargo, determinadas actuaciones que acuerde encomendarle el consejo regional, corresponde que sean solventadas por este órgano, mediante el reembolso de las sumas que el interesado acredite haber gastado por tal concepto.”

Los consejeros son autoridades administrativas que pertenecen a un órgano colegiado: el consejo regional. Por consiguiente, carecen de personería individual. Como señaló la Contraloría General de la República en su dictamen N^o 7.760, de 1994, según los artículos 102 de la Constitución Política y 22, 28 y 29 de la Ley N^o 19.175, “el consejo regional es un órgano colegiado, integrado, además del intendente, por consejeros elegidos, cuya finalidad es hacer efectiva la participación de la comunidad regional y que forma parte del organismo de administración denominado gobierno regional”.

Por ello, bien pueden aplicarse a los consejeros las conclusiones alcanzadas por la jurisprudencia administrativa respecto de los miembros de otros órganos colegiados, al sostener que la atribución conferida a un órgano de esta naturaleza “corresponde ejercerla al –consejo– como cuerpo colegiado y no a cada uno de sus miembros en forma individual, debiendo manifestarse su voluntad a través de acuerdos” (dictamen N^o 28.303, de 1992), y que cualquier consulta que quiera formularse a la Contraloría General de la República por el miembro de un órgano colegiado en su carácter de tal, debe hacerse a través de la autoridad ejecutiva que corresponda, pero no por uno de ellos en forma individual (dictamen N^o 6.167, de 1993). El consejo regional, en cuanto órgano colegiado, funciona en cuerpo a través de sesiones.

“Como órgano colegiado –expresó el dictamen N^o 7.760, de 1994–, el consejo regional funcionará en sesiones ordinarias y extraordinarias, debiendo realizarse las primeras, a lo menos

una vez al mes, exigiéndose un quórum para sesionar en primera citación de los tres quintos de los consejeros en ejercicio, y en segunda citación de la mayoría absoluta de aquéllos, todo ello según lo preceptuado en los artículos 37 y 38 de la Ley N° 19.175”.

Estas sesiones son públicas y se rigen por lo dispuesto en el reglamento de funcionamiento del consejo regional, el que puede establecer comisiones de trabajo y los casos y oportunidades en que el consejo se puede constituir en sesión secreta (artículos 37 y 36, letra a).

El consejo regional cuenta con el apoyo de una secretaría.

“El consejo –prescribe el artículo 43 de la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional– designará a un secretario ejecutivo que será, además, su ministro de fe y se regirá por la legislación laboral común. El respectivo contrato será suscrito por el intendente y la remuneración que en él se establezca no podrá exceder a la del grado 4º, Directivo Superior de la Escala Unica de Sueldos de la Administración Pública o su equivalente, incluida la asignación profesional establecida en el artículo 3º del Decreto ley N° 479, de 1974, cuando procediere. La jornada ordinaria de trabajo del secretario será de 44 horas mensuales.”

Corresponde al consejo regional ejercer funciones normativas, resolutivas y fiscalizadoras, dice el artículo 102, inciso 1º, de la Constitución Política de la República, disposición que reitera el artículo 28 de la Ley N° 19.175.

Son funciones normativas del consejo las de aprobar el reglamento que regule su funcionamiento, los reglamentos regionales, los planes reguladores comunales e intercomunales y el plan de desarrollo de la región (artículo 36, letras a), b), c) y d). Son funciones resolutivas las de resolver el presupuesto, la distribución de los recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional, los convenios de programación, las inversiones sectoriales de asignación regional (artículos 36, letras d) y f); 24, letras e) y f).

Son funciones fiscalizadoras, según la letra g) el artículo 36 de la Ley N° 19.175, las relativas a controlar “el desempeño del intendente regional en su calidad de presidente del consejo y de órgano ejecutivo del mismo, como también el de las unidades que de él dependan, pudiendo requerir del intendente la información necesaria al efecto”.

79. LA ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL

79. A. LA ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL. La Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional, N° 19.175, dio una nueva connotación a la autoridad superior de la provincia, el gobernador.

El gobernador, en la Constitución Política de la República, estaba y está concebido como “un órgano territorialmente desconcentrado del intendente”, funcionario de confianza exclusiva del Presidente de la República, por mandato del artículo 32, numeral 8°, de la Carta Fundamental, reiterado por el artículo 3° de la Ley N° 19.175. En este carácter, el gobernador se presentaba como un órgano de gobierno, por lo tanto, según la definición alcanzada por las Comisiones Unidas del Senado, primero, y de la Cámara de Diputados, después, con una competencia acotada en los parámetros del orden público y de la seguridad externa del país.

Sin embargo, la misma Constitución abrió a la gobernación una ventana hacia el nuevo concepto de administración, al consultar en el inciso 3° del artículo 105, después de la reforma de 1991, la existencia de un consejo económico y social provincial, cuya sola presencia habla un lenguaje distinto al del orden y la seguridad, para modelar un escenario de participación ciudadana y de acceso a escenarios socioeconómicos.

Artículo 105. En cada provincia existirá una gobernación que será un órgano territorialmente desconcentrado del intendente. Estará a cargo de un gobernador, quien será nombrado y removido libremente por el Presidente de la República.

Corresponde al gobernador ejercer, de acuerdo a las instrucciones del intendente, la supervigilancia de los servicios públicos existentes en la provincia. La ley determinará las atribuciones que podrá delegarle el intendente y las demás que le corresponden.

En cada provincia existirá un consejo económico y social provincial de carácter consultivo. La ley orgánica constitucional respectiva determinará su composición, forma de designación de sus integrantes, atribuciones y funcionamiento.

Basado en este artículo 105, el legislador orgánico constitucional abrió dos párrafos especiales dentro de su capítulo III titulado “Organos del gobierno regional”, los párrafos tercero y cuarto, para normar las funciones y atribuciones “Del Gobernador” y “Del Consejo Económico y Social Provincial”, respec-

tivamente, reconociendo a ambos órganos una clara posición institucional dentro de la administración territorial, como que el artículo 44, con que comienza el párrafo tercero de este capítulo III, confía al gobernador “la administración superior de la respectiva provincia”, para reconocerle en el siguiente, el 45, en su letra b), la facultad de “proponer al intendente proyectos específicos de desarrollo de la provincia”.

79. B. LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL. Los órganos de la administración provincial son el gobernador y el consejo económico social provincial.

79. B. A) EL GOBERNADOR. El gobernador como órgano de administración debe ejercer “sus funciones con arreglo a la Constitución Política de la República, a las leyes, a los reglamentos supremos y a los reglamentos regionales”, dispone el artículo 44 de la Ley N° 19.175, en su inciso 2°.

Sus funciones, enumeradas en el artículo 45, son las siguientes:

–Supervisar los programas y proyectos de desarrollo que los servicios públicos creados por ley efectúen en la provincia;

–Proponer al intendente proyectos específicos de desarrollo de la provincia;

–Asesorar a las municipalidades de su jurisdicción, especialmente en la elaboración y ejecución de programas y proyectos, cuando ellas lo soliciten;

–Promover la participación del sector privado en las actividades de desarrollo de la provincia;

–Disponer las medidas de coordinación necesarias para el desarrollo provincial y, especialmente, de los programas de infraestructura económica y social básica;

–Hacer presente al intendente o a los respectivos secretarios regionales ministeriales, con la debida oportunidad, las necesidades que observare en su territorio jurisdiccional;

–Supervigilar los servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de las funciones administrativas, que operen en la provincia, y

–Dar cuenta semestral de su gestión al consejo económico y social provincial, informándole sobre la marcha de la administración provincial y de la ejecución de los programas y proyectos que se desarrollen en la provincia.

Como se sabe, el gobernador es un funcionario de la confianza exclusiva del Presidente de la República. Sin perjuicio de su régimen de libre designación y de libre remoción, los requisitos de ingreso al cargo, sus incompatibilidades y causas especiales de cesación de funciones están previstos en los artículos 6º, 7º y 8º, respectivamente, de la Ley Nº 19.175.

En cuanto funcionario público, su desempeño está regido por el Estatuto Administrativo general aprobado por la Ley Nº 18.834, al tenor de lo previsto en los artículos 18, inciso 1º, y 45 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

79. B. B) EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL PROVINCIAL (CESPRO). La Carta Fundamental, en su artículo 103, inciso final, se limitó a establecer la existencia del consejo económico y social provincial, atribuyéndole una función de carácter consultivo y remitiéndose, en lo demás, a lo que dispusiera una ley orgánica constitucional.

Esta Ley, la Nº 19.175, según se ha expresado, reservó un párrafo especial, el 4º: “Del Consejo Económico y Social Provincial”, de su capítulo III: “Organos del Gobierno Regional”, artículos 48 a 60, para regular detalladamente su composición, elección de los consejeros, atribuciones y funcionamiento del CESPRO.

Al respecto, dice el artículo 48 que en cada provincia existirá un órgano consultivo y de participación provincial socialmente organizada, denominado consejo económico y social provincial, integrado por el gobernador, por veinticuatro miembros elegidos en representación de las organizaciones sociales de la provincia y por un número variable de miembros por derecho propio, que depende del número de las instituciones existentes en la provincia y cuya representación requiere la ley dentro del consejo.

Los miembros electos son elegidos por la entidades que agrupen a las organizaciones laborales (ocho miembros) y a los empresarios y demás entidades productivas de la provincia (ocho miembros); por las organizaciones culturales (tres) y las asociaciones de profesionales (tres), y dos por las fundaciones y corporaciones dedicadas a actividades de producción, comercio, investigación científica y tecnológica o educativas.

Los miembros por derecho propio son los representantes de las instituciones de las Fuerzas Armadas y de Carabineros de Chile, por supuesto con asiento en la provincia; y de las universidades, institutos profesionales, centros de formación técnica, en el mismo orden, que es excluyente, hasta un máximo de cuatro. En las provincias donde hubiere más de cuatro universidades, el artículo 48 establece un criterio de selección que divide los cuatro miembros atendiendo a la antigüedad en la provincia y al número de alumnos matriculados. Igual criterio aplica cuando falta una o más universidades, tratándose de los institutos profesionales y centros de formación técnica que existan en la provincia.

Los artículos 53 a 60 establecen el procedimiento de elección de los miembros del consejo económico y social y la constitución de este órgano provincial.

Los miembros del consejo duran cuatro años en sus cargos y pueden ser reelegidos. Se desempeñan ad honórem y el artículo 52 de la ley les hace aplicables las normas de inhabilitación y de cesación en el cargo que rigen para los consejeros regionales, dejándolos sujetos al respectivo Tribunal Electoral Regional.

“El consejo económico y social provincial será presidido por el gobernador, que podrá convocarlo. Asimismo, el consejo podrá autoconvocarse por la iniciativa de un tercio de sus miembros” (artículo 49).

Como cuerpo colegiado, el CESPRO funciona en sesiones, según es de rigor. La ley consulta una sesión constitutiva, sesiones ordinarias y extraordinarias. La sesión constitutiva es la de instalación del consejo, una vez elegidos los miembros para el cuatrienio. Las sesiones ordinarias son las que están establecidas como regulares en el reglamento interno para tratar cualquier asunto relacionado con las funciones que son propias de él. Han de celebrarse por lo menos cada tres meses. Las extraordinarias son las convocadas por el gobernador o las autoconvocadas, y en ellas sólo pueden tratarse y adoptarse acuerdos respecto de los asuntos incluidos en la convocatoria (artículo 50).

Son atribuciones del consejo económico y social provincial, señala el artículo 51 de la Ley N° 19.097, las siguientes:

–Absolver las consultas que le formule el gobernador, en especial las relativas a los anteproyectos del plan regional de

desarrollo y de presupuesto del gobierno regional, con anterioridad a su conocimiento por el gobierno regional;

–Realizar estudios y emitir opinión en materias de desarrollo provincial;

–Presentar al gobernador proposiciones de proyectos específicos de desarrollo, y

–Requerir por escrito, a las autoridades de gobierno de la región, provincia o comunas, los antecedentes que requiera para los efectos anteriores, quienes están obligadas a proporcionarlos oportunamente.

80. LAS NORMAS QUE RIGEN AL PERSONAL REGIONAL. De conformidad con lo prescrito por el inciso 2º del artículo 27 de la Ley Nº 19.175, la dotación de los gobiernos regionales se rige por las normas del Estatuto Administrativo general aprobado por Ley Nº 18.834, de 1989.

Artículo 27, inciso 2º. El personal de estos servicios se regirá por el Estatuto Administrativo y demás normas propias de los funcionarios de la Administración Pública, y su régimen de remuneraciones será el establecido en el Decreto Ley Nº 249, de 1974, y sus normas complementarias. Los funcionarios que desempeñen los cargos correspondientes a los tres primeros niveles jerárquicos, se regirán por las disposiciones de los artículos 51 de la Ley Nº 18.575 y 7º de la Ley Nº 18.834.

Esta disposición vino a solucionar el grave problema que pudo haberse presentado en caso de silencio del legislador sobre el régimen de personal aplicable a los servidores regionales.

Ello, porque los gobiernos regionales al igual que las municipalidades, son entidades constitucionalmente autónomas, lo que ha movido a dotarlas de una normativa, circunstancia que llevó al legislador a dictar un estatuto especial para el personal de esas corporaciones edilicias. Como los gobiernos regionales se encuentran en una situación institucional del todo similar a la de los organismos consistoriales, bien pudo haberse seguido respecto de ellos el mismo camino que se ha recorrido en el ámbito municipal. Por eso, el artículo 27, inciso 2º, de la Ley Nº 19.175 despejó cualquier duda sobre el régimen laboral de los empleados regionales, quienes están afectos, entonces, a las disposiciones del Estatuto Administrativo general aplicable al personal de la Administración del Estado.

81. EL FONDO NACIONAL DE DESARROLLO REGIONAL. El artículo 104 de la Constitución Política de la República dispuso que el gobierno y la administración del Estado debían atenerse, en su aplicación a las regiones, provincias y comunas, al “principio básico de la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo” e incorporar “criterios de solidaridad entre las regiones, así como al interior de ellas, en lo referente a la distribución de los recursos públicos”, creando un Fondo Nacional de Desarrollo Regional.

Artículo 104, inciso 1º. Para el gobierno y administración interior del Estado a que se refiere el presente capítulo se observará como principio básico la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo. Las leyes que se dicten al efecto deberán velar por el cumplimiento y aplicación de dicho principio, incorporando asimismo criterios de solidaridad entre las regiones, como al interior de ellas, en lo referente a la distribución de los recursos públicos.

Sin perjuicio de los recursos que para su funcionamiento se asignen a los gobiernos regionales en la Ley de Presupuestos de la Nación y de aquellos que provengan de lo dispuesto en el N° 20 del artículo 19, dicha ley contemplará una proporción del total de los gastos de inversión pública que determine, con la denominación de fondo nacional de desarrollo regional.

El Fondo Nacional de Desarrollo Regional se encuentra regulado por el artículo 73 de la Ley N° 19.175, que reitera la obligación del Gobierno de asignar estos recursos en favor de las regiones del país en la Ley de Presupuestos anual.

Artículo 73. El Fondo Nacional de Desarrollo Regional es un programa de inversiones públicas, con finalidades de compensación territorial, destinado al financiamiento de acciones en los distintos ámbitos de infraestructura social y económica de la región, con el objeto de obtener un desarrollo territorial armónico y equitativo. Este Fondo se constituirá por una proporción del total de gastos de inversión pública que establezca anualmente la Ley de Presupuestos. La distribución del mismo se efectuará entre las regiones, asignándoles cuotas regionales.

La Ley de Presupuestos de cada año podrá precisar los rubros de gastos que, para estos efectos, no se entenderán comprendidos en los ámbitos de infraestructura social y económica de la región.

Como apunta el Informe de Gestión 1995 del Fondo Nacional de Desarrollo Regional elaborado por la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, “el FNDR es el principal instrumento de inversión pública de decisión regional a través del cual el Gobierno canaliza recursos presupuestarios a cada una de las regiones del país para la materialización de progra-

mas, estudios y proyectos de desarrollo regional y comunal. Este fondo permite financiar, principalmente, inversiones en servicios públicos básicos (agua, alcantarillado, electricidad, viabilidad, etc.) e inversión social en los sectores de salud y educación”.⁸

A título ilustrativo, es interesante considerar la evolución de los recursos del Fondo, el nivel de gasto logrado en los últimos años y la distribución de los recursos del Fondo entre las trece regiones del país de que da cuenta el Informe.

En cuanto a la evolución de los recursos, consigna las siguientes sumas en millones de pesos del año 1995 y de su variación porcentual respecto al año anterior:

1991	49.225	—
1992	57.965	17,8%
1993	70.276	21,2%
1994	78.039	11,0%
1995	86.114	10,3%

En el período se comprueba el siguiente nivel de gastos:

1991	86,5%
1992	94,2%
1993	98,5%
1994	98,8%
1995	98,5%

El Fondo Nacional de Desarrollo Regional, durante 1995, expresa el Informe, al 31 de diciembre de 1995, tuvo la distribución que enseguida se indica, por habitante y por región.

Inversión del FNDR por habitante:

1º	XI	88.800 hbts.	\$ 74.934
2º	XII	181.600 hbts.	\$ 33.257
3º	III	202.800 hbts.	\$ 28.054

⁸ Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, Departamento de Inversiones, *Fondo Nacional de Desarrollo Regional. Informe de Gestión 1995*, febrero de 1996.

4º	I	410.300 hbts.	\$ 21.081
5º	II	415.500 hbts.	\$ 18.857
6º	IV	525.400 hbts.	\$ 12.368
7º	VI	684.200 hbts.	\$ 9.535
8º	IX	853.200 hbts.	\$ 8.842
9º	X	957.200 hbts.	\$ 8.415
10	VII	902.060 hbts.	\$ 7.916
11	VIII	1.753.700 hbts.	\$ 5.026
12	V	1.478.300 hbts.	\$ 3.731
13	RM	5.783.700 hbts.	\$ 1.201

Inversión del FNDR por región, porcentajes:

I	8.649.507	9,41%
II	7.835.260	8,52%
III	5.689.357	6,19%
IV	6.497.892	7,07%
V	5.515.328	6,00%
VI	6.523.714	7,10%
VII	7.145.017	7,77%
VIII	8.813.930	9,59%
IX	7.543.794	8,21%
X	8.054.489	8,76%
XI	6.654.097	7,24%
XII	6.039.436	6,57%
R.M.	6.947.543	7,56%

El Informe especifica que el FNDR apoya además tres grandes programas impulsados por el Gobierno a nivel territorial: el Programa Nacional de Superación de la Pobreza (PNSP), en su subprograma Especial de Comunas; el de Fronteras Interiores y el de Desarrollo Rural.

El PNSP, Plan Especial de Comunas “constituye una estrategia impulsada por el gobierno que además incluye al sector privado en un esfuerzo por abordar el tema de la pobreza en forma seria, responsable y coordinada. Iniciado en 1994 en 71 comunas pobres de las trece regiones del país (actualmente son 74 comunas), surge dentro del contexto del PNSP como una experiencia de gestión social innovadora descentralizada, con especial énfasis en las coordinaciones gubernamentales y en la participación social, con fines de replicabilidad progresi-

va en el tiempo a todas las comunas pobres del territorio nacional, de modo de gestar y desarrollar formas de acción más eficientes y eficaces de superación de la pobreza en las comunas y sus localidades, permitiendo un cambio en las políticas sociales e innovaciones en sus programas”. A este programa especial el FNDR asignó en 1995 un 37,65% del total del Fondo.

El Programa Fronteras Interiores abarca las comunas “que presentan deficiencias en sus conexiones con el resto del territorio nacional y tienen debilidades en cuanto a su poblamiento o en la infraestructura de servicios. En total se han definido en esta condición a 64 comunas de todo el país y se las divide en críticas (11), intermedias (46) y no críticas (7)”. El FNDR asignó a este programa un 26,69% del total del Fondo, con un aumento real de un 10,81% con respecto a 1994.

El Programa de Desarrollo Rural tiene por “objeto promover el desarrollo en los sectores rurales del país”, considerándose como tal a aquel cuya “población rural supera el 40%. En esta condición se encuentran 163 comunas de las trece regiones”. El FNDR financió en estas comunas proyectos por un monto ascendente al 25,67% del total del Fondo.

82. LA ADMINISTRACIÓN LOCAL: LAS MUNICIPALIDADES

82. A. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MUNICIPALIDADES. “Las municipalidades –dice el artículo 107 de la Constitución Política de la República– son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.”*

El artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, N° 18.695, en su inciso 2º, reitera esta disposición constitucional.

Según puede advertirse, el Código Político conceptúa y caracteriza a los municipios destacando su naturaleza corporacio-

* El día 12 de octubre de 1997, el Congreso Pleno aprobó reformar el capítulo XIII de la Constitución política, sustituyendo los artículos 107 y 109 de la Carta Fundamental e incorporando un nuevo artículo 110. La reforma apunta a facilitar la participación de la comunidad en las actividades municipales, la coordinación entre municipios y servicios públicos, la transferencia de competencias a las municipalidades y a autorizar a estas corporaciones para “crear o suprimir empleos y fijar remuneraciones, como también establecer los órganos o unidades que la ley orgánica constitucional respectiva permita”.

nal de carácter territorial y poniendo de relieve, en ese carácter, sus atributos de gozar de personalidad jurídica y patrimonio propio. Atendida la circunstancia de que estos elementos son los que de antiguo han caracterizado a la descentralización administrativa, como han expresado la doctrina y la jurisprudencia administrativas examinadas en el capítulo segundo de este trabajo, la Contraloría General de la República ha persistido en la idea de la descentralización para caracterizar a las municipalidades.

“Las modificaciones constitucionales introducidas a la Carta Política por la Ley N° 19.097, de 1991, y las legales incorporadas a la ley orgánica constitucional de municipalidades por la Ley N° 19.130, de 1992, no han hecho sino ratificar los principios ya contenidos en la Constitución y en la ley, clarificando explícitamente la autonomía administrativa de las municipalidades”, señaló el dictamen N° 18.646, de 1992.

“Según estos principios, los municipios constituyen servicios públicos integrantes de la Administración del Estado, de carácter descentralizado, funcional y territorialmente, sin perjuicio del imperativo legal que los afecta, en orden a actuar dentro del marco de los planes nacionales y regionales que regulen la respectiva actividad, y coordinados con los demás servicios públicos y municipalidades, desde el momento que la Administración del Estado configura un todo armónico que siempre debe propender a la unidad de acción nacional, regional, provincial y comunal.

“En su calidad de corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, constitutivas de servicios descentralizados, las municipalidades no están sometidas a vínculo jerárquico o de dependencia del Presidente de la República, a través del Ministerio del Interior, sino únicamente a la supervigilancia o tutela de esos órganos y a la fiscalización del intendente regional respectivo.”

El 11 de diciembre de 1996, en su oficio N° 39.566, el organismo contralor reiterará este parecer. Ante la consulta que le formulara la Subsecretaría del Interior de la respectiva Cartera, para determinar si el Presidente de la República podía designar en comisión de servicio a personal municipal, de acuerdo con la facultad que le reconocía el artículo 2° transitorio de la Ley N° 19.379, para comisionar “a cualquier funcionario público de la Administración Central o Descentralizada de la respectiva región”, al Gobierno Regional, para proveer a su instalación, la Contraloría General concluyó contestando afirmativamente y reconociendo entonces que bien podía el Primer Mandatario designar “en

comisión de servicio a funcionarios municipales”. Ello, “atendido que las municipalidades constituyen servicios públicos de carácter descentralizado, tanto funcional como territorialmente”.

Estas consideraciones jurisprudenciales descansan, naturalmente, en la visión geométrica heredada de la década 1970, en que la función administrativa se concebía radicada en el Presidente de la República y proyectada desde este gran centro administrativo nacional a lo largo y ancho del país por medio de los servicios centralizados y descentralizados.

Ha de recordarse, por lo demás, que bajo el régimen militar las municipalidades fueron servicios propiamente estatales bajo el mando-supervigilancia del Ministerio del Interior, con alcaldes-funcionarios públicos de confianza exclusiva designados por el gobierno central, y que dentro de organismos más bien conservadores del estatus vigente, la jurisprudencia mantiene por tiempo indefinido las visiones-convicciones jurídicas alcanzadas con anterioridad, hasta que nuevas condiciones sociológicas estabilizan nuevas representaciones-convicciones jurídico-institucionales.

Aún no ha habido renovación de conceptos en el ámbito municipal, de modo que perviven los logrados bajo el anterior ordenamiento consistorial.

Sin embargo, desde la dictación de la Ley N° 18.695, de 1988, aprobatoria de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, promulgada conforme a los dictados de la Constitución Política de 1980, los municipios dejaron de tener el carácter de servicios territorialmente descentralizados que les asignaba la ley orgánica de 1976 que los regía, el DL N° 1.289: son, señalaba este decreto ley, “instituciones de derecho público funcional y territorialmente descentralizadas” que forman “parte del sistema de Administración del Estado”, para residenciarse en la institucionalidad como organismos constitucionalmente autónomos del Estado-nación, en forma acentralizada, independiente del “sistema de Administración del Estado”, del sistema estatal que por naturaleza y definición reconduce sus políticas y actuaciones a las decisiones del centro administrativo nacional representado por el Presidente de la República.

En verdad, las municipalidades, por concepto, por la forma electiva de integración de sus autoridades, por tradición ciudadana y por mandato constitucional y legal, no pueden configurarse como servicios descentralizados del Estado, sujetos, por

ende, a los poderes jurídicos del Presidente de la República, sino como servicios acentralizados o autonomías constitucionales, sometidos sólo a la Constitución y a las leyes.

De aquí que, más allá de las expresiones que utiliza y del modo de pensar el ordenamiento organizacional que revela, pueda encontrarse razón al Tribunal Constitucional en su fallo de 22 de septiembre de 1988, recaído en los autos rol N° 80, al concluir que la definición de municipalidad contenida en la Carta Fundamental contemplada en forma “clara la autonomía constitucional de estos órganos, pues se trata de entes personificados que ha creado el Estado en el propio texto constitucional y cuyas atribuciones no las reciben del poder central, sino de la ley orgánica constitucional”. Son “órganos constitucionalmente autónomos”, agregó. Con todo, expresó enseguida que en tal carácter constituían “órganos descentralizados territorialmente, generados por la propia Constitución”.

Por el carácter constitucionalmente autónomo que asumen las corporaciones consistoriales, no les alcanzan las facultades coordinadoras, de supervigilancia y fiscalización que el artículo 101 del Código Político entrega al intendente regional en su carácter de representante natural e inmediato del Presidente de la República, sobre los servicios públicos que actúan en la región, porque en los términos de esa misma norma dichas atribuciones se refieren sólo a “los servicios públicos creados por ley”, sin alcanzar, entonces, a los que tienen su fuente de origen en la Constitución.

Artículo 101, inciso 1º. El intendente presidirá el consejo regional y le corresponderá la coordinación, supervigilancia o fiscalización de los servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de las funciones administrativas que operen en la región.

Esta disposición, aclaró el senador señor Sergio Diez en la sesión plenaria aprobatoria de la reforma constitucional de 1991, celebrada el 9 de noviembre de ese año, significa excluir de las facultades del intendente a los organismos creados por la Constitución, como “el Poder Judicial, Contraloría General de la República, Fuerzas Armadas, Banco Central, etc., y también a las municipalidades, sin perjuicio de que la ley orgánica respectiva pueda darle algún rol específico –que siempre ha de ser– de carácter distinto a la coordinación, supervigilancia y fiscalización”.

Las municipalidades, por consiguiente, son organismos constitucionalmente autónomos, tienen el carácter de corporaciones territoriales, con lo cual se insertan en el mundo administrativo como organismos acentralizados, sometidos sólo a la Constitución y a la ley.

82. B. LAS FUNCIONES DE LA MUNICIPALIDAD: FUNCIONES PRIVATIVAS, ASUMIDAS Y COMPARTIDAS. La Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades distingue claramente entre funciones y atribuciones municipales.

Considera funciones municipales a las actividades que las corporaciones consistoriales están llamadas a desarrollar por mandato de la Constitución o de la ley.

Estima que son atribuciones municipales las facultades o atribuciones que la Constitución y la ley le confían para realizar aquellas funciones en demanda de las finalidades de bien público que les son propias.

Luis Hernández Olmedo tiene mucha razón cuando observa que la ley municipal “identifica las funciones principalmente con sustantivos, v. gr.: el aseo y ornato, la educación y la cultura, y por su parte, a las atribuciones, con verbos: ejecutar el plan de desarrollo; dictar resoluciones obligatorias”, en forma “consecuente con la distinción básica entre objeto (materia) y la acción (atribución)”. Siendo la competencia “el ámbito en el cual se ejercen los poderes públicos de la autoridad o sus agentes”, y compuesta como está por territorio, materia y grado o jerarquía, las funciones expresan la materia, es decir, las tarea o tipo de actividades que debe cumplir la entidad, en tanto que las atribuciones, el elemento, grado o jerarquía, esto es, las facultades de que está dotada esa autoridad para cumplir esas tareas.¹⁰

La Ley N^o 18.695 distingue las funciones privativas de la municipalidad de las que ella puede asumir unilateralmente y las que puede compartir con otros servicios públicos.

El artículo 3^o establece sus funciones privativas.

Atribuciones privativas, precisó el dictamen N^o 18.127, de 1988, “son aquellas que las municipalidades ejercen con plena autonomía dentro del ámbito jurisdiccional y que por lo tanto

¹⁰ Hernández Olmedo, Luis, cit., págs. 103 y 97.

sólo compete a ellas desarrollarlas”. Por tal motivo, no es procedente que un decreto supremo le imponga la obligación de velar por el cumplimiento de las normas que regulen el medio ambiente, porque tal deber no es de aquellos contemplados en el artículo 3º, como tampoco procede que por el mismo medio se le prohíba ejercer atribuciones propias sobre los bienes nacionales de uso público, porque el artículo 5º, letra c), reconoce que corresponde a los municipios administrar esa clase de bienes (dictámenes N°s 26.176, de 1987, y 413, de 1987, respectivamente).

¿Cuáles son estas funciones privativas?

Son cinco:

–Aplicar las disposiciones sobre transporte y tránsito público, función que comprende el otorgamiento y renovación de las licencias para conducir, determinar el sentido de circulación de vehículos, la señalización de las vías públicas y todas las normas generales sobre transporte y tránsito público (artículo 22);

–Aplicar las disposiciones sobre urbanismo y construcciones, incluyendo la elaboración del plan regulador comunal, contenidas en la Ley General de Urbanismo y Construcciones (DFL N° 458, de 1977, del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo);

–Mantener el aseo y ornato de la comuna;

–Promover el desarrollo comunitario, esto es, las actividades de acción social de la comuna, y

–Elaborar, aprobar y ejecutar el plan de desarrollo comunal, en la forma regulada por los artículos 58, letra a), y 71 de la Ley N° 18.695.

Junto a estas funciones privativas, la ley reconoce a las municipalidades la aptitud para desarrollar otras funciones, sea en forma asumida o compartida con otros servicios de la Administración Pública.

“Las Municipalidades –dice el artículo 4º de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades– podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con:

- a) La asistencia social;
- b) La salud pública;
- c) La protección del medio ambiente;
- d) La educación y la cultura;

- e) La capacitación y la promoción del empleo;
- f) El deporte y la recreación;
- g) El turismo;
- h) El transporte y tránsito públicos;
- i) La vialidad urbana y rural;
- j) La urbanización;
- k) La construcción de viviendas sociales e infraestructuras sanitarias;
- l) La prevención de riesgos o la prestación de auxilio en situaciones de emergencia, y
- ll) El desarrollo de actividades de interés común en el ámbito local.”

Estas funciones, en los términos del artículo 4º de la Ley Nº 18.695, pueden ser ejercidas por las corporaciones consistoriales “directamente o con otros órganos de la Administración del Estado”.

Directamente, cuando por decisión unilateral de la municipalidad ésta se hace cargo de ejercer por sí misma la correspondiente función.

Con otros órganos de la Administración del Estado, cuando conviene con ellos la prestación de una función que les corresponde, en las condiciones que establezca el respectivo convenio.

Cabe hacer presente que los convenios sobre prestación de servicios públicos están regulados de tres maneras diferentes en la Ley Nº 18.695:

–En el artículo 4º están normados para los efectos de permitir el ejercicio específico de las funciones allí consignadas. Se rige por las estipulaciones del convenio en que el municipio se compromete a realizar las funciones compartidas;

–En el artículo 6º, inciso 1º, que establece una norma genérica, para remitirse a la ley, al decir que “para el cumplimiento de sus funciones, las municipalidades podrán celebrar convenios con otros órganos de la Administración del Estado en las condiciones que señale la ley respectiva, sin alterar las atribuciones y funciones que corresponden a los municipios”, y

–En el artículo 56, letra ll), al tenor del cual es atribución del alcalde “ejecutar los actos y celebrar los contratos necesarios para el adecuado cumplimiento de las funciones de la municipalidad y de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Nº 18.575”. En este caso, al remitirse al artículo 34 de la Ley

Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades permite que las corporaciones edilicias puedan ejecutar acciones o administrar establecimientos o bienes de esos organismos públicos, “mediante la celebración de contratos”, de acuerdo con lo prescrito por la Ley N° 18.803, de 1989, que viabilizó aquel artículo 34 de la Ley N° 18.575.

De lo dicho se desprende que el artículo 4° de la Ley N° 18.695 permite que las funciones contempladas en este precepto se pueden prestar por la vía de la asunción directa de ellas por parte de la municipalidad o a través de convenios de atribuciones compartidas suscritos con los servicios públicos que las tienen atribuidas como facultades que les son propias.

Ello, sin perjuicio de que una corporación municipal pueda ejercer funciones distintas de las del artículo 4°, ajustándose a lo señalado en el artículo 6° de la ley, sin que estos convenios puedan “alterar las atribuciones y funciones que corresponden a los municipios”, según previene este artículo; y de que al tenor de lo establecido en el artículo 56, letra II), de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y en la Ley N° 18.803, de 1989, esté capacitada, asimismo, para ejecutar acciones o administrar establecimientos de servicios públicos.

82. C. LAS ATRIBUCIONES MUNICIPALES: ATRIBUCIONES ESENCIALES Y NO ESENCIALES. Las atribuciones municipales, según se ha manifestado anteriormente, son las facultades de que dota la Constitución y la ley a las municipalidades para permitirles la realización de sus funciones.

Estas atribuciones pueden ser esenciales o no esenciales, al tenor de lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Esta distinción entre funciones esenciales y no esenciales tiene cierta originalidad en el administrativismo chileno y nació como una necesidad: fue incorporada al texto de la ley para superar una objeción formulada por el Tribunal Constitucional en fallo rol N° 54, de 19 de abril de 1988, que estimó improcedente incluir en la ley orgánica municipal una remisión genérica a las demás atribuciones que las leyes confirieran a los municipios, basado en que la Constitución Política exigía que

fuera precisamente la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades el texto que estableciera cuáles eran esas facultades.

Mediante el distingo entre atribuciones esenciales y no esenciales, incluyendo en el texto de la ley orgánica constitucional las facultades esenciales y definiendo a las no esenciales como aquellas “que le confieran las leyes o que versen sobre materias que la Constitución Política de la República expresamente ha encargado, sean reguladas por la ley común”, el legislador salvó la objeción de inconstitucionalidad y evitó que se entendieran derogadas por la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades de 1988 todas las atribuciones que las leyes ordinarias reconocían y conceden a las corporaciones consisto-riales.

Las atribuciones esenciales de los municipios están establecidas en el artículo 5º de la Ley Nº 18.695 y son la siguientes:

–Elaborar, aprobar y ejecutar el plan comunal de desarrollo, y el presupuesto municipal;

–Adquirir y enajenar bienes muebles e inmuebles y administrar los bienes municipales y nacionales de uso público existentes en la comuna, sin perjuicio de las facultades que correspondan a otros órganos de la Administración del Estado;

–Dictar resoluciones obligatorias con carácter general o particular, las que pueden ser, al tenor de lo prescrito por el artículo 10, ordenanzas, reglamentos, decretos o instrucciones;

–Establecer derechos por los servicios que presten y por los permisos y concesiones que otorguen, así como aplicar tributos, en la forma que establezca expresamente la ley que los impone;

–Otorgar subvenciones o aportes a personas jurídicas, sin fines de lucro, que colaboren directamente en el cumplimiento de sus funciones, hasta un máximo de siete por ciento del presupuesto municipal, tope que no rige para las actividades que taxativamente enumera la letra g) del mismo artículo 5º;

–Constituir corporaciones o fundaciones sin fines de lucro destinadas a la promoción y difusión del arte y la cultura, y

–Establecer unidades vecinales, con el objeto de propender a un desarrollo equilibrado y a una adecuada canalización de la participación ciudadana.

–Asociarse con otras municipalidades para el cumplimiento de sus fines propios, en la forma prevista en los artículos 131 y siguientes de la ley.

Junto a estas atribuciones esenciales, las municipalidades tienen, también, atribuciones no esenciales.

Son atribuciones no esenciales, según el inciso 2º del artículo 5º de la Ley Nº 18.695, las “que le confieran las leyes o que versen sobre materias que la Constitución Política de la República expresamente ha encargado sean reguladas por la ley común, entre otras, la de colaborar en la fiscalización y en el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes a la protección del medio ambiente en los límites comunales, sin perjuicio de las potestades, las funciones y atribuciones de otros organismos públicos”.

82. D. LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL. “La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley –prescribe el artículo 107 inciso 1º, de la Constitución Política de la República– reside en una municipalidad, la que estará constituida por el alcalde, que es su máxima autoridad, y por el concejo. La ley orgánica establecerá un consejo económico y social comunal de carácter consultivo.”

Esta disposición se reitera en el artículo 2º de la Ley Nº 18.695.

82. D. A) EL ALCALDE. Conforme a lo dispuesto por el artículo 107 de la Carta Fundamental, el alcalde es “su máxima autoridad”.

“El alcalde –prescribe el artículo 49 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades– es la máxima autoridad de la municipalidad y en tal calidad le corresponderá su dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento.”

Es alcalde “el candidato a concejal que haya obtenido la primera mayoría en la comuna y que además pertenezca a una lista o pacto que cuente, a lo menos, con el treinta por ciento de los votos válidamente emitidos en la respectiva elección, excluidos los votos en blanco y los nulos, según lo determine el Tribunal Electoral Regional”. De no darse estos requisitos, el artículo 115 prevé varios cursos de acción, según las circunstancias.

Para optar al cargo de alcalde se requiere acreditar las mismas exigencias que un concejal y no estar afecto a alguna de las inhabilidades que establece la ley (artículos 63 y 64), y para mantenerse en él, no incurrir en alguna causal de cesa-

ción de funciones. Estas causales están establecidas en el artículo 53.

El alcalde ante todo es concejal. Como “el alcalde tiene derecho a voto dentro del concejo, por cuanto reviste la calidad de concejal, debe ser considerado para los efectos de los quórum necesarios para sesionar y adoptar acuerdos”, dijo el dictamen N° 28.615, de 1992.

Según la ley, el alcalde es funcionario municipal, mas por mandato expreso del inciso 3° de su artículo 34, “al alcalde sólo le serán aplicables las normas relativas a los deberes y derechos y la responsabilidad administrativa”, regulados en el Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales.

Esta norma proviene del texto original de la ley, que como se sabe es del año 1988. El Estatuto Administrativo Municipal, que es del año 1989, en su artículo 118 complementó este precepto disponiendo que “tratándose del alcalde su responsabilidad se hará efectiva en conformidad al artículo 76, letra b), de la Ley N° 18.695”, es decir, mediante proposición del Consejo de Desarrollo Comunal hecha al Consejo Regional de Desarrollo.

Este sistema fue enteramente sustituido el año 1992 por la Ley N° 19.130, que eliminó las autoridades municipales designadas en la Constitución y en las leyes, no contuvo procedimiento administrativo sancionador alguno para el alcalde y los concejales y prescribió que las causales de cesación de funciones de estas autoridades sólo podían derivar de renuncia voluntaria o de causal legal declarada por el correspondiente Tribunal Electoral Regional.

De aquí que el dictamen N° 18.346, de 1993, de la Contraloría General de la República, haya concluido que “las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.097 a la Constitución Política de la República y por la Ley N° 19.130 a la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades han importado un cambio sustancial en la naturaleza y régimen jurídico de las autoridades municipales, cuya manifestación más relevante es el origen de su investidura legal.

“De funcionarios designados por el Presidente de la República o por el Consejo Regional de Desarrollo, según los casos, han pasado a ser servidores elegidos por sufragio universal, vale decir, ya no existe una autoridad u órgano administrativo que efectúe el nombramiento de los ediles.

“La aludida circunstancia incide necesariamente en lo relativo a la responsabilidad administrativa que pudiera afectar a aquellos alcaldes que se desempeñaron de acuerdo con la anterior normativa por hechos acaecidos durante su mandato, la que no puede hacerse efectiva conforme a la legislación ahora vigente, desde el momento que no existe el órgano competente para aplicar las medidas disciplinarias y atendida la circunstancia de que cesaron constitucionalmente en sus cargos al asumir las nuevas autoridades edilicias.

“En cuanto a la responsabilidad de los alcaldes elegidos por la ciudadanía local, su responsabilidad administrativa debe hacerse efectiva por medio del Tribunal Electoral Regional competente.”

Si bien no merece dudas la competencia que en la actualidad asiste en forma exclusiva y excluyente a los Tribunales Electorales Regionales para pronunciarse sobre la responsabilidad administrativa de los alcaldes, ha de tenerse presente, sin embargo, que la Contraloría General sigue sometiéndolos a encausamiento administrativo por la vía de un procedimiento semidisciplinario de investigación creado por ella, que dice no ser sancionador, finalizado el cual, de estimar configurada alguna irregularidad administrativa o penal, pone los antecedentes en conocimiento del concejo para los efectos de que éste denuncie los hechos ante el Tribunal Electoral Regional competente, de estimarlo conveniente.

El procedimiento asume cierta gravedad, sobre todo en períodos preeleccionarios: la sesión en que el concejo conoce de este oficio contralor puede considerarse una sesión de fiscalización de los actos del alcalde, por consiguiente, impedirle asistir a ella, con lo cual se siembre un germen de inestabilidad al interior de los concejos, que es el que ha llevado a concejales y a representantes del mundo político a multiplicar denuncias y pedidos de investigación a la Contraloría General, con vistas a obtener esta declaración inculpatoria.

El alcalde tiene tres grandes funciones:

–Es el representante judicial y extrajudicial de la municipalidad;

–El presidente del concejo y del consejo económico y social comunal, y

–El jefe superior del servicio denominado municipalidad.

En su calidad de representante judicial y extrajudicial del

municipio, el alcalde es su portavoz oficial. Le corresponde, específicamente, ejercer las acciones procesales de la corporación y contestar las que se entablen en contra de ella, dictar las resoluciones municipales: ordenanzas, reglamentos, decretos e instrucciones, y ejecutar los actos y celebrar los contratos necesarios para el adecuado cumplimiento de las funciones municipales. Así lo establece el artículo 56 de la Ley N° 18.695, en sus letras a), i) y ll).

–Como presidente del concejo y del consejo económico y social comunal, al alcalde compete convocar y presidir estos órganos colegiados, ejercer voto dirimente, en las condiciones del artículo 75, inciso final, respecto de empates producidos en el concejo; informar a los miembros de estos órganos sobre las diversas materias municipales, ejecutar los acuerdos del concejo y dar cuenta pública de su gestión anual a ambos órganos colegiados. Así fluye de los artículos 56, letra m), 75, 76 y 59, respectivamente, de la ley municipal.

–En su carácter de jefe superior del servicio municipal, el alcalde establece la organización interna de la corporación, administra sus recursos humanos, materiales y financieros, y vela por la coordinación de la acción municipal con la del resto de los órganos y organismos del Estado.

Estando definido como la autoridad máxima del municipio, el alcalde debe autodisponerse cualquiera decisión oficial que le concierna. “El alcalde –ha dicho la Contraloría General de la República por dictamen N° 30.130, de 1990– está facultado para disponer su propia comisión de servicios, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, porque según la Ley N° 18.695, el alcalde es la máxima autoridad de la municipalidad, correspondiéndole en esa calidad la dirección superior y la supervigilancia de su funcionamiento”.

Artículo 56. El alcalde tendrá las siguientes atribuciones:

- b) Establecer la organización interna de la municipalidad;
- c) Nombrar y remover a los funcionarios de su dependencia de acuerdo con las normas estatutarias que lo rijan;
- d) Aplicar medidas disciplinarias al personal de su dependencia, en conformidad con las normas estatutarias que lo rijan;
- e) Administrar los recursos financieros de la municipalidad, de acuerdo con las normas sobre administración financiera del Estado;
- f) Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público de la comuna que corresponda en conformidad a esta ley;
- h) Adquirir y enajenar bienes muebles;

k) Coordinar el funcionamiento de la municipalidad con los órganos de la Administración del Estado que corresponda;

l) Coordinar con los servicios públicos la acción de éstos en el territorio de la comuna.

La mayoría de estas atribuciones son de competencia privativa del alcalde. Las menos deben tomarse con acuerdo del concejo y son, según el artículo 58 de la ley, que las enumera, las que revelan tener interés comunal o presentan cierta gravedad para la corporación consistorial.

En caso de ausencia o impedimento, el alcalde puede ser:

–Subrogado o

–Suplido.

La subrogación opera en caso de ausencia o impedimento de hasta cuarenta y cinco días y le corresponde al “funcionario que le siga en orden de jerarquía dentro de la municipalidad”, como prescribe el artículo 55, inciso 1º, de la Ley N° 18.695. Esta norma ha sido reiterada por el dictamen N° 29.718, de 1992, que ha recalcado que “el alcalde sólo es subrogado en sus funciones administrativas, no resultando procedente extender esa subrogación a atribuciones que le competen en otro carácter, como por ejemplo en su condición de concejal. Por lo tanto, el funcionario que subroga no integra el concejo ni tampoco tiene derecho a voto en los acuerdos que a ese órgano colegiado le corresponda adoptar durante la subrogación”. Las funciones de presidente del concejo debe desempeñarlas “el concejal presente que haya obtenido, individualmente, mayor votación ciudadana en la elección respectiva, según lo establecido por el Tribunal Electoral Regional”.

La suplencia opera en los casos de ausencia o impedimento del alcalde por más de cuarenta y cinco días. En tal situación, dice el inciso 3º del artículo 55 de la ley municipal, “el concejo designará, de entre sus miembros, un alcalde suplente, mediante acuerdo adoptado por la mayoría absoluta de los concejales en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto”.

El precepto prevé también el procedimiento a seguir en caso de vacancia del cargo de alcalde, el que debe observarse “después de haberse llenado la vacante de concejal” de acuerdo con lo prescrito en el artículo 68 de la ley, subrogando en el intertanto el funcionario que siga en jerarquía al cargo del alcalde.

82. D. B) EL CONCEJO.¹¹ “La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley –prescribe el artículo 107 inciso 1º, de la Constitución Política de la República– reside en una municipalidad, la que estará constituida por el alcalde, que es su máxima autoridad, y por el concejo. La ley orgánica establecerá un consejo económico y social comunal de carácter consultivo.”

“Los concejos –señala el artículo 62 de la Ley Nº 18.695– estarán integrados por concejales elegidos por votación directa mediante un sistema de representación proporcional, en conformidad con esta ley. Durarán cuatro años en sus cargos y podrán ser reelegidos.”

Las comunas de hasta setenta mil electores eligen seis concejales; las de más de setenta y hasta ciento cincuenta mil electores, eligen ocho concejales, y las comunas que cuentan con un número de electores superior a los ciento cincuenta mil eligen diez concejales. Para estos efectos, el Director del Registro Electoral deberá determinar, por resolución publicada en el Diario Oficial, el número de electores de cada comuna, citándose al registro electoral vigente siete meses antes de la fecha de la elección.

Para ser elegido concejal se requiere ser ciudadano con derecho a sufragio, saber leer y escribir, tener residencia en la región, por lo menos desde los dos últimos años anteriores a la elección; tener su situación militar al día y no estar afecto a alguna inhabilidad legal establecida en el artículo 64 de la misma ley.

Los concejales están afectos a las incompatibilidades consultadas en el artículo 65 y sus causales de cesación de funciones, que deben ser declaradas por el Tribunal Electoral Regional, salvo la renuncia, que es conocida por el concejo, están previstas en el artículo 66.

Los concejales no son autoridades municipales, en el sentido de hallarse facultados para actuar o disponer en forma indi-

¹¹ Durante la tramitación de la Ley Nº 19.097, de 1991, que creó el “concejo”, el Senado reemplazó la frase “consejo municipal” que contenía el proyecto, precisamente por aquella palabra, atendido el hecho, se hizo presente, de que según el Diccionario de la Real Academia Española “concejo” quiere decir corporación municipal, casa consistorial, ayuntamiento.

vidual en asuntos edilicios; su rol es integrar el concejo como órgano consistorial colegiado.

Por eso, la Contraloría General de la República ha afirmado que los concejales no pueden dirigirse directamente a ella en su calidad de tales, solicitando informes o planteando consultas, porque tal función le compete solo al alcalde, quien es el jefe superior de la municipalidad y su representante legal (dictamen N° 6.167, de 1993). Tampoco son funcionarios municipales, ni se rigen, en consecuencia, por las normas del Estatuto Administrativo Municipal.

“A los concejales –cuida de precisar el artículo 77 de la Ley N° 18.695– no les serán aplicables las normas que rigen a los funcionarios municipales, salvo en materia de responsabilidad civil y penal”, disposición que ha llevado a sostener a la jurisprudencia administrativa que “los concejales no invisten la condición de funcionarios municipales”, aunque sus actuaciones, “por ser el concejo un órgano de la municipalidad, implican el cumplimiento de una función pública” (dictamen N° 31.759, de 1992).

En razón de la naturaleza de su desempeño, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades les concede dos derechos: el derecho a ser informados y el pago de una asignación pecuniaria de carácter mensual y no imponible, por asistencia a sesiones (artículo 76).

La asignación asciende a una unidad tributaria mensual en las comunas de hasta treinta mil habitantes, con un máximo de cuatro en el respectivo mes calendario; a una y media unidad tributaria mensual en las comunas de más de treinta mil y hasta cien mil habitantes, sin que puedan exceder de seis en el respectivo mes calendario, y a dos unidades tributarias mensuales en aquellas comunas con más de cien mil habitantes, no pudiendo exceder de ocho unidades tributarias en el respectivo mes calendario.

Además, la jurisprudencia administrativa ha reconocido a los concejales el derecho a reembolso de todos los gastos que les irroge el cumplimiento de las instrucciones o comisiones expresas que les imparta o imponga el concejo.

“No obstante que los concejales no tienen el carácter de funcionarios municipales –expresó el dictamen N° 28.616, de 1992–, es del caso hacer presente que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 107, inciso primero, de la Constitu-

ción Política y 2º del texto refundido de la Ley de Municipalidades, el concejo constituye un órgano de la municipalidad, de manera que las actuaciones que sus miembros desarrollen en el ejercicio de sus cargos y en representación del mismo, implican el cumplimiento de una función pública y no de un acto personal y voluntario del concejal”, razón por la cual “los gastos en que incurra un concejal que cumple una gestión de esa naturaleza deberán serles reembolsados una vez efectuados y debidamente acreditados, puesto que de lo contrario se produciría un enriquecimiento sin causa de parte de la municipalidad”.

También pueden los concejales, en cumplimiento de sus funciones públicas, hacer uso de vehículos municipales, siempre que así lo autorice el alcalde, fundado en “la necesidad de efectuar aquel transporte como un elemento indispensable que, ya sea en forma mediata o inmediata, contribuya al normal desarrollo de los cometidos orgánicos de la institución” (dictamen N° 28.615, de 1992).

El concejo, al tenor de lo previsto en el inciso 2º del artículo 108 de la Constitución Política de la República, “será un órgano encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local, ejercerá funciones normativas, resolutivas y fiscalizadoras y otras atribuciones que se le encomienden, en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva”.

Desarrollando esta norma constitucional, la Ley N° 18.695, en su artículo 69, contempla las atribuciones del concejo, confiándole importantes materias como, por ejemplo, la aprobación del plan de desarrollo comunal y del proyecto de plan regulador comunal; decidir los derechos por los servicios municipales y por los permisos y concesiones; y fiscalizar las actuaciones del alcalde, los planes y programas de inversión municipal y la ejecución del presupuesto edilicio, así como las unidades y servicios municipales.

El concejo como órgano colegiado funciona en sesiones, de acuerdo con lo establecido en la ley y en el reglamento interno que apruebe para regir su funcionamiento (artículo 78).

Es presidido por el alcalde y en su ausencia por el concejal presente que haya obtenido, individualmente, mayor votación ciudadana en la respectiva elección. Así lo establece el artículo 74 de la Ley N° 18.695.

La Ley N^o 18.695, en sus artículos 72 y 73, dispone que habrá una sesión de instalación o constitutiva, sesiones ordinarias y extraordinarias.

La sesión de instalación está regulada por la ley. Esa es su característica. Ha de celebrarse noventa días después de la fecha de la respectiva elección, con la asistencia de la mayoría absoluta de los concejales declarados electos por el Tribunal Electoral Regional, y será presidida por el alcalde y concejal, dice el artículo 72 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

En esta sesión, el concejo fijará los días y horas de las sesiones ordinarias.

“Las sesiones ordinarias se efectuarán a lo menos dos veces al mes, en días hábiles, y en ellas podrá tratarse cualquier materia que sea de la competencia del concejo.

“Las sesiones extraordinarias serán convocadas por el alcalde o por un tercio, a lo menos, de los concejales en ejercicio. En ellas sólo se tratarán aquellas materias indicadas en la convocatoria.

“Las sesiones del concejo serán públicas. Los dos tercios de los concejales presentes podrán acordar que determinadas sesiones sean secretas (artículos 73 incisos 2^o, 3^o y 4^o).”

El quórum para sesionar será la mayoría de los concejales en ejercicio y el quórum para adoptar acuerdos la mayoría absoluta de los concejales asistentes a la sesión. Tomado un acuerdo, éste rige desde la aprobación del acta, a menos que se acuerde lo contrario, y debe ser ejecutado por el alcalde como presidente del concejo y jefe superior de la municipalidad.

82. D. c) EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL COMUNAL (CESCO). “La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley –prescribe el artículo 107, inciso 1^o, de la Constitución Política de la República– reside en una municipalidad, la que estará constituida por el alcalde, que es su máxima autoridad, y por el concejo. La ley orgánica establecerá un consejo económico y social comunal de carácter consultivo.”

La Ley N^o 18.695, dando cumplimiento al mandato constitucional, reserva el capítulo cuarto para regular al CESCO.

“En cada municipalidad –dispone su artículo 79– habrá un consejo económico y social comunal, compuesto por represen-

tantes de la comunidad local organizada. Este consejo será un órgano de consulta de la municipalidad, que tendrá por objeto asegurar la participación de las organizaciones comunitarias de carácter territorial y funcional y de actividades relevantes en el progreso económico, social y cultural de la comuna.”

Estos CESCOS son presididos por el alcalde y están formados por diez miembros en las comunas de hasta treinta mil habitantes, veinte, en las comunas de hasta cien mil habitantes, y treinta, en aquellas que cuentan con más de cien mil habitantes.

El artículo 81 de la Ley N° 18.695 establece la proporción en que las organizaciones comunales han de integrar el CESCO: asigna un 40% a las juntas de vecinos; un 30% a las organizaciones comunitarias funcionales y demás organizaciones comunitarias, y el restante 30% lo destina a las organizaciones representativas de las actividades productivas de bienes y servicios de la comuna.

Debe recordarse que las juntas de vecinos son “las organizaciones comunitarias de carácter territorial representativas de las personas que residen en una misma unidad vecinal y cuyo objeto es promover el desarrollo de la comunidad, defender los intereses y velar por los derechos de los vecinos y colaborar con las autoridades del Estado y de las municipalidades”, según la definición contenida en el artículo 2º, letra b), de la Ley N° 19.418, de 1995, y que es organización comunitaria funcional, al tenor de la letra d) de ese mismo artículo, “aquella definida como tal por la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades o por la legislación que regule las asociaciones indígenas”.

En efecto, el artículo 82 de la ley municipal, en su letra a), conceptúa a las organizaciones comunitarias de carácter funcional como “aquellas con personalidad jurídica y sin fines de lucro que tengan por objeto representar y promover valores específicos de la comunidad dentro del territorio de la comuna o agrupación de comunas respectiva. Entre éstas podrá considerar a las instituciones de educación de carácter privado, los centros de padres y apoderados, los centros culturales y artísticos, los centros de madres, los grupos de transferencia tecnológica y de defensa del medio ambiente, las organizaciones de profesionales, las organizaciones privadas del voluntariado, los clubes deportivos y de recreación, las organizaciones juveniles

y otras que promuevan la participación de la comunidad en su desarrollo social y cultural”.

El artículo 82 de la Ley N° 18.695 define también qué es una organización que realiza actividad productiva de bienes y servicios y qué una organización laboral. Para acreditar miembros ante el CESCO, cada organización debe inscribirse en un registro de organizaciones que lleva el secretario municipal, para lo cual deben acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso 2° del artículo 84 de la ley, franqueándose acción popular para reclamar de la no inclusión o de la inclusión indebida en el registro de una organización o persona natural o jurídica. El artículo 86 fija el plazo del reclamo y establece como tribunal competente para pronunciarse sobre la reclamación al competente Tribunal Electoral Regional.

En su oportunidad, el secretario municipal debe citar formalmente a todos los inscritos para que en asamblea procedan a elegir los miembros del CESCO.

Dispone el artículo 87 de la ley que “se realizarán asambleas separadas por cada estamento” y que “cada organización o persona natural se hará representar en aquéllas por un delegado”.

Los representantes de cada estamento se eligen por votación directa, secreta y unipersonal, declarándose elegidos a quienes obtengan las primeras mayorías individuales. Si hay empate, se recurre al sorteo.

Como es natural en el sistema municipal, el procedimiento electoral es reclamable ante el Tribunal Electoral Regional.

Para ser miembro del CESCO es necesario cumplir con los requisitos legales. Estos requisitos están establecidos en el artículo 90 de la ley. A ellos les son aplicables las inhabilidades e incompatibilidades que rigen para los concejales, y que están establecidas en el artículo 64 y en la letra b) del artículo 65 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Según el inciso final del artículo 90, “asimismo, serán incompatibles con los cargos de consejeros regionales, concejales y consejeros provinciales”.

Salvo la renuncia, que es de competencia del CESCO, las demás causales de cesación de funciones de los consejeros comunales deben ser declaradas por el Tribunal Electoral Regional competente.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 93 de la ley municipal, los CESCOS tienen las siguientes atribuciones:

–Dar su opinión sobre el plan de desarrollo comunal, las políticas de servicios y el plan anual de acción e inversión;

–Dar su opinión sobre la cuenta anual del alcalde y del concejo, y

–Opinar sobre todas las materias que el alcalde y el concejo sometan a su consideración.

El CESCO se reúne en una sesión constitutiva, que es la de instalación, y funciona en sesiones ordinarias y extraordinarias.

“Las sesiones ordinarias se efectuarán, a lo menos, cada tres meses y en ellas podrá tratarse cualquier asunto relacionado con las funciones propias que esta ley encomiende al consejo. Las sesiones extraordinarias podrán ser convocadas por el alcalde o por no menos de un tercio de sus miembros en ejercicio y en ellas sólo podrán tratarse y adoptarse acuerdos respecto de las materias señaladas en la convocatoria.”

El artículo 96 de la ley previene que el CESCO aprobará sus normas de funcionamiento y que las sesiones que celebre serán públicas.

82. D. D) LA ORGANIZACIÓN INTERNA DE LAS MUNICIPALIDADES: EL ADMINISTRADOR MUNICIPAL, LA SECRETARÍA MUNICIPAL, LA SECRETARÍA DE COORDINACIÓN Y PLANIFICACIÓN COMUNAL, LAS UNIDADES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LAS UNIDADES DE ADMINISTRACIÓN INTERNA. La organización edilicia consta de una secretaría municipal, de una secretaría de planificación y coordinación y de unidades de prestación de servicios y de colaboración a la administración interna del municipio, que toman el nombre de direcciones.

Las unidades de prestación de servicios a la comunidad local corresponden a dependencias edilicias que tienen a su cargo el ejercicio de las funciones privativas de la municipalidad: la Dirección de Transporte y Tránsito Públicos, la Dirección de Obras Municipales, la Dirección de Aseo y Ornato y la Dirección de Desarrollo Comunitario.

Las unidades de administración interna son las llamadas a colaborar con la gestión municipal y son tres: la Dirección de Administración y Finanzas, la Dirección de Asesoría Jurídica y la Dirección de Control.

Dice el artículo 14 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades que en las comunas cuya población sea superior a cien mil habitantes, los municipios deben contar con todas estas unidades o direcciones consistoriales.

Agrega el artículo 15 que en las comunas con cien mil habitantes o menos, “la organización interna de las municipalidades incluirá la Secretaría Municipal y todas o alguna de las unidades encargadas de las funciones genéricas” antes descritas, según las necesidades y características de la comuna de que se trate, pudiendo refundir en una sola unidad o dirección dos o más de esas funciones.

Para estos efectos, el artículo 27 entrega al alcalde la facultad de regular la organización interna de la municipalidad mediante un reglamento municipal. La disposición séptima transitoria de la ley municipal de 1988, dio un plazo de seis meses a los alcaldes, a contar del día de su vigencia, para dictar este reglamento, lo que hace que prácticamente todas las municipalidades cuenten con él. La jurisprudencia ha aclarado que “es facultad del alcalde establecer la organización interna de la municipalidad, así como las funciones específicas que se asignen a las respectivas unidades y su coordinación” (dictamen N° 18.127, de 1988), y que a él corresponde “ponderar las razones de mérito, oportunidad y conveniencia que deban determinar la creación, modificación y supresión de un determinado servicio municipal. Toda determinación de crear nuevos servicios o suprimir los existentes sólo puede hacerse y materializarse en una modificación de ese reglamento de organización” (dictamen N° 16.500, de 1971).

El Administrador Municipal (artículo 26)

Además, la Ley N° 19.130, de 1992, autorizó la existencia de un administrador municipal, concebido, como se manifestó en las Comisiones Unidas del Senado, como un funcionario edilicio encargado de desempeñar funciones de coordinación en todas las áreas de la actividad municipal.

En el texto vigente, la Ley N° 18.695 dispone, en su artículo 26, que al administrador municipal le compete:

a) Ejecutar tareas de coordinación de todas las unidades municipales y servicios municipalizados, de acuerdo a las instrucciones del alcalde;

b) Velar por el adecuado cumplimiento de la gestión y ejecución técnica de las políticas, planes y programas de la municipalidad, y

c) Ejercer las atribuciones que le delegue el alcalde y las demás funciones que se le encomienden en el reglamento interno del municipio.

El administrador municipal está sometido a un régimen jurídico especial: debe hallarse en posesión de un título profesional, accede al cargo por concurso público, depende directamente del alcalde y puede ser removido, sin expresión de causa, con acuerdo de los dos tercios de los miembros en ejercicio del concejo, sin perjuicio de las demás causas legales de cesación de funciones establecidas en el Estatuto de los Empleados Municipales.

La Secretaría Municipal (artículo 17)

El secretario municipal es el funcionario encargado de dirigir las actividades de secretaría administrativa del alcalde, del concejo y del consejo económico y social comunal, además de revestir la calidad de ministro de fe de las actuaciones municipales.

El cargo de secretario municipal, ha dicho la jurisprudencia administrativa, se caracteriza por ser de denominación específica dentro de la planta de personal municipal (dictamen N° 11.442, de 1991) y de carrera (dictamen N° 21.775, de 1990).

Que un cargo sea de denominación específica quiere decir que su titular sólo puede ejercer las funciones asignadas a ese empleo, impidiendo que se le asignen labores funcionarias distintas de éstas o su destinación a otra dependencia municipal con actividades diferentes de las que señala la ley.

Que un cargo sea de carrera implica que no puede proveerse por concurso, sino que habrá de serlo por ascenso, salvo que sea imposible aplicar esta forma de provisión de cargos públicos, en cuyo caso procederá, naturalmente, el concurso.

Prescribe la letra b) del artículo 17 de la ley, que el secretario municipal es el “ministro de fe en todas las actuaciones municipales”, lo que ha llevado a la jurisprudencia a sostener que “la expresión todas las actuaciones abarca actos tales como las ordenanzas, reglamentos, decretos e instrucciones” que dicte el alcalde (dictamen N° 18.127, de 1988).

La calidad de ministro de fe sólo puede emanar de texto expreso de ley y “consiste en la autoridad que la ley atribuye a determinados funcionarios para que los documentos o actua-

ciones que autoricen sean considerados auténticos y su contenido como verdadero en tanto no se pruebe lo contrario” (dictamen N° 27.706, de 1984).

Sólo los certificados o documentos autenticados por el secretario municipal pueden considerarse municipales, y hacen plena fe ante terceros respecto de su existencia y de la efectividad de su contenido.

La Secretaría de Coordinación y Planificación Comunal, SECPLAC (artículo 18)

Esta importante unidad municipal está concebida como asesora del alcalde y del concejo.

Atendido el carácter que presenta, el artículo 40 de la ley municipal asigna al directivo que la dirige la calidad de funcionario de confianza exclusiva del alcalde. Le corresponde:

a) Servir de secretaría técnica del alcalde y del concejo en la preparación y coordinación de las políticas, planes, programas y proyectos de desarrollo de la comuna.

b) Asesorar al alcalde en la elaboración de los proyectos de plan comunal de desarrollo y de presupuesto municipal.

c) Evaluar el cumplimiento de los planes, programas, proyectos y del presupuesto municipal e informar sobre esta materias al alcalde y al concejo.

d) Efectuar análisis y evaluaciones permanentes de la situación de desarrollo de la comuna, con énfasis en los aspectos sociales y territoriales.

e) Fomentar vinculaciones de carácter técnico con los servicios públicos y con el sector privado de la comuna, y

f) Recopilar y mantener la información comunal y regional atinente a sus funciones.

Las funciones de prestación de servicios a la comunidad local

Según se ha expresado, estas unidades de prestación de servicios a la vecindad local son aquellas que desarrollan las funciones privativas de la municipalidad consultadas en el artículo 3° de la Ley N° 18.695.

Ellas son: la Dirección de Transporte y Tránsito Públicos, la Dirección de Obras Municipales, la Dirección de Aseo y Ornato y la Dirección de Desarrollo Comunitario.

La Dirección de Transporte y Tránsito Públicos (artículos 3º, letra a), y 22)

A esta unidad municipal le corresponde:

- a) Otorgar y renovar las licencias para conducir vehículos.
- b) Determinar el sentido de circulación de los vehículos.
- c) Señalizar adecuadamente las vías públicas, y
- d) Aplicar las normas generales sobre tránsito y transporte públicos en la comuna.

La Dirección de Obras Municipales (artículos 3º, letras b) y c), y 20)

Es probable que en el pasado esta unidad municipal se haya ocupado de las obras municipales y de allí haya tomado su nombre. En la actualidad, sin embargo, es más bien una Dirección Municipal de Urbanismo y Construcciones, pues tiene a su cargo el plan regulador comunal y la aplicación de las normas de la Ley de Urbanismo y Construcciones en la comuna.

Ello significa que compete a la Dirección de Obras Municipales autorizar toda nueva construcción, sea de edificios o infraestructura, fiscalizar su realización y recepcionarla definitivamente, permitiendo su uso, pues nadie puede usar una construcción que no haya sido recepcionada previamente por la Dirección de Obras Municipales.

Se entiende por edificación toda construcción adherida al suelo por cimientos: si un cobertizo para estacionamiento privado de un automóvil, ha concluido la jurisprudencia administrativa, sólo tiene cimientos superficiales, “no corresponde exigirle permiso de construcción”, no es una edificación en términos legales (dictamen 17.059, de 1985).

Obra de infraestructura, a su vez, es la construcción que tiende a satisfacer o mejorar las condiciones de equipamiento comunitario, a través de caminos, puentes, pavimento e instalaciones de agua potable, electricidad, gas, alcantarillado (dictamen N° 3.181, de 1991).

Conforme a lo establecido por el artículo 12 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, las resoluciones adoptadas por el Director de Obras Municipales en materia de construcciones y urbanismo son reclamables ante el Secretario Regional de la Vivienda y Urbanismo en el plazo de treinta días contado desde la notificación del acto que la motiva, quien resuelve el asunto en segunda instancia.

La decisión del SEREMI agota la vía administrativa, pues sólo deja a salvo el recurso de reposición o reconsideración que el afectado con esa resolución puede interponer ante el mismo SEREMI (dictamen N° 19.131, de 1991). La resolución del SEREMI tiene un “carácter definitivo e inapelable” (dictamen N° 6.171, de 1990).

Debe destacarse a propósito de este procedimiento de reclamación, que la Corte Suprema de Justicia, por fallo de 9 de octubre de 1990, le atribuyó un carácter jurisdiccional y a la decisión del SEREMI la naturaleza de un fallo, al concluir que el Ministro de la Vivienda y Urbanismo había actuado ilegal y arbitrariamente al avocarse el conocimiento de una reclamación de obras “en lugar de limitarse a dar cumplimiento a lo resuelto por *sentencia firme* por la Secretaría Ministerial Metropolitana, actuando como tribunal competente”, porque ella era del resorte del respectivo Secretario Regional Ministerial en virtud de lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Además de las funciones de la Dirección de Obras Municipales que se dejan consignadas anteriormente, el artículo 20 de la ley municipal le ordena aplicar las normas legales y técnicas para prevenir el deterioro ambiental y proponer y ejecutar medidas relacionadas con la vialidad urbana y rural, la construcción de viviendas sociales e infraestructuras sanitarias y la prevención de riesgos y prestación de auxilio en casos de emergencia.

La Dirección de Desarrollo Comunitario (artículos 3º, letra e), y 19)

La jurisprudencia ha establecido que la Dirección de Desarrollo Comunitario es la unidad municipal “receptora de los requerimientos e inquietudes de las organizaciones comunitarias”.

Le corresponde, ha agregado, “cumplir las tareas relacionadas con la difusión del arte y la cultura; capacitación; salubridad e higiene ambiental; deportes y recreación; asistencia social y fomento y ayuda a las organizaciones de participación social; alcoholismo y cesantía” (dictamen N° 43.085, de 1976).

En efecto, el artículo 19, letra c), de la Ley N° 18.695, en concordancia con lo prescrito en su artículo 4º, que contiene las funciones compartidas o asumidas que puede ejercer la municipalidad, le confía a la Dirección de Desarrollo Comunitario la facultad de materializar acciones relacionadas con:

- Asistencia social;
- Salud pública;
- Protección al medio ambiente;
- Educación y cultura;
- Capacitación;
- Deporte y recreación;
- Promoción del empleo, y
- Turismo.

También tiene a su cargo, ha expresado la jurisprudencia, “todo aquello que diga relación con las organizaciones comunitarias, ya sean de carácter territorial o funcional. En este sentido, ha de mantener vinculación permanente, entre otras, con las juntas de vecinos, centros de madres, centros culturales y artísticos, organizaciones juveniles, deportivas, etc., y en general con todas aquellas a que se refiere la Ley de Organizaciones Comunitarias” (dictamen N° 18.262, de 1989).

Sin perjuicio de lo manifestado, la Dirección de Desarrollo Comunitario tiene asignada en el artículo 19 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades la función de prestar asesoría interna y externa en materias de su competencia al alcalde y al concejo y a las organizaciones comunitarias de la comuna.

Las unidades de administración interna de la municipalidad

Las unidades de administración interna del municipio son la Dirección de Administración y Finanzas, la Dirección de Asesoría Jurídica y la Dirección de Control.

La Dirección de Administración y Finanzas (artículo 23)

“La Dirección de Administración y Finanzas –dijo el dictamen N° 43.085, de 1976– es una de las unidades municipales más importantes establecidas en la ley, por cuanto su ámbito de acción se extiende a todo cuanto tenga por objeto el desarrollo financiero y económico del municipio.”

En conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Ley N° 18.695, la Dirección de Administración y Finanzas está llamada a asesorar al alcalde en la administración del personal de la municipalidad, así como en la administración financiera de los bienes municipales. Atendida la naturaleza asesora de sus funciones ante el alcalde, quien tiene la administración del personal y de los bienes de la corporación por mandato del

artículo 56, letras c), d), e) y f), de la ley municipal, la jurisprudencia ha estimado improcedente asignar al Director de Administración y Finanzas la administración financiera del municipio, fundando su parecer, precisamente, en que las dos atribuciones generales que el artículo 23 de la Ley N° 18.695 confía a este funcionario directivo de la municipalidad, se centran en el verbo asesorar, y no dirigir o administrar (dictamen N° 5.728, de 1992).

A esta dirección municipal corresponde llevar la contabilidad del municipio, ocuparse de la recaudación de todos los ingresos municipales, así como de los pagos, visando los respectivos decretos, y desarrollar las demás funciones que le encomienda la ley.

La Dirección de Asesoría Jurídica (artículo 24)

Como su nombre lo indica, a esta unidad compete llevar adelante las acciones y asumir las defensas municipales, así como informar en derecho los asuntos que le planteen las otras Direcciones.

La ley le impone, además, la obligación de mantener permanentemente informadas a las unidades municipales respecto de las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, y formar y mantener al día los títulos de los bienes raíces municipales.

La Dirección de Control

La Dirección de Control es la unidad de control interno municipal.

En este carácter tiene a su cargo el control organizacional y funcional de la corporación, en sus diversos aspectos, aunque respetando las atribuciones de evaluación radicadas por la misma ley en la SECPLAC, respecto de planes, programas, proyectos y presupuesto municipal, y en la Dirección de Administración y Finanzas, en lo relativo al control de “gestión financiera de las empresas municipales”.

“La función de control implica cautelar y fiscalizar la correcta administración de los recursos municipales, verificando fundamentalmente el cumplimiento de los fines, el acatamiento de las disposiciones legales y reglamentarias y la obtención de las metas programadas. Por tal razón, sólo a la Dirección de Control corresponde la función de representar al alcalde los

actos que considere ilegales. Ello significa que el tesorero municipal no puede asumir funciones de control ni de representación de actos alcaldicios. Esta función no puede faltar en ningún municipio, por lo cual, en aquellas municipalidades que no se hallan obligadas a contemplar esta Dirección en su organización interna, deben necesariamente asignar sus funciones a otra unidad municipal”, señaló el dictamen N° 13.908, de 1991.

El artículo 25 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades radica en esta Dirección las siguientes atribuciones específicas:

- a) Realizar la auditoría operativa interna de la municipalidad, con el objeto de fiscalizar la legalidad de su actuación.
- b) Controlar la ejecución financiera y presupuestaria municipal, y
- c) Representar al alcalde los actos municipales, cuando los estime ilegales, para cuyo objeto tendrá acceso a toda la documentación pertinente.

83. LAS NORMAS QUE RIGEN AL PERSONAL MUNICIPAL. La dotación de las corporaciones municipales se rige por las normas básicas de personal que contiene la Ley N° 18.695, en sus artículos 34 a 42, y por el Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales, aprobado por la Ley N° 18.883, de 1989.

El informe técnico explicativo del proyecto de este Estatuto dejó constancia que su dictación derivaba de la naturaleza misma de las municipalidades, que eran “organismos autónomos cuyas atribuciones están entregadas a la regulación de una norma de ese rango por la Constitución Política de la República”, razón por la cual la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado no hizo aplicable al personal edilicio las norma del Estatuto Administrativo general contenido en la Ley N° 18.834, también de 1989.

“En tal virtud –agregó dicho informe– la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, ha previsto las normas básicas adicionales que configuran el régimen legal del personal de estos organismos, disponiendo, además, que ‘el Estatuto Administrativo de los funcionarios municipales regulará la carrera funcionaria y considerará especialmente el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones, en conformidad con las bases que se establecen en los artículos siguientes’.

“De aquí surge la necesidad de dictar el Estatuto Administrativo de los funcionarios municipales, el cual, manteniendo el criterio del legislador orgánico constitucional, conforma para estos funcionarios un sistema similar al de los funcionarios de la Administración Pública.”

En efecto, *mutatis mutandis*, la preceptiva estatutaria de la Ley N° 18.883, de 29 de diciembre de 1989, es similar a la contenida en la Ley N° 18.834, de 23 de septiembre del mismo año.

En todo caso, ha de tenerse presente que estas normas se encuentran complementadas, en cada municipio, por los decretos con fuerza de ley que han fijado las plantas de personal para las diversas municipalidades del país, y en los que se fijaron requisitos especiales de ingreso a los empleados consisto-riales.

84. EL FONDO COMÚN MUNICIPAL. La reforma constitucional de 1991, según se ha visto precedentemente, dispuso en el artículo 104, inciso 1°, de la Constitución Política de la República, que para los efectos del gobierno y la administración interior del Estado habría de observarse como principio básico la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo, llamando al legislador a velar por la aplicación de este principio, y considerar criterios de solidaridad entre las regiones al momento de distribuir los recursos públicos.

Un precepto análogo incorporó en el artículo 111, tercera parte, al establecer el Fondo Común Municipal.

Artículo 111. Las municipalidades gozarán de autonomía para la administración de sus finanzas. La Ley de Presupuestos de la Nación podrá asignarles recursos para atender sus gastos, sin perjuicio de los ingresos que directamente se les confieran por la ley o se les otorguen por los gobiernos regionales respectivos. Una ley orgánica constitucional contemplará un mecanismo de redistribución solidaria de los ingresos propios entre las municipalidades del país con la denominación de fondo común municipal. Las normas de distribución de este fondo serán materia de ley.

Los recursos que integran el Fondo Común Municipal están determinados por el artículo 12 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, precepto según el cual este Fondo está integrado de la siguiente manera:

1. Por un sesenta por ciento del impuesto territorial que resulte de aplicar la tasa a que se refiere el inciso primero del artículo 15 de la Ley sobre Impuesto Territorial.

2. Por un cincuenta por ciento del derecho por el permiso de circulación de vehículos que establece la Ley de Rentas Municipales.

3. Por un 55% de lo que recaude la Municipalidad de Santiago y un 65% de lo que recauden las Municipalidades de Providencia, Las Condes y Vitacura, por el pago de las patentes a que se refieren los artículos 23 y 32 de la Ley de Rentas Municipales y 140 de la Ley de Alcoholes, Bebidas Alcohólicas y Vinagres.

4. Por un cincuenta por ciento del uno por ciento sobre el precio de venta en la transferencia de vehículos con permisos de circulación, y

5. Por el aporte fiscal que conceda para este efecto la Ley de Presupuestos de la Nación.

Según el artículo 3º del Reglamento del Fondo, aprobado por Decreto N° 1.824, de 1995, del Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, “la recaudación de los recursos que integran el Fondo Común Municipal será efectuada por la Tesorería General de la República informando periódicamente a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo sobre los montos recaudados”.

“Los pagos por aportes que deban efectuar las municipalidades al Fondo Común Municipal, deberán ser enterados en la Tesorería General de la República, a más tardar el quinto día hábil del mes siguiente a la recaudación respectiva”, bajo apercibimiento de enterarlos reajustados conforme a la variación del índice de precios al consumidor más un interés de uno y medio por ciento mensual que se calcula sobre los valores reajustados.

Respecto del aporte especial que deben hacer al Fondo las Municipalidades de Santiago, Providencia, Las Condes y Vitacura, el artículo 10 obliga a estos municipios a identificarlos separadamente en sus presupuestos de gastos.

La distribución del Fondo Común Municipal se hace distinguiendo un noventa por ciento, por una parte, y el restante 10% por la otra, en los términos regulados por el artículo 38 de la Ley de Rentas Municipales.

El noventa por ciento del Fondo Común Municipal se distribuye sobre la base de la siguiente fórmula:

1. Un diez por ciento por partes iguales entre las comunas.
2. Un diez por ciento, en relación a la pobreza relativa de las comunas medida por el o los indicadores que establezca el reglamento.

3. Un quince por ciento en proporción directa a la población de cada comuna, considerando para su cálculo la población flotante en aquellas comunas señaladas en el decreto supremo que cada tres años determinará los factores de distribución del Fondo.

4. Un treinta por ciento en proporción directa al número de predios exentos del impuesto territorial, y

5. Un treinta y cinco por ciento en proporción directa al promedio de los tres últimos años precedentes al último año del trienio anterior, del menor ingreso municipal propio permanente por habitante de cada comuna, en relación con el promedio nacional de dicho ingreso por habitante.

Un decreto supremo de duración trianual determina los factores que han de fijar los coeficientes de distribución del Fondo entre las municipalidades, y las ponderaciones para determinar el número de habitantes que corresponda asignar a las comunas balnearios o a otras que reciban un flujo significativo de población flotante en ciertos períodos del año.

El diez por ciento restante se distribuye:

1. En un cincuenta por ciento, para promover la eficiencia en la gestión municipal, y

2. El otro cincuenta por ciento para apoyar proyectos de prevención de emergencias o gastos derivados de ellas.

En ningún caso el aporte que reciban las corporaciones edilicias por este concepto puede ser superior a la suma de su gasto en personal y en bienes y servicios de consumo.

El Reglamento del Fondo Común Municipal, el decreto N° 1.824, de 1995, prescribe en su artículo 8° que corresponde a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior y a la Tesorería General de la República precisar las fechas y monto por distribuir el Fondo, en el mes de diciembre de cada año, consignándolos en un calendario que debe comunicarse a todas las municipalidades en el mismo mes, y que los recursos serán entregados a las corporaciones consistoriales por la respectiva Tesorería Regional o Provincial en dos remesas mensuales: la primera dentro de los primeros quince días de cada mes y debe corresponder a un anticipo de a lo menos el ochenta por ciento de los recursos recaudados en el mes anterior del año precedente, y la segunda dentro de los últimos quince días de cada mes por una

cantidad equivalente a la recaudación efectiva del mes anterior, descontando el monto distribuido como anticipo.

En caso de atraso en la entrega de los recursos, las cantidades que correspondan deben serlo reajustadas de conformidad a la variación que haya experimentado el índice de precios al consumidor entre la fecha límite de entrega y la de pago efectivo, sin perjuicio de las demás responsabilidades que sean procedentes.

85. LAS ASOCIACIONES DE MUNICIPALIDADES Y LAS CORPORACIONES O FUNDACIONES MUNICIPALES. El artículo 107, inciso 4º, de la Constitución Política de la República, en la nueva perspectiva que le incorporó la Ley N° 19.097, de 1991, introdujo unas interesantes posibilidades de acción asociativa consistorial, al permitir que los municipios pudieran formar asociaciones municipales, corporaciones y fundaciones edilicias.

Artículo 107, inciso 4º. Las municipalidades podrán asociarse entre ellas para el cumplimiento de sus fines propios. Asimismo, podrán constituir corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro destinadas a la promoción y difusión del arte y la cultura. La participación en ellas se regirá por la ley orgánica constitucional respectiva.

El penúltimo título de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, que lleva el número séptimo romano, viabilizando el mandato constitucional, se ocupa de las corporaciones, fundaciones y asociaciones municipales, en los artículos 124 a 135.

En síntesis dispone esta ley, en sus artículos 124 a 130, que las corporaciones o fundaciones municipales pueden ser de creación o de participación, según si son establecidas originalmente por el municipio o si éste se incorpora a alguna que se encontrare en funcionamiento. Agrega que estarán sometidas a las normas del título XXXIII del Libro I del Código Civil; que su objeto puede ser el arte o la cultura; que los cargos de directores “no darán lugar a ningún emolumento por su desempeño”; que no podrán caucionar compromisos contraídos por las municipalidades y que estarán sujetas a la rendición semestral de cuentas a la respectiva corporación edilicia, “sin perjuicio de la fiscalización que pueda ejercer el concejo respecto del uso de los aportes o subvenciones municipales”.

La asociación municipal, a su vez, se encuentra concebida por la Ley N^o 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, como una actividad convenida entre dos o más municipios, pertenezcan o no a una misma provincia o región, para facilitar la solución de problemas que les sean comunes o lograr el mejor aprovechamiento de los recursos disponibles (artículos 131 y 132, letra d).

Los convenios de asociación municipal deben ceñirse a lo dispuesto en el inciso 2^o del artículo 131, que señala por vía ejemplar seis grandes objetos de trabajo conjunto que pueden desarrollar los municipios; contener, a lo menos, las cuatro menciones que indica el inciso 2^o del artículo 132, y ser aprobados por el respectivo concejo, puesto que demandarán aportes financieros, aportes que naturalmente deberán consignarse en los presupuestos de las corporaciones consistoriales que los hayan suscrito (artículo 133).

Es interesante destacar que estas asociaciones municipales carecen de personalidad jurídica, de modo que actúan a través de la corporación edilicia que con tal objeto designe el convenio como entidad administradora y que pueden constituirse, en general, para prestar servicios a las corporaciones consistoriales que las forman o para financiar o construir, en su caso, obras públicas, o sea bienes inmuebles municipales-comunales.

Así lo manifiesta el artículo 132, letra d), de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades al obligar a los municipios pactantes a consultar entre las cláusulas que deben contener los convenios de asociación municipal, la relativa al “municipio que tendrá a su cargo la administración y dirección de los servicios que se presten u obras que se ejecuten”, a través de la asociación así creada.

Hay que entender, naturalmente, dados los términos y fines que consagra el legislador para estas organizaciones, que en las condiciones prescritas por la Ley N^o 18.695 y dentro de su campo de acción las asociaciones municipales tienen plena capacidad operativa y jurídica, porque su falta de personalidad jurídica es suplida por la municipalidad administradora actuando por ella, aunque en forma independiente de ella, lo que obliga al municipio administrador a manejar en forma separada el sistema financiero asociativo, en sus procesos de contabilidad, presupuesto y administración de fondos.

REFORMA CONSTITUCIONAL QUE CREA
EL MINISTERIO PUBLICO
LEY N° 19.519

Publicada en el Diario Oficial de 16 de septiembre de 1997

Teniendo presente que el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente

Proyecto de reforma constitucional:

“Artículo único. Introdúcense en la Constitución Política de la República, las siguientes modificaciones:

1. Reemplázase, en el inciso quinto del número 3º del artículo 19, la frase “un racional y justo procedimiento”, por la siguiente: “un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

2. Sustitúyese el número 14º del artículo 32 por el siguiente:

“14º Nombrar a los magistrados de los tribunales superiores de justicia y a los jueces letrados, a proposición de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, respectivamente, al miembro del Tribunal Constitucional que le corresponde designar, y al Fiscal Nacional, a proposición de la Corte Suprema y con acuerdo del Senado, todo ello conforme a lo prescrito en esta Constitución;”.

3. Introdúcense al artículo 49 las siguientes modificaciones:

a) en el número 8), suprímese la conjunción “y” que figura al final, y reemplázase la coma (,) que la precede por un punto y coma (;), y

b) agrégase el siguiente número 9), nuevo:

“9) Aprobar, en sesión especialmente convocada al efecto y con el voto conforme de los dos tercios de los senadores en ejercicio, la designación del Fiscal Nacional, y”.

4. Introdúcense al artículo 54 las siguientes enmiendas:

a) en el número 4), suprímese la frase: “y los funcionarios que ejerzan el ministerio público” y sustitúyese la coma (,) que antecede a las palabras “los jueces de letras” por la conjunción “y”;

b) en el número 7), reemplázase la conjunción “y”, así como la coma (,) que la precede, por un punto y coma (;);

c) en el número 8), sustitúyese el punto final (.) por una coma (,) y agrégase a continuación la conjunción “y”;

d) Agrégase el siguiente número 9):

“9) El Fiscal Nacional, los fiscales regionales y los fiscales adjuntos del Ministerio Público.”.

e) Incorpórase en el inciso final, luego de la expresión “al momento de inscribir su candidatura”, la siguiente frase: “y de las indicadas en el número 9), respecto de las cuales el plazo de la inhabilidad será de los dos años inmediatamente anteriores a la elección”.

5. Reemplázase en el inciso tercero del artículo 73 la frase “Para hacer ejecutar sus resoluciones y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que decreten”, por la que se indica a continuación: “Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley”.

6. Reemplázase, en los incisos segundo y tercero del artículo 75 y en el artículo 78, la palabra “fiscales” por la expresión “fiscales judiciales”.

7. Agrégase, a continuación del Capítulo VI, el siguiente Capítulo VI-A:

“Capítulo VI-A

MINISTERIO PUBLICO

Artículo 80 A. Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víc-

timas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.

El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.

El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso.

El ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen.

Artículo 80 B. Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones del Ministerio Público, señalará las calidades y requisitos que deberán tener y cumplir los fiscales para su nombramiento y las causales de remoción de los fiscales adjuntos, en lo no contemplado en la Constitución. Las personas que sean designadas fiscales no podrán tener impedimento alguno que las inhabilite para desempeñar el cargo de juez. Los fiscales regionales y adjuntos cesarán en su cargo al cumplir 75 años de edad.

La ley orgánica constitucional establecerá el grado de independencia y autonomía y la responsabilidad que tendrán los fiscales en la dirección de la investigación y en el ejercicio de la acción penal pública, en los casos que tengan a su cargo.

Artículo 80 C. El Fiscal Nacional será designado por el Presidente de la República, a propuesta en quina de la Corte Suprema y con acuerdo del Senado adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente

convocada al efecto. Si el Senado no aprobare la proposición del Presidente de la República, la Corte Suprema deberá completar la quina proponiendo un nuevo nombre en sustitución del rechazado, repitiéndose el procedimiento hasta que se apruebe un nombramiento.

El Fiscal Nacional deberá tener a lo menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio; durará diez años en el ejercicio de sus funciones y no podrá ser designado para el período siguiente.

Artículo 80 D. Existirá un Fiscal Regional en cada una de las regiones en que se divida administrativamente el país, a menos que la población o la extensión geográfica de la región hagan necesario nombrar más de uno.

Los fiscales regionales serán nombrados por el Fiscal Nacional, a propuesta en terna de la Corte de Apelaciones de la respectiva región. En caso que en la región exista más de una Corte de Apelaciones, la terna será formada por un pleno conjunto de todas ellas, especialmente convocado al efecto por el Presidente de la Corte de más antigua creación.

Los fiscales regionales deberán tener a lo menos cinco años de título de abogado, haber cumplido 30 años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio; durarán diez años en el ejercicio de sus funciones y no podrán ser designados como fiscales regionales por el período siguiente, lo que no obsta a que puedan ser nombrados en otro cargo del Ministerio Público.

Artículo 80 E. La Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones, en su caso, llamarán a concurso público de antecedentes para la integración de las quinas y ternas, las que serán acordadas por la mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio, en pleno especialmente convocado al efecto. No podrán integrar las quinas y ternas los miembros activos o pensionados del Poder Judicial.

Las quinas y ternas se formarán en una misma y única votación en la cual cada integrante del pleno tendrá derecho a votar por tres o dos personas, respectivamente. Resultarán elegidos quienes obtengan las cinco o las tres primeras mayorías, según corresponda. De producirse un empate, éste se resolverá mediante sorteo.

Artículo 80 F. Existirán fiscales adjuntos que serán designados por el Fiscal Nacional, a propuesta en terna del fiscal regional respectivo, la que deberá formarse previo concurso público, en conformidad a la ley orgánica constitucional. Deberán tener el título de abogado y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio.

Artículo 80 G. El Fiscal Nacional y los fiscales regionales sólo podrán ser removidos por la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados, o de diez de sus miembros, por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. La Corte conocerá del asunto en pleno especialmente convocado al efecto y para acordar la remoción deberá reunir el voto conforme de cuatro séptimos de sus miembros en ejercicio.

La remoción de los fiscales regionales también podrá ser solicitada por el Fiscal Nacional.

Artículo 80 H. Se aplicará al Fiscal Nacional, a los fiscales regionales y a los fiscales adjuntos lo establecido en el artículo 78.

Artículo 80 I. El Fiscal Nacional tendrá la superintendencia directiva, correccional y económica del Ministerio Público, en conformidad a la ley orgánica constitucional respectiva.”.

8. Agréganse las siguientes disposiciones transitorias:

“Trigesimasexta. Las normas del capítulo VI-A “Ministerio Público”, regirán al momento de entrar en vigencia la ley orgánica constitucional del Ministerio Público. Esta ley podrá establecer fechas diferentes para la entrada en vigor de sus disposiciones, como también determinar su aplicación gradual en las diversas materias y regiones del país.

El capítulo VI-A “Ministerio Público”, la ley orgánica constitucional del Ministerio Público y las leyes que, complementando dichas normas, modifiquen el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones.

Trigesimaséptima. No obstante lo dispuesto en el artículo 80 E, en la quina y en cada una de las ternas que se formen

para proveer por primera vez los cargos de Fiscal Nacional y de Fiscales Regionales, la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones podrán incluir, respectivamente, a un miembro activo del Poder Judicial.”.”.

Y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto promúlguese y llévese a efecto como Ley de la República.

Santiago, 6 de septiembre de 1997.- EDUARDO FREI RUIZ-TAGLE, Presidente de la República.- *María Soledad Alvear Valenzuela*, Ministra de Justicia.

Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento.- Saluda atentamente a Ud. José Antonio Gómez Urrutia, Subsecretario de Justicia.

REFORMA CONSTITUCIONAL SOBRE
ADMINISTRACION COMUNAL
LEY N° 19.526

Publicada en el Diario Oficial de 17 de noviembre de 1997

Teniendo presente que el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente

Proyecto de Reforma Constitucional:

“Artículo único. Introdúcense las siguientes modificaciones a la Constitución Política:

1. Sustitúyese el número 2º, del inciso cuarto, del artículo 62, por el siguiente:

“2. Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones.”;

2. Sustitúyese el artículo 107, por el siguiente:

“Artículo 107. La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad, la que estará constituida por el alcalde, que es su máxima autoridad, y por el concejo.

La ley orgánica constitucional respectiva establecerá las modalidades y formas que deberá asumir la participación de la comunidad local en las actividades municipales.

Los alcaldes, en los casos y formas que determine la ley orgánica constitucional respectiva, podrán designar delegados para el ejercicio de sus facultades en una o más localidades.

Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.

Una ley orgánica constitucional determinará las funciones y atribuciones de las municipalidades. Dicha ley señalará, además, las materias de competencia municipal que el alcalde, con acuerdo del concejo o a requerimiento de los 2/3 de los concejales en ejercicio, o de la proporción de ciudadanos que establezca la ley, someterá a consulta no vinculante o a plebiscito, así como las oportunidades, forma de la convocatoria y efectos.

Las municipalidades podrán asociarse entre ellas para el cumplimiento de sus fines propios. Asimismo, podrán constituir o integrar corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro cuyo objeto sea la promoción y difusión del arte, la cultura y el deporte. La participación municipal en ellas se regirá por la ley orgánica constitucional respectiva.

Las municipalidades podrán establecer en el ámbito de las comunas o agrupación de comunas, de conformidad con la ley orgánica constitucional respectiva, territorios denominados unidades vecinales, con el objeto de propender a un desarrollo equilibrado y a una adecuada canalización de la participación ciudadana.

Los servicios públicos deberán coordinarse con el municipio cuando desarrollen su labor en el territorio comunal respectivo, en conformidad con la ley.

La ley determinará la forma y el modo en que los ministerios, servicios públicos y gobiernos regionales podrán transferir competencias a las municipalidades, como asimismo el carácter provisorio o definitivo de la transferencia.”;

3. Reemplázase el artículo 109, por el siguiente:

“Artículo 109. La ley orgánica constitucional respectiva regulará la administración transitoria de las comunas que se creen, el procedimiento de instalación de las nuevas municipalidades, de traspaso del personal municipal y de los servicios y los resguardos necesarios para cautelar el uso y disposición de los bienes que se encuentren situados en los territorios de las nuevas comunas.

Asimismo, la ley orgánica constitucional de municipalidades establecerá los procedimientos que deberán observarse en caso de supresión o fusión de una o más comunas.”.

4. Incorpórase el siguiente artículo 110, nuevo:

“Artículo 110. Las municipalidades, para el cumplimiento de sus funciones, podrán crear o suprimir empleos y fijar re-

muneraciones, como también establecer los órganos o unidades que la ley orgánica constitucional respectiva permita.

Estas facultades se ejercerán dentro de los límites y requisitos que, a iniciativa exclusiva del Presidente de la República, determine la ley orgánica constitucional de municipalidades.”, y

5. Agrégase la siguiente disposición transitoria:

“Trigesimooctava. Las atribuciones otorgadas a las municipalidades en el artículo 110, relativas a la modificación de la estructura orgánica, de personal y de remuneraciones, serán aplicables cuando se regulen en la ley respectiva las modalidades, requisitos y limitaciones para el ejercicio de estas nuevas competencias.”.

Y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto promúlguese y llévese a efecto como Ley de la República y téngase por incorporadas sus disposiciones a la Constitución Política de la República, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del Artículo 119 de este cuerpo constitucional.

Santiago, 7 de noviembre de 1997.- EDUARDO FREI RUIZ-TAGLE, Presidente de la República.- *Carlos Figueroa Serrano*, Ministro del Interior.

Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento.- Saluda a Ud. Marcelo Schilling Rodríguez, Subsecretario Desarrollo Regional y Administrativo.

BIBLIOGRAFIA

OBRAS

- Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República.
- AMUNATEGUI RIVERA, José Domingo, *Tratado Jeneral de Derecho Administrativo*, Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, Santiago de Chile, 1907.
- ANABALON SANDERSON, Carlos, *Tratado Práctico del Derecho Procesal Civil Chileno*, 2ª edición, tomo I, volumen III, Santiago de Chile, 1970.
- AYLWIN AZOCAR, Patricio, *Derecho Administrativo*, tomos I y II, Editorial Universitaria S.A., 1959.
- AYLWIN AZOCAR, Arturo, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Contraloría General de la República, 1980.
- AYLWIN AZOCAR, Patricio; AZOCAR BRUNNER, Eduardo, *Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Andrés Bello, 1996.
- BALMACEDA LAZCANO, Carlos, *El estatuto de las personas jurídicas*, Editorial Nascimento, 1943.
- CALDERA DELGADO, Hugo, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- CARRE DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, volumen II: De las Personas, tomo V, Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- DE LAUBADERE, André, *Traité Elementaire de Droit Administratif*, volumen I, 4ª édition, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1967.
- *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Themis, Bogotá, Colombia, 1984.
- DONOSO, Ricardo, *Alessandri, agitador y demoleedor*, tomo I, Fondo de Cultura Económica, México, 1952.

- DUEZ, Paul et DEBEYRE, Guy, *Traité de Droit Administratif*, Librairie Dalloz, Paris, 1952.
- DUGUIT, León, *Las transformaciones del Derecho Público*, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1915.
- *Las transformaciones del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, Edeval, Valparaíso, Chile, 1987.
- *El pragmatismo jurídico*, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1924.
- DURAN BERNALES, Florencio, *El Partido Radical*, Editorial Nascimento, 1958.
- EDWARDS VIVES, Alberto, *Organización política de Chile*, 3ª edición, Editorial del Pacífico S.A., Santiago, 1972.
- FELIU CRUZ, Guillermo, “Durante la República. Perfiles de la evolución política, social y constitucional”, en: *La Constitución de 1925 y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Editorial Jurídica de Chile, 1951.
- FIGUEROA VALDES, Juan Eduardo, *Las garantías constitucionales del contribuyente en la Constitución Política de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, 1985.
- FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.
- *Sociedad industrial y administración pública*, ENAP, Madrid, 1967.
- GALDAMES, Luis, *Evolución Constitucional de Chile*, tomo I, 1910.
- GARRIDO, Raúl, *Las empresas estatales*, Editorial Jurídica de Chile, 1966.
- GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, volume primo, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1970.
- HEISE GONZALEZ, Julio, *150 años de evolución institucional*, 4ª edición, Editorial Andrés Bello, 1979.
- HUNEEUS, Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, 2ª edición, Imprenta Cervantes, 1891.
- JARA CRISTI, Manuel, *Derecho Administrativo*, Imprenta Artes y Letras, 1943.
- LAFERRIERE, Edouard, *Traité de la Jurisdiction Administrative et des Recours Contentieux*, tome I, 2ème édition, Paris, 1896.
- LETELIER, Valentín, *Génesis del Estado y de sus instituciones fundamentales*, Cabaut y Cía. Editores, Buenos Aires, 1917.
- *De la ciencia política en Chile*, Imprenta Gutenberg, Santiago, 1886.
- *La lucha por la cultura*, Imprenta i Encuadernación Barcelona, Santiago, 1895.
- *Apuntaciones de Derecho Administrativo*, Imprenta y Encuadernación Chile, 1907.
- *Dictámenes*, Imprenta, Litografía y Encuadernación La Ilustración, 1924.
- LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DELVOLVE, P.; GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 9ème édition, Sirey, 1990.
- MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo I, Editorial Depalma, 1949.

- MENDEZ, Luz María, "El siglo XVIII", en: *Antecedentes históricos de la Contraloría General de la República 1541-1927*, 1977.
- MERINO, Ernesto, *Derecho Administrativo*, apuntes de clases, 1936.
- Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, Departamento de Inversiones, *Informe de Gestión 1995 del Fondo de Desarrollo Regional*, febrero 1996.
- PANTOJA BAUZA, Rolando, *Manual de Derecho Administrativo*, Colección de Manuales Jurídicos, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, 1969.
- *Curso de Derecho Administrativo, Administración del Estado, Organización*, Ediciones Jurídicas Jec, 1973.
- *El Derecho Administrativo, clasicismo y modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1994.
- *El Derecho Administrativo, concepto, características, sistematización, prospección*, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- PRADO, Santiago, *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno*, publicado anónimo, Imprenta Nacional, Santiago, 1859.
- Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, Editorial Jurídica de Chile:
- Código Civil*, tomo I, 1968.
- Constitución Política de la República*, 1993.
- Leyes Administrativas sobre Municipalidades*, 1994.
- SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomos I, II, y III, Editorial Jurídica de Chile, 1963.
- SILVA CIMMA, Enrique, *Apuntes de Derecho Administrativo*, tomo I, Editorial Universitaria S.A., 1959.
- *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, tomo I, edición 1969; tomo II, ediciones de 1969 y 1995, Editorial Jurídica de Chile.
- *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El control público*, Editorial Jurídica de Chile, 1994.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *El antiguo régimen y la revolución*, Ediciones Guadarrama S.S., Madrid, 1969.
- URZUA VALENZUELA, Germán; GARCIA BARZELATTO, Ana María, *Diagnóstico de la burocracia chilena*, Editorial Jurídica de Chile, 1971.
- VARAS CONTRERAS, Guillermo, *Derecho Administrativo*, Editorial Nascimento, 1948.
- VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, 6ème édition, 1976.
- VELA SOTO, Hernán, *De las empresas autónomas del Estado, en general, y de la Empresa Portuaria de Chile, en particular*, Universidad Católica de Valparaíso, 1970.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 1994.

WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986.

ARTÍCULOS

CARMONA SANTANDER, Carlos, “Una aproximación general sobre las Superintendencias desde la perspectiva del derecho”, marzo de 1994.

HERNANDEZ OLMEDO, Luis, “Convenios administrativos de transferencia de competencias a los gobiernos regionales”, *Gobierno Regional y Municipal*, N° 36, 1996.

PRECHT PIZARRO, Jorge, “El Estado empresario: análisis de la legislación complementaria constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 14, 1987.

SOTO KLOSS, Eduardo, “La responsabilidad pública (un retorno a la idea clásica de restitución)”, *Revista de Derecho Público*, N° 27, 1980.

——— “La fórmula ‘y en su contra no procederá recurso alguno’ y el Estado de Derecho”, *Gaceta Jurídica*, N° 27, de 1979.

——— “La organización de la Administración del Estado: un complejo de personas jurídicas”, *Gaceta Jurídica*, N° 73, 1986.