

Rolando Pantoja Bauzá\*

# El Derecho Administrativo y la Administración del Estado de Chile en los doscientos años de vida republicana

## The Administrative Law and the State Administration of Chile in the two hundred years of republican

### Resumen

Este trabajo desarrolla la evolución de la Administración del Estado de Chile y el Derecho Administrativo del país, en cuanto expresiones de la cultura europea continental, partiendo de sus orígenes hispánicos, para ofrecer un panorama sintético de los movimientos pingüino de 2006 y canguro del 2011<sup>1</sup>, y sus implicancias, las que han comprometido de tal manera a la sociedad civil, que hoy están impactando con fuerza la estructura democrática representativa dura característica del período pos Gobierno Militar.

### Palabras clave

Derecho Administrativo. Historia. República.

### Abstract

This paper develops the evolution of Chile's State Administration and Administrative Law of the country, in terms of continental European culture, based on their Hispanic origins, to provide a synthetic overview of the movements penguin 2006 sitter 2011, and its implications, which have committed such a civil society, which today

\* *Profesor Titular de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidad de Chile.*

<sup>1</sup> Con la palabra pingüino se identifica en Chile a los estudiantes de enseñanza media, por su uniforme; con la palabra canguro, a los estudiantes universitarios, porque habiendo superado la adolescencia, siguen viviendo de sus padres.

are impacting strongly lasts representative democratic structure characteristic of the period after the military government.

## **Keywords**

Administrative Law. History. Republic.

### **1. La perspectiva cultural del derecho chileno.**

Chile acredita una trayectoria jurídico–institucional que hace honor a su entronque hispánico y europeo continental, presentando una administración pública y un Derecho Administrativo claramente caracterizados por las convicciones y las realizaciones de los momentos históricos que marcan el desarrollo del derecho occidental, tanto en su doctrina administrativista como en su jurisprudencia.

### **2. La administración chilena durante la época hispánica.**

Así, la administración chilena de principios de su vida organizada como Estado estuvo regida por las normas y principios vigentes en la España Imperial, atendida la circunstancia que la llegada a estas tierras australes de don Pedro de Valdivia, el conquistador del territorio, determinó la fundación de la ciudad de Santiago el 12 de febrero de 1541, la capital del país, a la que él denominó Santiago de la Nueva Extremadura “en honor al santo patrón de España y de la provincia en que él había nacido”, y el levantamiento del diseño de la ciudad, conforme a lo preceptuado en la Ley I, título VII, del libro IV de la Recopilación de las Leyes de Indias, que disponía la forma en que debía procederse a la realización de estas fundaciones.

A su vez, el 7 de marzo de ese mismo año, “Valdivia instituyó el primer cabildo, compuesto de dos alcaldes autorizados para administrar justicia, de seis regidores, de un mayordomo y de un procurador, encargados de dictar las ordenanzas de buen gobierno y de velar por los intereses de la ciudad”<sup>2</sup>.

Ajustándose a estos parámetros, la administración chilena de los tiempos hispánicos se ajustó al modelo que le imprimía la metrópoli, siendo polisindial bajo los Austrias y ejecutiva, radicada en órganos unipersonales, bajo los Borbones, sujeta a la organización y a la regulación que establecía el derecho del Imperio español.

<sup>2</sup> Barros Arana, Diego, *Historia General de Chile*, tomo I, reimpresión, Editorial Universitaria, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana de la Dirección de Bibliotecas Archivos y Museos, 2004, págs. 179 y 180.

### 3. El *novus ordo* institucional.

Con los acontecimientos ocurridos en España desde comienzos del siglo XIX, que culminaron con la Constitución de Cádiz de 1812, se haría evidente en la península la recepción del nuevo orden constitucional que habían proclamado como propio de las naciones civilizadas las revoluciones libertarias de 1776 y 1789, para organizar el Estado no absolutista, iniciando el período jurídico institucional moderno. “La experiencia de todos los siglos –manifestará el “Discurso Preliminar leído en las Cortes al presentar el proyecto de ella”– ha demostrado hasta la evidencia que no puede haber libertad ni seguridad, ni por lo mismo justicia ni prosperidad en un estado en donde el ejercicio de la autoridad esté reunido en una sola mano. Su separación es indispensable; mas los límites que se deben señalar particularmente entre la autoridad legislativa y ejecutiva para que formen un justo y estable equilibrio, son tan inciertos, que su establecimiento ha sido en todos los tiempos la manzana de la discordia entre los autores más graves de la ciencia del Gobierno, y sobre cuyo importante punto se han multiplicado al infinito los tratados y los sistemas”<sup>3</sup>.

Estas palabras, eco elocuente de aquel tiempo, reiteran la conocida advertencia de Montesquieu, en orden a que “nos ha enseñado una experiencia eterna, que todo hombre investido de autoridad abusa de ella” y que “No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación”.

Por eso, “Para que no se abuse del poder, es necesario que le ponga límites la naturaleza misma de las cosas”, lo que habrá de lograrse sobre la base de reconocer que la Constitución ha de tener como objeto garantizar “la libertad política”, esto es, “la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad”, y estructurarse distinguiendo en el Estado “tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil”, de modo que el poder detenga al poder<sup>4</sup>.

Así lo consagrará la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789:

“Artículo 16. Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, indeterminada la separación de los poderes, carece de constitución.”

### 4. La administración y el Derecho Administrativo en Chile durante el siglo XIX.

No era éste el lenguaje a que recurría en sus actividades el claustro de la Real Universidad de San Felipe, instituida bajo el lema del respeto a Dios y al Rey, en un piadoso clima de catolicidad y un hondo sentimiento de obediencia a la *potestas* de la autoridad

<sup>3</sup> Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812, reimpressa de la Imprenta Nacional de Madrid, año de 1820, Civitas Ediciones, SL, 1999, pág. 22.

<sup>4</sup> Montesquieu, Del Espíritu de las Leyes, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1971, págs. 186 y 187.

real. "Por sus estatutos y por el espíritu de su enseñanza, —ella era— un trasunto de los establecimientos análogos de España y de las otras colonias". "(T)odo se enseñaba en latín, se daba importancia capital al estudio de la teología, de los cánones y de la jurisprudencia, y se hacía poco caso de las otras facultades", aunque gracias a ella, en verdad, "por primera vez se vieron en Chile profesores que no fuesen clérigos o frailes", como que "entre los primeros catedráticos de la universidad —hubo— seis doctores laicos", entre los cuales habrían de destacarse posteriormente "ardientes partidarios de la revolución social y política que venía preparándose."

El *novus ordo* político no sensibilizaba a la mayoría de la población; desde luego, porque al no vivirlo, se le desconocía, y porque al no conocerlo, prácticamente no podía captar adherentes. Por lo demás, era escaso el número de personas que podía acceder a las obras que se ocupaban de él, tanto porque no era un atributo común de la sociedad de aquellos años saber leer y escribir, como por las restricciones impuestas a la impresión, circulación y tráfico de libros que limitaban el acceso a ellos. Con todo, algunos hombres más adelantados a su época habían logrado importar de Europa, "para su uso particular, colecciones más o menos considerables (...) de libros de filosofía, de economía política y de historia", entre los cuales se contaron la "Historia filosófica y política" de Guillermo Tomás Raynal (1770) y la "Historia de América", de Robertson (1777), e incluso don José Antonio de Rojas había logrado introducir, "en su numerosa biblioteca, las obras de Montesquieu y de otros filósofos de la escuela moderna y hasta un ejemplar de la Enciclopedia francesa del siglo XVIII"<sup>5</sup>, las que generosamente puso a disposición de quienes compartían su círculo de amistades.

De aquí, pues, que conocida en Chile la invasión de España por las tropas napoleónicas a comienzos de 1800, se elevaran voces que aceptaron el desafío de la época y postularon incorporar en el país las nuevas ideas del naciente constitucionalismo. Entre ellas, fue relevante la prédica política impulsada en ese sentido por Fray Camilo Henríquez desde el púlpito y desde las páginas de la reciente Aurora de Chile. Sería el Fraile de la Buena Muerte quien presentaría al Congreso Nacional en 1811, un Plan General de Estudios para Chile, incluyendo en él una asignatura de "Derecho Constitucional" que se ocupara de desarrollar "las obligaciones y prerrogativas del hombre en todos los estados y bajo todos los respectos", buscando inculcar en los alumnos "el conocimiento de sus extensos derechos, grandeza de alma, ideas liberales y el heroico sentimiento de su dignidad", así como el gusto por "la historia, que es la mejor escuela de la moral y de la ciencia del gobierno".<sup>6</sup>

Otros intelectuales tuvieron oportunidad de vivir la modernidad en la Europa misma, asimilando sus modos de pensar. El gran jurista y primer Decano de Derecho de la Universidad de Chile, don Mariano Egaña, escribía a este respecto a su padre desde París, en 1828, que "Muy defectuosa habría quedado mi educación política si yo no

<sup>5</sup> Barros Arana, Diego, op.cit., tomo VII, págs. 351 y 356 y sgts.

<sup>6</sup> Véase: Baeza Marambio, Mario, Esquema y notas para una historia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Seminario de Derecho Público, Escuela de Derecho de Santiago, 1944, págs. 47 y 48.

hubiese venido a Francia, porque es preciso observar estas dos grandes naciones vecinas –Inglaterra y Francia– y compararlas. De esta comparación resulta que se penetra uno prácticamente de grandes verdades políticas, cuyo conocimiento es indispensable para servir a la Patria con provecho. Cuando conoce uno por medio de esta comparación, alcanza la certeza de aquel importantísimo principio que nada valen las instituciones si no están apoyadas sobre el carácter nacional, o lo que es lo mismo, que las leyes nada son sin las costumbres”<sup>7</sup>.

Superadas las vicisitudes iniciales de una variada búsqueda institucional, serían estas fuentes las que convergerían en la Constitución Política de 1833, de ascendente conservador y autoritario, el Código Político de mayor estabilidad que ha tenido el país, como que la Carta de 1925 no fue sino una gran reforma a su texto original y que varias de sus normas se reconocen como suyas hasta hoy en la Constitución vigente, de 1980, para llevar a Chile a ser el primer país sudamericano que consolidó su conformación institucional.

“De esas tradiciones casi seculares vienen sin duda –estima el profesor uruguayo don Carlos María de Pena en 1907–, la estructura y la energía de la Nación, y será debido a esas condiciones que la Estrella de Chile no se eclipsó en medio de los episodios dolorosísimos de la Guerra Nacional o del drama del Pacífico y apenas se empañó por un momento en medio de las sangrientas jornadas de la Guerra Civil”<sup>8</sup>.

En este contexto y bajo la presidencia de don Manuel Montt, un distinguido hombre público y profesor de Derecho Romano en la Universidad de Chile<sup>9</sup>, habría de surgir, en 1859, la primera obra de Derecho Administrativo, acogida a la matriz hispana establecida por don Manuel Colmeiro en su “Derecho Administrativo Español”<sup>10</sup>, bajo el título “Principios elementales de Derecho Administrativo chileno”, escrita por don Santiago Prado Bustamante<sup>11</sup>, profesor y luego rector del Instituto Nacional, el gran establecimiento republicano de la nación.

Bajo la precisión temática que había formulado el rector de la Universidad de Chile, don Andrés Bello, al llamar la atención del Consejo Universitario sobre la necesidad de establecer “un curso de estudios administrativos con aplicación a Chile, en que, a más de darse las nociones generales sobre la materia se enseñe el mecanismo de todas las oficinas públicas y sus atribuciones, la organización del impuesto, etc.”<sup>12</sup>, la visión doctrinal del señor Prado despliega el constitucionalismo del siglo XIX, que en palabras del primer constitucionalista

<sup>7</sup> Véase: Campos Harriet, Fernando, Historia Constitucional de Chile, 6ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1983, pág. 359.

<sup>8</sup> Vid.: Amunátegui Rivera, J. Domingo, Tratado Jeneral de Derecho Administrativo, Santiago de Chile, Editorial Barcelona, 1907, Prólogo, págs. 36 y 37.

<sup>9</sup> En esos años, los cursos universitarios no los impartía directamente la Universidad de Chile, sino que se daban a través de la Sección Universitaria del Instituto Nacional, bajo su superintendencia.

<sup>10</sup> Como deja constancia la Advertencia Indispensable incluida por su autor al comienzo de su obra.

<sup>11</sup> Véase: Pantoja Bauzá, Rolando, El tronque hispánico del Derecho Administrativo chileno, Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, noviembre-diciembre, 1960, Doctrina; y de él mismo, como Coordinador, Derecho Administrativo. 150 años de doctrina, Editorial Jurídica de Chile, 2009, págs. 17 a 55.

<sup>12</sup> Véanse: Anales de la Universidad de Chile, acta de la sesión de 10 de agosto de 1850, pág. 343.

y politólogo nacional, don José Victorino Lastarria, tiene “por objeto capital ejecutar las leyes para toda la sociedad, conservando el orden, protegiendo a los asociados i fomentando el desarrollo en todas las esferas de la sociedad”<sup>13</sup>.

De aquí que don Santiago Prado defienda la legitimidad del poder por su natural origen social, argumentando que no “es posible imaginar una sociedad sin poder que la rija i la gobierne”, para alcanzar el bien, que es su objeto, para valerse de la ley, que es su instrumento, y para hacer justicia, que es su esencia. El poder supremo, la soberanía, dice, reside en la nación; implica querer con eficacia y ello supone la conjunción de voluntad para concebir y fuerza para ejecutar, esto es, establecer un Gobierno, que de por sí “posee la plenitud de las funciones propias del único poder social existente: dicta la lei, declara el derecho i provee al bien común, o *lejislá, juzga i administra*”. “Esta triple acción lejislativa, judicial y administrativa, se ha desmembrado por el influjo de las teorías políticas que no consienten tamaña aglomeración de fuerzas sociales en manos de una sola persona o corporación. Por esta causa se depositó la legislación en asambleas deliberantes, la justicia en una majistratura inamovible, i la administración en un gobierno responsable”.

“Administrar, pues –precisa–, equivale a gobernar: es decir, ejercer el poder ejecutivo”. “De suerte que ejecutar la lei no es para la administración lo que para el juez, mantener la integridad de un texto literal, o exigir material obediencia a un precepto; sino emplear las fuerzas vivas de la sociedad en desarrollar i animar el pensamiento del lejislador en cuyo espíritu está empapada, pues con tal objeto la asocia a sus delicadas tareas. La lei manda o prohíbe, pero no obra; contiene tan solo el principio i la fuente de la acción. Quien imprime el movimiento es la administración, ora aplique la ley por sí misma, ora asegure la ejecución de las sentencias, después que la autoridad judicial ha decidido las cuestiones de interés privado”. Por eso, el Derecho Administrativo, en tanto normativa reguladora de la Administración, será, por consiguiente, “el conjunto de leyes que determinan las relaciones de la administración con los administrados”.<sup>14</sup>

El triunfo de las ideas liberales en la segunda mitad del siglo XIX mantendrá esta óptica jurídico-institucional, de modo que este concepto de administración y de Derecho Administrativo, con el paréntesis que significó la inserción de la tendencia sociológica en los estudios de derecho, a fines del siglo<sup>15</sup>, habrá de mantenerse hasta los primeros años del 1900, cuando se vio impactada por la escuela social, ampliamente recepcionada en la sociedad occidental post Primera Guerra Mundial.

<sup>13</sup> Lastarria, José Victorino, *Elementos de Derecho Público Constitucional*, 2ª edición, Imprenta Chilena, 1846, págs. 114, 116 y 117.

<sup>14</sup> Prado Bustamante, Santiago, *Principios elementales de Derecho Administrativo chileno*, Imprenta Nacional, Santiago, 1859, págs. 5 a 9, 23 y 24.

<sup>15</sup> En efecto, a fines del siglo XIX, el pensamiento jurídico chileno se vio altamente influido por la escuela sociológica, como lo demuestra el debate sobre el plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, sostenido públicamente por los profesores de la Facultad. Véase: *Reforma de la Enseñanza del Derecho*. Trabajos publicados en “La libertad electoral” por Valentín Letelier, Eujenio M. Hostos i J. Bañados Espinosa, Imprenta de la Libertad Electoral, Santiago, 1889. Asimismo, el primer profesor chileno de Derecho Administrativo, don Valentín Letelier, dictó sus clases, desde 1888, ajustándose al método sociológico. Véase: *Apuntaciones de Derecho Administrativo*. Clase de don Valentín Letelier, 1904, Imprenta Chile, Santiago, 1907.

## 5. La administración y el Derecho Administrativo en Chile en el siglo XX.

En efecto, al comenzar el siglo XX fue perceptible en el país el cambio experimentado por el escenario sociopolítico. Estamos ante un panorama inédito, constatará en 1919 el senador Arturo Alessandri Palma, ya que en la conflagración mundial que comenzó en 1914 “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 ese gran desplome, surge hoy una humanidad completamente nueva, con criterio de justicia, y –se– realza también, majestuosa y grande, una nueva cultura y otra mentalidad”<sup>16</sup>.

Esa “nueva cultura” y esta “otra mentalidad”, que responderían a la filosofía social que sucedería al liberalismo individualista, serían la que él impulsaría desde la Presidencia de la República a partir de 1920, haciendo que el Estado asumiera los riesgos del trabajo por medio de servicios públicos encargados de cubrir esas eventualidades: cesantía, enfermedad, incapacidad, edad, a través de las instituciones semifiscales; campo que en 1939, con don Pedro Aguirre Cerda, habría de expandir los límites de la Administración del país hacia el ámbito económico, con la creación de empresas públicas, servicios públicos personificados, y de sociedades de economía mixta, que buscaron superar la democracia política, en palabras del Presidente, para avanzar hacia la conquista de la democracia económica de la nación.

Como había ocurrido en el mundo occidental de fines del 1800, comenzando por Alemania, estas transformaciones darían una connotación diferente a la que hasta entonces había tenido la expresión servicio público, para significar con ella, ahora, una específica categoría institucional, orientada a realizar los nuevos fines del Estado posmoderno: la satisfacción de las necesidades públicas. “La Administración –anotará en este sentido don Manuel Jara Cristi en la década de 1940– 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”<sup>17</sup>.

“Se ha definido el servicio público –precisará, también por aquellos años, don Guillermo Varas Contreras, profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile, haciendo suyos los conceptos de Gastón Jèze– diciendo que “es toda organización de carácter permanente destinada a satisfacer una necesidad pública de una manera regular y permanente”, lo que supone en ellos la existencia de un régimen jurídico especial que les “permita satisfacer esas necesidades en forma amplia, sin las trabas ni restricciones que impone a veces el derecho privado en las relaciones civiles entre particulares”. Este fundamento ha de ir acompañado de un medio correspondiente a la consecución de dicho fin: “el poder legal suficiente para atenderlas en todo momento sin consideración

<sup>16</sup> Véase: Donoso, Ricardo, Alessandri, agitador y demoleedor, Fondo de Cultura Económica, México, 1952.

<sup>17</sup> Jara Cristi, Manuel, Derecho Administrativo, Imprenta Artes y Letras, 1943, pág. 75.

a interés particular alguno, atención que debe hacerse de manera regular y continua dentro de la marcha ordenada de la colectividad social”<sup>18</sup>.

Los dos más importantes autores posteriores a los señores Jara y Varas, fueron los profesores Patricio Aylwin Azócar y Enrique Silva Cimma, y ambos juristas también hicieron suya la óptica del servicio público para desarrollar sus obras. El Derecho Administrativo, dice en este sentido el señor Aylwin en 1959, “es el que rige la organización y funcionamiento de los servicios públicos”<sup>19</sup>; evidentemente, acotará el señor Silva el año 1995, “La noción de servicio público ha marcado una etapa indiscutible en la vida del Derecho Administrativo”, ya que “la Constitución y la ley siguen asignando esencia al servicio público” y la misión de administrar el Estado que se le confiere al Presidente de la República es realizada por este magistrado “por intermedio de la Administración del Estado, vale decir, [por] el conjunto de servicios públicos orgánicamente considerados”.<sup>20</sup>

La Contraloría General de la República, órgano fiscalizador y aplicador de la ley administrativa en Chile, y cuyos dictámenes o informes en derecho son constitutivos de jurisprudencia administrativa, coincidirá con esta perspectiva doctrinal de caracterización de lo administrativo en el país, al relevar que el objeto del Derecho Administrativo, la Administración del Estado, era “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” (dictamen N° 50.423, de 1960). En efecto, agregó en 1968, el dictamen N° 53.842, “la voz servicio público abarca a todos los servicios de la Administración del Estado”, los que son constitutivos del sector público, y caracterizados, en tal carácter, por “estar sujetos legalmente a un régimen de derecho público —...y ejercer— las atribuciones y los poderes jurídicos o potestades públicas de que están dotados para desarrollar su actividad y cumplir con sus fines” (dictámenes Nos 23.379, de 1959, y 22.683, de 1996).

## 6. La reacción doctrinal del último tercio del siglo XX.

La óptica jurídica según la cual el “Derecho Administrativo significa Derecho relativo a la Administración”, según expresaba don Enrique Silva Cimma en el año 1959<sup>21</sup>, habría de verse sometida a una fuerte crítica a fines del siglo XX, alentada por el cuadro político que interrumpió la visión solidaria predominante hasta entonces en el medio nacional. El Gobierno castrense que asumió el país desde 1973 a 1990, invocando la

<sup>18</sup> Camacho Cepeda, G. “La actividad sustancial de la Administración...” Op. cit. (p. 50).

<sup>19</sup> Aylwin Azócar, Patricio, Derecho Administrativo, tomo I, Editorial Universitaria, 1959, págs. 16 y 17.

<sup>20</sup> Silva Cimma, Enrique, en colaboración con Aliro Verdugo Lay, Derecho Administrativo chileno y comparado. El Servicio Público, Editorial Jurídica de Chile, 1995, pág. 12.

<sup>21</sup> Silva Cimma, Enrique, Apuntes de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria S.A., 1959, pág. 5.



tradición hispánica y cristiana impuso una política basada en la libertad personal y por lo mismo, una clara orientación individualista y antiestatal, que buscó hacer propietarios y no proletarios, como lo proclamó explícitamente en la Declaración de Principios del Gobierno de Chile, dada a conocer a la nación en el mes de marzo del año 1974.

En el nuevo contexto, la doctrina habría de condenar “los excesos de la visión estatista del Derecho Público” que había cubierto los períodos 1930–1970, enrostrándole haber despreciado al “ser humano y sus libertades”, y sostener por su parte, la existencia de un “Derecho Público centrado en la persona –y– su primacía ontológica y teleológica”, rescatando así “la concepción cristiana sobre el hombre y la sociedad (...), que dio forma a la civilización occidental de la que formamos parte”. Al rescatar los valores del Derecho, esta corriente doctrinal abogará, en palabras de Eduardo Soto Kloss, por el rechazo del derecho concebido como un “conjunto de normas”, para sostener, entre otras razones, que “La misión del jurista debe ser mucho más honda, mucho más profunda, y mucho más esencial –que la de un simple intérprete de la ley–: concretar lo justo, realizar justicia”, es decir, buscar ese justo equilibrio entre los intereses discordantes”, sin caer en el renuncio de aplicar “la injusticia de una ley (...), sin advertir que en tal caso dicha norma más que ley es corrupción de ella”<sup>22</sup>.

Por lo demás, argüirá otro autor representativo de la época, Gustavo Fiamma Olivares, “el Derecho Administrativo chileno, que tendría que haber sido el Derecho del Poder para la libertad, en la práctica se limitó a ser el Derecho del Poder por el Poder y para el Poder, exclusivamente (...); el Derecho de las potestades, de las prerrogativas y de los privilegios exorbitantes de la Administración”, amparado “en la ausencia casi total de justicia administrativa prácticamente desde 1925 hasta nuestros días –1989–”, permitiendo así “la sustitución del imperio de la ley por ese otro insoportable de la arbitrariedad”<sup>23</sup>.

El Derecho Administrativo se consideró así “iluminado por una buena nueva”<sup>24</sup>, y bajo esta aura se desarrolló dentro de los cerrados muros de la Universidad del período 1973–1990, gravitando decisivamente en sus planes de estudios, de los cuales, desde luego, se eliminó la teoría del servicio público, por considerársela una “noción (...) difícil de asir jurídicamente y de escasa utilidad operativa en lo organizacional”, para “plantearse correctamente el problema de la organización administrativa” en torno a las “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”<sup>25</sup>. En verdad,

<sup>22</sup> Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, tomo I, págs 17, 27 a 29, 18 y 19, nota 6.

<sup>23</sup> Fiamma Olivares, Gustavo, *Derecho y Libertad*, diario El Mercurio de Santiago de Chile, edición del 18 de diciembre de 1989, pág. A 2.

<sup>24</sup> Soto Kloss, Eduardo, *Ordenamiento constitucional*, Introducción, Editorial Jurídica de Chile, 1980, pág. 7, y *La responsabilidad pública: un retorno a la ideas clásica de restitución*, *Revista de Derecho Público*, N° 27, enero–junio 1980, págs. 135 y 133.

<sup>25</sup> Soto Kloss, Eduardo, *La organización de la Administración del Estado: un complejo de personas jurídicas*, *Gaceta Jurídica*, N° 73, 1986, págs. 16 y sgts.

dirá Hugo Caldera Delgado en 1979, es preferible “prescindir (...) de los aspectos organizacionales”, por cuanto el “propósito rector” que lo animaba era “mostrar la forma en que [los particulares] pueden amparar sus derechos [ante] la autoridad en el ejercicio de sus poderes exorbitantes del derecho privado común”, y no ocuparse de la organización administrativa<sup>26</sup>. En aras de la misma finalidad, el autor declara aceptar la teoría del órgano como fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, por ser “una teoría” que explica de modo eficiente “la forma en que se vinculan jurídicamente el Poder público con los administrados, [indicando] la manera como los actos de la Administración son imputables u oponibles directamente al Estado”<sup>27</sup>.

La escuela personalista individualista aportó y aporta interesantes profundizaciones en los campos de los derechos de las personas, del control de la Administración Pública, de la competencia judicial sobre sus actos y omisiones, y de la responsabilidad patrimonial del Estado, aunque no se ocupa, por definición, de aquellos aspectos administrativos relacionados con las estructuras administrativas y con la implementación de sus formas directivas de actuar del gobierno y de la administración, relegándolas al ámbito de la ciencia de la administración.

## **7. De la recuperación de la democracia a la crisis de la democracia representativa. ¿Hacia una nueva institucionalidad?**

Desde 1990, la civilidad reasumió el mando supremo de la nación, abriendo un período de veinte años de gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia, con los Presidentes Patricio Aylwin Azócar (1990–1994), Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994–2000), Ricardo Lagos Escobar (2000–2006) y Michelle Bachelet Jeria (2006–2010).<sup>28</sup>

Los grandes aportes realizados por estos Gobiernos a la conducción del país se concretaron en la fructífera política exterior mantenida por todos ellos, abierta al mundo y coincidente con las grandes ideas aceptadas por los países desarrollados<sup>29</sup>, que culminó con la incorporación de Chile a la OCDE en 2010, y en el decidido impulso dado a la democratización vertical de las instituciones públicas, dentro de la concepción de un Estado democrático y social de derecho, relevada por el Presidente Aylwin desde su primera cuenta anual ante el Congreso Nacional el año 1990, al afirmar que “No

<sup>26</sup> Caldera Delgado, Hugo, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica de Chile, 1979, págs. 7 y 8.

<sup>27</sup> Caldera Delgado, Hugo, *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, 1982, pág. 190.

<sup>28</sup> Véase: Pantoja Bauzá, Rolando, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I: *Derecho y Administración del Estado*, Edición Bicentenario, 2010, Abeledo Perrot, LegalPublishing, 2010, págs 327 y sgts.

<sup>29</sup> Política que se tradujo en la suscripción de tratados de libre comercio con todos los grandes países del mundo, e internamente, en el diseño y aplicación de una política comercial de vastos alcances, conforme a la cual se privilegió la exportación, la construcción de carreteras longitudinales y transversales, a lo largo del país y del Pacífico al Atlántico, y la modernización de puertos, incluyendo el macropuerto de Mejillones, y aeropuertos, que debería ser consecuentemente acompañada de las correspondientes modificaciones intraadministrativas, aún en proceso de concreción.

podemos avanzar en el camino del desarrollo, sin avanzar en el camino de la justicia social”.

Sin embargo, ese predicamento no tuvo concreción efectiva en el campo de la Administración, donde no sólo no hubo innovaciones mayores, sino incluso contradicciones. No ha de extrañar que así hubiese sucedido; por una parte, porque consta de los antecedentes preelectorales que el foco de atención de todos los sectores prodemocracia en la década de 1980 privilegiaban la “lucha contra la dictadura”, sin ocuparse del tema Administración, y por la otra, porque durante todos los años de gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia los temas de la Administración del Estado, su análisis y perspectivas, nunca tuvieron un domicilio oficial dentro del Gobierno de Chile, ocupándose de ella diversos Ministerios, según cuales fueren las materias a tratar, lo que restó unidad de visión para abordar la problemática administrativa, que en definitiva es la que apunta a la realidad del país.

Por lo demás, el acuerdo inicial alcanzado por esos Partidos, y sugerido inicialmente por la Democracia Cristiana, determinó que el itinerario seguido posteriormente por estos Gobiernos fuera de carácter continuista y descuidaran la innovación. Don Patricio Aylwin, primer Presidente de la etapa democrática y Profesor Emérito de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile, justamente en aquella su primera cuenta anual al Congreso Nacional, confirmará este rumbo político de la actitud gubernamental de la Concertación durante sus mandatos presidenciales. “Gracias a la disposición y conducción responsable de quienes aceptamos someternos a las reglas del juego que rechazábamos por la forma en que fueron impuestas y por su contenido a nuestro juicio injusto y antidemocrático”, hemos logrado dar inicio y desenvolvimiento a “la etapa de reconstrucción democrática”, expresó el Presidente Aylwin, relevando la circunstancia de haberse aceptado “las reglas del juego” vigentes durante el Gobierno Militar, para avanzar en la etapa democrática que se abría desde ese año ante el país.

Hasta hoy, la matriz estructural y funcional de la Administración chilena es la misma aprobada bajo el Gobierno Castrense: en lo organizacional, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, con su sentido jerárquico y formal; en lo funcional, un *ars administrandi* basado en políticas, planes, programas y acciones administrativas, incorporado en la época militar en reemplazo de las fórmulas hasta entonces conocidas y mejor o peor aplicadas por los gobiernos nacionales que lo habían precedido: la concepción decimonónica de la administración como actividad de ejecución de ley y la convicción social del 1900, de la administración como actividad prestadora de servicios públicos, que había dominado la escena pública chilena hasta 1973.

Ello, con la evidencia de que el Gobierno Castrense tenía capacidad operativa suficiente para desenvolverse así, ya que como castrense que era, dominaba y se basaba en la organización y la jerarquía como bases de su política, lo que le facilitaba la implementación fidedigna de sus directivas superiores, formas de actuar que no fueron las que animaron

a la Administración democrática, que tendió más bien a la distribución organizativa de las potestades públicas, si se quiere hacia la descentralización.

En efecto, la subordinación al Presidente de la República de todos los órganos de la Administración del Estado se hizo manifiesta durante el Gobierno Militar. Así, v.gr., la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno, el órgano legislativo del período 1973–1989, en su informe de 14 de mayo de 1985, recaído en el proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, reconocía una vez más el alcance del mandato constitucional que atribuía al Presidente la titularidad exclusiva de las funciones de gobierno y de administración, refiriéndolo en el texto de ese proyecto, “a los órganos de la Administración del Estado *latu sensu*”, en cuanto abarcaba a “todos los órganos administrativos, centralizados o descentralizados, que ejerzan función administrativa”, considerando inconveniente reducir este amplio campo de acción sólo a algunos de ellos, porque “la estructura y elementos organizativos de la Administración no es sino una herramienta importante para que el Presidente de la República pueda llevar a cabo aquella función” que privativamente le estaba asignada en el Código Fundamental.

De aquí que las grandes directivas gubernativas no tuvieran el éxito esperado durante este espacio democrático de veinte años, como lo demostró, por ejemplo, bajo la Presidencia Lagos, la gran transformación frustrada del funcionamiento del Ministerio de Obras Públicas, cuyo proyecto de funciones críticas terminó siendo rechazado por el Tribunal Constitucional y dispersado en escándalos funcionarios, y bajo la Presidencia Bachelet, con el estruendoso fracaso de la puesta en marcha del Transantiago, el sistema de transporte diseñado para la Región Metropolitana, que comprometió infructuosamente y hasta hoy compromete muchos millones de dólares del erario nacional, incluso recibiendo críticas a las bases aprobadas por el Estado para aceptar la concurrencia de los particulares, sin alcanzar un funcionamiento satisfactorio.

En la actualidad, el país vive una época tumultuosa, que registra seis meses de paralización universitaria, particularmente en las Universidades estatales, aunque con decenas de marchas masivas de estudiantes, trabajadores y otros sectores sociales por las ciudades del país, y que tuvo su antecedente el año 2006 en la revolución de los pingüinos, como se denomina a los estudiantes de enseñanza media, que abogaban por una enseñanza de calidad, igualitaria y diversificada. Al no darse satisfacción a esas peticiones, la posta del descontento la asumieron en 2011 los canguros, esto es, los universitarios, con gran cohesión, organización y fundamentos, ante la inequidad social demostrada en las cifras y en los hechos, más aún en momentos en que no son válidos los argumentos del pasado que hablaban de posibles déficits presupuestarios, de turbulencias internacionales o de repercusiones inflacionarias, que hoy se ven como excusas, por ejemplo, frente a titulares que informan, por ejemplo, de la “Inversión récord de Codelco (la estatal Corporación del Cobre, que) la consolida como la principal minera de cobre del mundo”<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Véase: diario El Mercurio de Santiago, edición del día jueves 13 de octubre de 2011. págs. A 1 y B 6 y 7:

En una columna externa del edificio de la Biblioteca Nacional se lee como consigna: “Odio tu sistema”, y esa sola frase refleja la profundidad del malestar que remece a Chile, que sólo había logrado llegar, ya en tiempos de la Presidente Bachelet, al postulado de una democracia inclusiva y de un Gobierno ciudadano, que contenían llamados políticos y aliento a manifestarse, pero sin alcanzar concreción jurídica alguna que diera viabilidad a la participación ciudadana en los temas que le concernían e interesaban.

A este foco de insatisfacción habrá de sumarse la serie de engaños colectivos que se han publicitado durante estos últimos meses de 2011, entre ellos, las ganancias ilícitas obtenidas por años por una financiera informal, Eurolatina, condenada en segunda instancia “por el cobro ilegítimo de intereses en préstamos que redundaron en el remate de las viviendas de 228 familias entre 1993 y 2000”<sup>31</sup>, y que llevaron a decir al Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, don Cornelio Villarroel, en una poco usual actitud judicial, que si bien el país había avanzado en regular la probidad pública, era “pobre en supervisar la probidad de negocios privados. El Estado –hizo ver el señor Villarroel– no puede estar ausente de los clientes colectivos de una institución financiera, sin revisar la legalidad de los negocios que se hacen”, levantando así otra punta del ancho papel que ha enmascarado una infértil acción estatal.

A estos hechos se sumaron varios más, como el denunciado concierto de precios de las tres mayores cadenas farmacéuticas del país; las millonarias ganancias obtenidas por el Sistema de Instituciones de Salud Previsional y por el Sistema Bancario durante el año; el hecho de que las Administradoras de Fondos de Pensiones estén manejando un capital de ciento cincuenta y seis mil millones de dólares, sin riesgo para ellas y con cargo a sus afiliados; que una conocida multitienda haya acudido a incrementar desmesuradamente sus ganancias empleando una repactación ilícita de las deudas de sus clientes, y la bullada falsificación de certificados para obtener los beneficios sociales otorgados por la Ley de Exonerados Políticos por el Gobierno Militar, a través de organizaciones montadas con tal objeto. El hecho de que muchos de esos certificados hubieran sido otorgados por connotados protagonistas de la clase política<sup>32</sup>, y que el Contralor General de la República haya declarado que por mandato de la ley la extensión de ese beneficio era de exclusiva responsabilidad de la Presidencia de la República, ha hecho caer la estimación ciudadana del sistema vigente a niveles mínimos de aceptación, con una clara conclusión adversa suscrita por importantes mayorías ciudadanas organizadas espontáneamente, al margen de partidos políticos, como sucedió, v.gr., en las ciudades de Calama en el norte de Chile y de Punta Arenas, en el sur, y cuyo clamor levantaba como bandera de cuestionamiento la inequidad social<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Véase: diario El Mercurio de Santiago, edición del día sábado 22 de octubre de 2011, pág.C 13.

<sup>32</sup> Véase: diario El Mercurio de Santiago, Pensiones irregulares de exonerados: una trama de años, edición del día sábado 8 de octubre de 2011, pág. C 4.

<sup>33</sup> En el primer caso por su bajo nivel de vida, en circunstancias que es el corazón de la gran minería del Estado en la producción de cobre; en el segundo, por el aviso de un alza en el valor del gas de domicilio, en la ciudad más austral del mundo, y domicilio de la Empresa Nacional de Minería.

Por eso, celebrando el movimiento estudiantil por la defensa de la calidad de la educación, el ex Rector de la Universidad de Chile, profesor Luis Riveros, siente, sin embargo, que le “duele el corazón” al comprobar que después de haberse sumado todo “el país a esa protesta ante una educación que es bastante mala en promedio y bastante inequitativa a todas luces”, por situarse los aranceles universitarios de Chile entre los más altos de Occidente, “Se le fueran introduciendo más condicionamientos políticos y comenzamos a hablar del tema del lucro, que no era parte de la bandería original”, y “otros temas más amplios y que tienen que ver con la reforma tributaria y con el tema de la renacionalización del cobre, que disparan un conflicto que era de un sector muy bien dimensionado y objetivado, a un nivel nacional”<sup>34</sup>.

En este momento de los tiempos actuales, en que los valores del pasado hasta ahora defendidos como parte del patrimonio mismo de Chile se ven confrontados por la cruda realidad de la evolución social, el llamado de ayer a participar de un inexistente Gobierno Ciudadano y de una irreal democracia inclusiva aparecen como carentes de sentido efectivo, ya que la argumentación estudiantil y el clamor ciudadano ya no se detienen ante la sonoridad de los discursos políticos, sino que buscan la efectividad de la acción directa en pos de la aceptación de sus demandas, superando con creces la imagen del “jarrazo” del año 2008, que ejemplificó ese año la protesta estudiantil y el repudio a la acción represiva de la autoridad<sup>35</sup>.

La gravedad de la situación que se presenta hoy día en el país radica en sus implicancias, puesto que el admitido derecho a la manifestación de los años 2006 ha derivado hacia un derecho a la imposición, en nombre de la soberanía nacional, de determinadas soluciones, y por eso en estos instantes se está abriendo un profundo cuestionamiento, no sólo a un mal implementado *ars administrandi*, sino a la articulación chilena misma de la democracia representativa, que junto con haberse hecho representativa dura, carece de mecanismos de solución, sólo de represión, de los conflictos sociales, ni con antecedentes confiables que permitan establecer un modelo estable de institucionalidad que sustente razonablemente el desarrollo inmediato de la República considerando siquiera preventivamente esas variables.

En verdad, al comenzar este tercer siglo de vida republicana, la sociedad civil está poniendo al descubierto y rechazando la improductividad de un modo de hacer política que ha postergado las acciones públicas de protección real de la sociedad, en aras de entendimientos cupulares y partidistas, y llamados al diálogo tradicional entre los directamente interesados en el ejercicio del poder, descuidando advertir lo que estaba sucediendo día a día en los hogares, en la vecindad, en el colegio, en la calle, con la insatisfacción de las necesidades cotidianas de la gente común; en la gestión de las

<sup>34</sup> Véase: diario El Mercurio de Santiago, edición del día miércoles 19 de octubre de 2011, pág. C 6.

<sup>35</sup> Alude al vistoso vaciado de un jarro de agua en la cabeza de la Ministra de Educación en julio de 2008, durante uno de los Diálogos Participativos por la Educación Pública convocados por el Gobierno de la Presidenta Bachelet, por obra de una alumna de catorce años del Liceo Darío Salas, llamada María Música Sepúlveda, en un gesto de repudio a la acción de los “guanacos”, coches lanza agua empleados por la fuerza pública para disuadir a los manifestantes, en este caso, a los estudiantes.

sociedades y de las empresas, enfatizando un peligroso *laissez faire* y profundizando en la desigual distribución de la riqueza, haciendo hincapié en normativas satisfactorias para los intereses fiscales, pero fuertemente gravosas para los intereses de las personas naturales.

El Derecho Administrativo centra su atención en el mundo de la Administración del Estado. Para ello requiere hallarse ante una clara definición de lo que éste es en su organización y en su acción, en su ser y en su actuar. Al día de hoy, el Estado de Derecho, tal como nos lo había sido presentado en Chile, aparece cuestionado en la dimensión subsidiaria proveniente del período 1973–1989, y para justificarlo, no basta comprobar con nostalgia que “El nuevo siglo trajo ideas más complejas y, por lo tanto, más temibles y poderosas” que las aceptadas hasta ayer, aceptando el temor a los viejos de hoy por su futuro, al tener grabada en su subconsciente la imagen de que “Sin Estado de Derecho nos vamos al suelo y no nos paramos más”<sup>36</sup>. Tampoco es suficiente multiplicar la crítica política y jurídica, pues se la ve y se la siente improductiva ante lo que ocurre a diario, ya que ha llenado páginas de muchas obras y medios de comunicación sin alcanzar resultado alguno.

Cabe preguntarse, pues: ¿Es que acaso tiene razón el titular de la mayor fortuna del mundo, al manifestarle a BBC Mundo, que la crisis financiera internacional no era un asunto de orden económico, sino demostrativa de “un problema estructural, un cambio de civilización y las cosas que deberían haberse hecho no se hicieron”<sup>37</sup>?

Quienes confiamos en la democracia, confiamos también en la participación constructiva de la ciudadanía consciente, y desde luego del pensamiento universitario, en la corrección de los vacíos y contradicciones que han llevado a la institucionalidad al punto en que hoy se encuentra, más aún en un país como Chile, de pujante economía y de gran sentido cívico, entrampado en una inadecuada práctica de la institucionalidad, que por privilegiar equilibrios políticos ha sido incapaz de dar coherencia y efectividad a su acción estatal.

<sup>36</sup> Liberty Valance, El viejo y el miedo, Revista de el Sábado del diario El Mercurio de Santiago, 8 de octubre de 2011, pág. 42.

<sup>37</sup> “Carlos Slim y la crisis financiera”, en diario El Mercurio, jueves 13 de octubre de 2011, pág. B 4.