

## CONFERENCIA INAUGURAL XXVII JORNADAS DE DERECHO PÚBLICO

PEDRO PIERRY ARRAU  
Universidad Católica de Valparaíso

Constituye un gran honor hacer uso de la palabra en esta sesión inaugural de las XXVII Jornadas de Derecho Público, que se iniciaron hace 35 años el año 1961; siendo la sexta vez que a la Universidad Católica de Valparaíso le corresponde organizarlas.

Este evento forma ya parte de la tradición de los juristas chilenos. Año a año, en un estricto orden de sucesión, e ininterrumpidamente desde 1976 en que se llevaron a cabo en esta Universidad las séptimas Jornadas, los profesores de derecho constitucional, derecho administrativo y derecho internacional público, nos reunimos para intercambiar puntos de vista sobre las materias de nuestra especialidad, discutir nuevas ideas y comunicarnos el fruto de nuestras investigaciones.

Se ha sugerido el tema del derecho público en el fin de siglo, para que, además de permitir a los profesores desarrollar ponencias sobre materias que puedan cubrir los variados intereses de los académicos, teniendo presente que por lo general en las Jornadas, a pesar de fijarse un tema específico, gran parte de los asistentes presenta trabajos sobre las materias de su interés, que no coinciden con el fijado para las Jornadas; se ha sugerido, digo, este tema, para permitir una reflexión sobre el estado de cada disciplina y sobre las principales materias en este momento de nuestra historia, en que por la cercanía del cambio de siglo, nos sentimos inclinados e invitados a reflexionar sobre el estado de las instituciones y sobre las necesidades de cambio. En particular, la Facultad organizadora ha estimado conveniente examinar los aspectos principales que probablemente ocuparán la atención, o debieran ocuparla, de los especialistas, jueces y eventualmente legisladores, en los primeros años del próximo siglo.

Continuando con el precedente de Jornadas anteriores, esta exposición reemplazará en realidad a mi ponencia y por lo tanto ruego a los profesores de derecho constitucional y derecho internacional público me disculpen, si ella puede resultar demasiado restringida al ámbito del derecho administrativo.

Estamos llegando al fin del siglo veinte con las instituciones republicanas funcionando regularmente. Un Poder Ejecutivo con atribuciones, con un Presidente de la República elegido en votación directa por sufragio universal. Un Parlamento elegido de la misma manera y un Poder Judicial dotado de gran autonomía. La libertad personal respetada y un clima en que se permite la expresión libre de las ideas y donde la gente no es perseguida o marginada por expresarlas o por vivir en

conformidad a ellas; al menos no por el Estado y sus órganos. En otros términos una democracia funcionando con regularidad, con instituciones dotadas de atribuciones que significan un contrapeso entre ellas, que aseguran un resguardo a los ciudadanos frente al Estado. Los problemas e imperfecciones sin duda son muchos, tanto en el ámbito propiamente jurídico, que es nuestro objeto de estudio, como en otros, que forman parte de otras disciplinas, principalmente de la ciencia política y de la sociología. En general, sin embargo, debemos congratularnos de haber llegado a este momento con las instituciones que tenemos, a pesar de sus imperfecciones, ya que la realidad hubiera podido ser muy distinta. Nuestra posición es, por lo tanto, optimista tanto en lo que respecta a la realidad actual, como con respecto al futuro.

El panorama de las diversas disciplinas jurídicas que ocupan el quehacer de los juristas es muy diverso. Así, mientras en el derecho penal y procesal penal se asiste a los albores de una reforma de una envergadura de tal proporción que puede considerarse la reforma legal de carácter global de mayor trascendencia del presente siglo, en otras materias, en cambio, la situación es diametralmente opuesta, como en materia de derecho civil registral por ejemplo, en que se entrará al siglo XXI con un sistema de inscripción de la propiedad del siglo XXI, que ignora todos los avances de la técnica moderna en materia de catastro y fotogrametría, y que permite situaciones tan aberrantes como dobles inscripciones y superposiciones de las mismas, imposibles de entender en ningún país desarrollado, como ocurrió, para poner dos ejemplos, con el asunto de la instalación del observatorio de la European Southern Observatory, Eso, en Paranal, y ahora con las inscripciones paralelas en Palena, que abarcan cerca de 400.000 hectáreas fiscales. A lo anterior se agrega el oficio mismo del Conservador, que representa una canonjía que más tiene de resabio colonial que de modernidad.

Otro aspecto de derecho civil y que estimo debe ser destacado, por su estrecha vinculación con el derecho público es aquello derivado del concepto mismo del derecho de propiedad y que deberá ocupar la atención de los especialistas. A su vez ello deberá ser estudiado en dos aspectos fundamentales. El primero es el de las limitaciones y restricciones derivadas de la función social y en general al artículo 19 N° 24 de la Constitución referido a la propiedad raíz. Recordemos que interpretaciones jurisprudenciales recientes han estimado que restricciones, como por ejemplo aquella de prohibir la puesta de letreros camineros a cierta distancia unos de otros, afecta el derecho de propiedad en su esencia. El cuestionamiento de declaración de monumento nacional o santuario de la naturaleza de un predio; limitaciones urbanísticas en que muchos sostienen no pueden hacer sin indemnización; o que ellas limitan el derecho en su esencia, como ha ocurrido recientemente en que destacados publicistas han sostenido que la instalación de una servidumbre de gasoducto limita el derecho de propiedad en su esencia y que no constituye un gravamen lícito sino una verdadera expropiación. Contrastan esas posiciones con lo que ocurre en otros países, en que para la protección del medio ambiente, de la armonía urbanística y en general del respeto cultural del entorno, se limita fuertemente la propiedad por parte del Estado.

El otro problema es el derivado del concepto de derecho de propiedad sobre las cosas incorporales. A partir del fallo de 24 de diciembre de 1968 recaído en el recurso de inaplicabilidad contra el Decreto con fuerza de Ley N° 9 de 1968 interpuesto por doña Julia Troncoso García-Huidobro, en que la Corte Suprema estableció que al afectarse el derecho del arrendador para obtener la restitución de un predio, prorrogando el contrato por vía legal, se estaba afectando el derecho de

propiedad sobre el derecho personal de solicitar la restitución del predio, ha transcurrido un largo camino, pasando por el texto de la Constitución de 1980 que reconoce la existencia del derecho de propiedad sobre bienes corporales e incorporales. La extensión que la jurisprudencia ha dado a esto último ya excede evidentemente el marco del derecho civil y entra de lleno al ámbito del derecho administrativo. En efecto, la extensión que se ha dado al derecho de propiedad para fundamentar recursos de protección es tan amplia, que casi puede decirse que existe un derecho de propiedad sobre cualquier otro derecho. En relación a aspectos específicos del derecho administrativo, podemos citar jurisprudencia que señala expresamente que “el derecho a la carrera funcionaria y a la estabilidad en el empleo importa una especie de propiedad garantizada como bien incorporal por el artículo 19 N° 24 de la Constitución.”

En interesante artículo del profesor don Alejandro Guzmán Brito en la Gaceta Jurídica de mayo del presente año, titulado “Un nuevo derecho de creación judicial. El derecho al prestigio profesional”, en relación con un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago publicado en la misma revista en diciembre de 1994, demuestra que tal derecho no es ni real ni personal, ni derecho humano con fuente en la propia naturaleza humana. Y señala en relación con lo que denomina confusión de intereses subjetivos con la noción técnica de bien incorporal que “Una apreciación vulgarizante de la expresión “bien incorporal” contenida en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política ha conducido a los tribunales a admitir recursos de protección sobre cualquier interés subjetivo que han estimado justo proteger, bajo el concepto, expreso o tácito, consciente o inconsciente, de que cualquier interés subjetivo no ilícito es un bien incorporal, del que el interesado es dueño y por el cual puede pedir tutela a través del recurso. Han olvidado pues, que “bien incorporal” significa derecho real o personal.”

El derecho público constitucional, tanto en lo que respecta a la regulación de los derechos públicos subjetivos o garantías fundamentales, como a la organización y funcionamiento de los poderes del Estado, se encuentra en pleno desarrollo y sin duda muchas de las normas que lo regulan serán objeto de cambios sustanciales, ya sea formales o a través de interpretación constitucional. El rol y composición del Tribunal Constitucional; normas sobre formación de la ley, sobre fiscalización del Poder Ejecutivo por el Parlamento; sobre nombramiento y remoción de los jueces, etc., son materias que suscitan permanente debate y en que no parece haber acuerdo acerca de la mantención indefinida de los actuales preceptos. Ello sin mencionar aquellas de contenido netamente político, como número y circunscripciones senatoriales, duración del mandato presidencial, etc. Deseo, sin embargo, hacer algunos comentarios, sobre algunos aspectos que pueden ser temas a debatir en estas Jornadas, que inciden en la relación entre los poderes del Estado y que demuestran el estado incipiente de las instituciones constitucionales.

Por una parte tenemos la interpretación que el Tribunal Constitucional ha venido haciendo de lo dispuesto en el número 5 del artículo 82 de la Constitución, que establece entre las atribuciones del Tribunal la de resolver los reclamos en caso que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue en texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional, que la ha extendido al control de los actos administrativos, tanto de carácter general como particular como ya sabemos. Esto ha significado que en lo que respecta al control jurisdiccional de los actos administrativos, se ha agregado un nuevo control de legalidad, a aquel existente naturalmente por la vía judicial y que se

ha desarrollado a través del recurso de protección; debiendo señalarse además, que por la vía del control de un acto administrativo se puede entrar al estudio de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un precepto legal publicado y vigente desde hace mucho tiempo, como ocurrió en el fallo del Tribunal Constitucional de 25 de enero de 1993 recaído en el control del Decreto Supremo que aprobó el Plan Regulador Intercomunal La Serena-Coquimbo en que se declaró inconstitucional el acto por ser inconstitucional el artículo 37 de la Ley General de Vivienda y Urbanismo que se había dictado hace varios años; lo que significa que habrá dos tribunales que conocerán en cualquier tiempo de la constitucionalidad de leyes promulgadas, el Tribunal Constitucional por la vía del control del acto administrativo de aplicación, declarando la inconstitucionalidad del acto administrativo por basarse en una ley inconstitucional, y la Corte Suprema por el recurso de inaplicabilidad; así como también el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios en el control de los actos administrativos, como ya se señaló.

Ha llamado la atención en el último tiempo la utilización de mecanismos constitucionales de excepción, para el control de un poder del Estado sobre otro. Se recuerda hace sólo un mes la fuerte declaración de la Corte Suprema frente a la acusación constitucional de notable abandono de sus deberes formulada a los miembros del tribunal que resolvieron sobre el sobreseimiento de una causa de gran connotación pública. En la declaración pública el máximo tribunal expresó que la Cámara de Diputados intervino como un verdadero tribunal al debatir los fundamentos y contenido de la resolución judicial antes de rechazar la acusación, deplorando lo sucedido y “declarando ante el país, que con todo este proceder se ha puesto en grave riesgo el Estado de Derecho, al debilitar las normas esenciales que lo condicionan”.

Sin perjuicio de considerar grave lo ocurrido, es necesario consignar que son muchas las intervenciones de los poderes del Estado en el control de los otros poderes, de dudosa juridicidad y, en todo caso, de dudosa conveniencia, y que puede ser útil corregir en el futuro. Un problema importante lo constituye sin duda la fiscalización que la Cámara de Diputados ejerce o debe ejercer sobre el Poder Ejecutivo. Más allá del problema de la eficiencia y atribuciones de las denominadas comisiones fiscalizadoras y de la relación entre su función y la que corresponde a los jueces en la investigación de los mismos aspectos en querellas deducidas por los mismos hechos, se ha transformado en una práctica de parlamentarios, el interponer directamente querellas en contra de funcionarios del Estado, haciéndose parte en procesos en que el Juez investiga acciones y actividades de órganos de la Administración. Más aún, parlamentarios interponen directamente recursos de protección ante los tribunales solicitando la anulación de actos administrativos. O sea, integrantes del Poder Legislativo, solicitan al Poder Judicial que controle al Poder Ejecutivo. Estos aspectos vinculados a la participación de parlamentarios directamente en procesos que implican control del Poder Ejecutivo, particularmente me refiero a los recursos de protección, es una forma de fiscalización que quizás los propios tribunales debieran limitar fuertemente. No nos parece que un miembro del parlamento, ni siquiera en el ejercicio de la profesión de abogado, donde debería afectarle la limitación general de los abogados funcionarios en orden a no poder litigar contra el Estado, puede ejercer funciones fiscalizadoras de otro poder del Estado por esta vía, la que evidentemente tiende a la politización de la actividad judicial y es fuente de aquello que se critica en relación a tonalidad política que adquiere la función judicial.

Entrando de lleno a los aspectos del derecho administrativo que estimo más relevantes en este fin de siglo y que deben ocupar nuestra discusión, me referiré en primer término a la Administración del Estado. La estructura orgánica de la Administración del Estado habrá de redefinirse en el futuro cercano. En los últimos años, en realidad en las últimas tres décadas, prácticamente todos los servicios públicos integrantes de la Administración del Estado que se han ido creando, y que son muchos, lo han sido, según lo que señala la ley orgánica respectiva de la institución, con el carácter de autónomos y con personalidad jurídica. Esto ha sido llevado a tal extremo que servicios como Aduanas e Impuestos Internos son definidos por el legislador como autónomos y dotados de personalidad jurídica. Art. 2 del Decreto Ley N° 3.551 y art. 1 Decreto Ley N° 3.628 en relación con el anterior. En otros términos, la Administración del Estado se ha definido por la ley como descentralizada. Sin embargo, como todos sabemos, esa descentralización no tiene la connotación jurídica que corresponde a la descentralización y se puede calificar como meramente simbólica, atendido que el jefe superior del Servicio es siempre de la confianza del Presidente de la República.

Por otra parte, no aparece claramente definido cuál es la diferencia que la ley asigna a las empresas del Estado, de derecho público, con algunos servicios públicos que la ley no califica como empresas, siendo poco clara la distinción legislativa. Al respecto basta con observar que Enaer y Asmar, instituciones similares, una vinculada a la actividad marítima y otra a la aviación, la primera es definida como empresa y la segunda no tiene ese carácter ya que su ley la define sólo como persona de derecho público autónoma, en circunstancia que su función es similar.

Por último, en cuanto a lo que deseo resaltar, existe todo un sector, denominado adecuadamente por algunos profesores, como Administración invisible del Estado, o para estatal, constituida por las instituciones o empresas en que el Estado o sus instituciones tienen participación mayoritaria o igualitaria. Estas son regidas por el derecho privado, pero la ley paulatinamente ha ido señalando en diversas disposiciones que determinadas normas de derecho público se le aplican, siendo sin embargo la regla general, la no aplicación del derecho público. Este sector, que incluye a importantes empresas, ha sido objeto en el último tiempo de manifestaciones de sorpresa o estupor, al haber sido calificado por la Contraloría General de la República, que las obras ejecutadas por una de dichas empresas no tienen el carácter de obra pública, toda vez que se regulan en principio y salvo las excepciones legales, por normas del derecho privado.

Es necesario redefinir con claridad qué sector de la actual Administración del Estado debe permanecer dentro de ésta y al interior de ella. Por su parte debe también establecerse cuáles instituciones deben tener una mayor o menor autonomía. Ello sin perjuicio de que pueda aceptarse la conveniencia de la existencia de personalidad jurídica para efectos presupuestarios o de representación, pero sin que se agregue artificialmente lo de autónomo. Al interior de la Administración del Estado pueden existir órganos dotados de mayor o menor autonomía; ejemplos actuales son la Universidad de Chile o el Servicio de Registro Electoral, pero hace falta una definición orgánica.

El sector correspondiente a la llamada Administración invisible del Estado también habrá que definirlo claramente. No sólo hay una distinción artificial, al identificarlo a partir de la participación igualitaria o mayoritaria del Estado o sus instituciones, ya que sabido es que el control efectivo se obtiene no necesariamente con esa participación, sino que, además, por haberse querido hacer funcionar más

eficientemente a las instituciones que la componen, se ha desvirtuado su función, que es esencialmente de servicio público y la normativa que le es aplicable ofrece muchas deficiencias; escondiendo, además, el real tamaño del Estado.

He mencionado que debe definirse cuál sector o qué instituciones deben permanecer dentro de la Administración del Estado y ello, porque habrá de crearse o recrearse un sector que el derecho público chileno ha olvidado y que estimo de enorme importancia para el futuro, cual es aquel que debe denominarse sector público no estatal.

Este sector estuvo integrado en otros tiempos por los colegios profesionales, por ejemplo, creados por ley, con personalidad jurídica de derecho público, cumpliendo una función de servicio público, ejerciendo atribuciones de imperio, pero no integrando la Administración del Estado. Estoy firmemente convencido que muchas funciones de servicio público en su sentido funcional, y habría que rescatar esta idea del servicio público en el sentido funcional, muchas funciones que hoy cumplen instituciones que ficticiamente son denominadas autónomas, podrían desempeñarse a través de instituciones de derecho público no integrantes de la Administración del Estado.

Como digo, habrá que reordenar los conceptos y modificar la ley de Bases de la Administración, señalando que deberá entenderse por instituciones de derecho público no integrantes de la Administración del Estado y a que corresponderá el concepto de mayor o menor autonomía al interior de la Administración del Estado. Pensemos por ejemplo en las Corporaciones de Asistencia Judicial cuyo proyecto se encuentra en el Parlamento. ¿Es necesario que integren la Administración o no? Si la integran, ¿deben tener autonomía?

Por otra parte, el concepto mismo de servicio público debe afianzarse y explicitarse sus efectos, ya que muchas instituciones de derecho privado, desvinculadas del Estado, cumplen esa función de servicio público y ello las debiera someter a ciertos efectos jurídicos propios de una actividad de servicio público. Pienso en las Asociaciones de Fondos Previsionales, AFP o en las Instituciones de Salud Previsional, Isapres, por ejemplo, que a mi juicio categóricamente cumplen una función de servicio público, a pesar de no ser personas jurídicas de derecho público, como quizás hubiera debido ser, si el sector a que aludo se hubiera afianzado.

En resumen, con respecto a esta materia, una reorganización de la Administración del Estado, desde el punto de vista jurídico, rescatando viejas instituciones, pero que reflejen una visión más adecuada de su organización.

Y ya que de viejas instituciones se trata, y también vinculado con el concepto de servicio público en el sentido funcional, está el tema de las concesiones de servicio público; institución que se ha visto reaparecer con enorme fuerza en el diseño de los próximos años. Podrían titularse como una institución del siglo XIX para el siglo XXI. Sin embargo, y a pesar de la importancia que cobra y que cobrará en el futuro, la doctrina jurídica y la legislación que la regula se encuentra muy atrasada. No existe la conciencia jurídica en Chile de lo que significa en último término que sea un servicio público, en el sentido funcional por supuesto, y que no se trata simplemente de una actividad privada más, sujeta a las leyes de mercado. Este desconocimiento se ve reflejado tanto en las pretensiones de los concesionarios, como en las relaciones con los usuarios y principalmente, en las sentencias que se dictan y que, generalmente en recursos de protección, resuelven reclamos entre los concesionarios y el Estado concedente. Llama la atención que generalmente se

debaten los temas derivados de la concesión, únicamente bajo la óptica del derecho privado, como si fuera una relación contractual ordinaria, y poniéndose en duda, permanentemente, la función del Estado en relación al funcionamiento y en general al control de la actividad del concesionario.

Cada vez que se escucha que se privatizará un sector, que hasta ahora el Estado ha asumido, viene a la mente la distinción tan importante, en que el Estado puede decidir desligarse de dicha actividad y dejarla entregada al sector privado absolutamente, como podría por ejemplo hacerlo en materia de cabotaje; o privatizar como se dice, pero mediante la concesión de servicio público, y en este caso, uno se pregunta si estarán tomadas todas las medidas legislativas para asegurar que se cumpla en último término con la función de servicio público, que es la satisfacción del interés general y no el funcionamiento estrictamente empresarial, y por otra parte, si los tribunales podrán controlar esto de acuerdo con los principios que regulan la institución.

Al interior de la Administración del Estado está el permanente problema de la función pública. No obstante que el artículo 38 de la Constitución Política y los artículos 45 y siguientes de la Ley de Bases de la Administración establecen y garantizan lo que se denomina la carrera funcionaria, la que como es sabido se sostiene sobre ciertos principios, entre los cuales está el ingreso por concurso, el ascenso y lo que se ha denominado inamovilidad; permanentemente se replantea la idea, ahora vinculada a la modernización del estado, de terminar con dicha inamovilidad para asegurar una mayor eficiencia.

Dejando de lado todo comentario respecto a si es posible vincular la falta de estabilidad con eficiencia y la estabilidad con ineficiencia; lo que curiosamente, siempre se plantea con respecto a la Administración del Estado y nunca con respecto al Poder Judicial, en circunstancia que los argumentos para asegurar y garantizar un juez imparcial y no sujeto a presiones con la inamovilidad, son los mismos para la función pública en general; el problema que existe, y que es verdaderamente serio y deberá ocupar una atención preferente en el futuro, y dicho sea de paso, también quizás en el Poder Judicial, es que el desempeño deficiente, que habilita para terminar con la estabilidad en el empleo, no se encuentra regulado adecuadamente a través de un sistema que permita por una parte, evitar injusticias y persecuciones, pero por la otra utilizar dicha herramienta eliminando a los funcionarios deficientes. Es este uno de los aspectos de la función pública que habrá de ocupar la atención del legislador.

Además de lo anterior, urge una definición más adecuada de lo que debe entenderse por funcionario público y función pública, ya que evidentemente no basta aquella distinción basada únicamente en la aplicación o no del Código de Trabajo o de un Estatuto Público; distinción que comenzó a aplicarse hace alrededor de treinta años dentro del mismo sector público para exceptuar a algunos servicios de las normas del Estatuto Administrativo, permitiendo mejores remuneraciones y una menor estabilidad.

Necesariamente a mi juicio, habrán de establecerse normas que se apliquen a todo el personal de la Administración; normas de derecho público, sea o no dicho personal regido por el Estatuto Administrativo u otro estatuto especial. Esto se vincula directamente a una materia que hoy preocupa a la sociedad y que lamentablemente deberá continuar preocupándola durante varios años, cual es la probidad administrativa y la lucha contra la corrupción. Al respecto y como ejemplo de normas que se aplican a todo el personal de la Administración, cualquiera sea su

estatuto, es el artículo 260 del Código Penal, en la acepción que le ha dado la jurisprudencia, que ha extendido el concepto de función pública para los efectos penales.

Es sin embargo el tema del control jurisdiccional de la Administración que constituye a finales de este siglo el principal problema del derecho administrativo y que previsiblemente lo seguirá siendo durante varias décadas.

Se termina el siglo XX sin tribunales contenciosos administrativos y las esperanzas de su creación son cada vez menores. Se esfuma una ilusión que nació con la Constitución Política de 1925 que los dispuso en su famoso artículo 87, y que se mantuvo viva durante tres cuartas partes del siglo. Aquellos que como yo, nos hemos dedicado al derecho administrativo como disciplina académica, hemos vivido toda nuestra vida universitaria en gran parte vinculada a este problema y, duro es decirlo, estoy llegando a estas alturas a la conclusión que finalmente no se establecerán. Al menos no en nuestro tiempo. Y nótese que digo esto cuando el proyecto mejor elaborado y más realista que se haya redactado se encuentra presentado ante el Parlamento y en cuya revisión final participó directamente el propio Presidente de la República de ese entonces. No se ve sin embargo que esto se inserte dentro de ninguna de las prioridades de la acción de gobierno ni parlamentaria y que los esfuerzos de modernización de la justicia se centrarán todos en el cambio del sistema procesal penal, que, porque tampoco hay que exagerar lo que corresponde a nuestra especialidad en el contexto general, sin duda es de mayor importancia para el país.

Tampoco soy optimista respecto a la dictación alguna vez de la ley de procedimiento administrativo, cuyo proyecto, cuidadosamente estudiado, se encuentra en el Senado de la República y que si se transformara en ley, sería de enorme utilidad en muchos aspectos, entre otros, en relación a la probidad administrativa y la lucha contra la corrupción.

Dentro de un contexto en que no existan tribunales contencioso administrativos, a diferencia de lo que ocurre en casi todos los países de América Latina y Europa, es necesario analizar cuidadosamente cuál es el control de la Administración que se le entrega al juez, y a través de qué procedimientos éste puede llevarlo a cabo.

Establezcamos en primer término una cuestión previa. Para quienes sostienen que el ideal de sistema es uno en que el Juez sea único, no especializado, y con gran poder de control; citándose al efecto como ideal a seguir, el sistema del common law, que no tiene jurisdicción administrativa, hay que aclarar que ello no es así. Por el contrario, y tomando al juez inglés y de Estados Unidos de Norteamérica, la situación es precisamente la inversa. Mucho más que en el sistema continental, que en Francia o en España, por ejemplo, existen innumerables instituciones, miles en Estado Unidos, que se conocen como tribunales administrativos. En realidad son agencias, o servicios públicos dotados de cierta autonomía, que tienen atribuciones cuasi judiciales. Atribuciones ejecutivas, reglamentarias y cuasi judiciales y que en su estructura interna, estas instituciones funcionan en la práctica con cierta autonomía, y sobre todo con gran especialización. Algo así ocurre en Chile con el Servicio de Aduanas y sus tribunales aduaneros, que fueron creados según el modelo de la agency norteamericana. De esta forma entonces, los asuntos son resueltos en realidad por este sin fin de tribunales administrativos especializados. Ahora bien, eso sí, contra las resoluciones o fallos de estos tribunales, se puede recurrir a la que podemos llamar jurisdicción ordinaria. Pero, como se comprenderá, existiendo estos tribunales especializados, los asuntos que llegan a la jurisdicción ordinaria son muy



pocos y muy bien establecidos los puntos de la discusión jurídica. No hay que llamarse a engaño con la justicia del common law. Al respecto recuerdo lo que decía el profesor Hampson de la Universidad de Oxford, que visitó Chile hace tres décadas, que ellos los ingleses, hacían trampa al referirse a su justicia, pues con mayor población que Francia tenía la décima parte de los jueces. La trampa estaba en que existen miles de jueces que no son llamados jueces propiamente tales pero que ejercen esa función. Hoy en Inglaterra hay alrededor de 30.000 jueces legos, que tienen a su cargo los asuntos criminales y civiles menores.

Luego, justicia especializada hay en todo el mundo y no puede ser de otra manera. Y en Chile, qué tenemos y con qué nos quedaremos. Con el recurso de protección y con el juicio ordinario de mayor cuantía ante el juez de letras civil en algunas partes y juez común en el resto del territorio, y con unos pocos procedimientos especiales contenciosos administrativos, como el reclamo de ilegalidad municipal, ante diversas instancias de la organización judicial.

No alcanzo sino que a mencionar lo que significa el juicio ordinario de mayor cuantía en relación a lo contencioso administrativo. Efecto relativo de las sentencias, pasividad del juez, problema de las medidas prejudiciales. Son muchos los aspectos en que se demuestra que el procedimiento no es el adecuado. Al respecto, recuerdo el caso hace unos pocos años en que un particular que tenía un terreno colindante con otro donde se instalaría una central hidroeléctrica en Aconcagua, reclamó nulidad del decreto de concesión para la construcción de la central. En lo principal solicitó la nulidad y en el otrosí la suspensión de la obra. El juez proveyó, a lo principal, traslado, al otrosí, como se pide, suspendiendo la obra. A los quince días el demandado tuvo que transigir.

Es sin embargo el recurso de protección, donde a mi juicio se presentan los mayores problemas.

Para todos es sabido que este recurso ha sustituido en la práctica al contencioso administrativo. Mayoritariamente se utiliza contra actos de la Administración, siendo excepcionales aquellos en que particulares recurren contra otros particulares, o contra resoluciones judiciales. Es en realidad la vía chilena de control del juez sobre el Poder Ejecutivo. Mediante un procedimiento inadecuado que se ideó como resguardo de las garantías constitucionales, pero que con la amplitud que se ha dado al derecho de propiedad de lo que ya diera cuenta, no hay ningún acto administrativo imaginable, que no pueda en definitiva afectar el derecho de propiedad, siendo la enunciación de la garantía afectada una mera fórmula en la presentación del libelo; que no ofrece garantías procesales ni a la autoridad recurrida, ni a los terceros interesados en la mantención del acto; donde no hay criterios estables o permanentes en materia de jurisprudencia, los Tribunales de justicia proceden a dejar sin efecto actos del Poder Ejecutivo, a dar órdenes a la Administración y en general a realizar por esta vía el control jurisdiccional de la misma. Asuntos de gran cuantía y de enorme importancia para el interés general se discuten por a través de este recurso, en que los fallos pueden incluso dictarse por la Corte Suprema, sin alegatos, en cuenta y sin que exista propiamente tal una instancia de discusión adecuada de la materia. Pensemos en lo que ocurre en estos días con la orden de no innovar dictada en relación con las tarifas eléctricas. Orden de no innovar y discusión de un asunto de enorme complejidad técnica en un procedimiento de urgencia.

Los recursos de protección son resueltos, no por un tribunal permanente que vaya sentando jurisprudencia, sino que por las diversas salas de las Cortes de

Apelaciones, con una integración siempre cambiante, en que el criterio adoptado en la resolución no es seguido en el recurso siguiente por jueces diversos.

Lo impredecible de los recursos de protección, hacen aumentar la litigiosidad, pues se fomenta la tendencia a interponerlos, ya que siempre existe la posibilidad de que, en un procedimiento tan incierto, un buen alegato o una ingeniosa presentación, resulte en alguna resolución, transitoria o definitiva, que obligue a la Administración a otorgar al recurrente una prestación a la que en principio no tenía derecho. Cabe señalar, por lo demás, que por lo general no es el simple particular, salvo los casos vinculados a funcionarios públicos, el que es el asiduo recurrente. No es la viejecita que tiene el quiosco en la esquina y que la autoridad quiere caducarle el permiso. Es, por lo general, la gran empresa eléctrica, la empresa pesquera, el concesionario de telefonía, etc. La contrapartida de todo esto es, como se ha señalado con preocupación por representantes del propio sector empresarial, que la ausencia de reglas claras, o sea, la incertidumbre en estas materias, desalienta al actor económico y al propio inversionista. Pero, por sobre todo, se perjudican los intereses públicos.

El recurso de protección ha tenido un gravísimo efecto en el rol de la Contraloría General de la República. Ha transformado sus dictámenes, resoluciones sancionatorias y acciones en general, en un mero trámite administrativo, del que siempre puede recurrirse ante la respectiva Corte de Apelaciones. El rol de este órgano habrá de ser redefinido. Hasta hace poco tenía la última palabra en muchos aspectos concernientes a la Administración del Estado y sus funcionarios. Resulta irónico que teniendo en la Constitución Política un rango constitucional destacado, haya visto limitada en forma tan considerable su esfera de acción. Es necesario señalar, que aún cuando el Senado ante un conflicto de competencia planteado por la Contraloría General de la República con el Poder Judicial en relación con la toma de razón, determinó claramente que no correspondía que se invadiera esa atribución por parte del Poder Judicial, ello ha seguido ocurriendo, por cuanto las Cortes de Apelaciones han estimado que aquella resolución del Senado sólo tenía efecto particular en ese asunto. Al respecto, en fallo recaído en recurso de protección interpuesto contra la Contraloría General de la República por un grupo de pensionados de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile, rol 1532-96, la Corte Suprema, en cuenta y sin alegatos, con fecha mayo de 1996, revocó sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago y ordeno tomar razón de una resolución del año 1990 que reencasillaba a personal civil de la institución, y que los interesados recurrentes dijeron haber tomado conocimiento sólo en 1996.

El hecho que hoy se pueda recurrir de protección frente a cualquier acto de la Contraloría General de la República, incluso contra actos sancionatorios en sumarios administrativos de los que se debe tomar razón, destruye uno de los aspectos más importantes de la función de la Contraloría, cual es su labor como creadora de la jurisprudencia administrativa, tanto en lo que respecta a la interpretación del Estatuto Administrativo, como en general de las normas aplicables a la Administración del Estado. Esta jurisprudencia, elaborada principalmente a través de dictámenes, cimentados unos sobre otros, relacionados y congruentes entre sí, ha permitido a la Administración y a los particulares que se relacionan con ella, contar con normas precisas y claras para su actuación.

No puede pretenderse que no exista control jurisdiccional de los actos de la Contraloría. El control jurisdiccional es irremplazable como garantía para los individuos. Pero el control actual a través del recurso de protección, en que una Sala de Corte de Apelaciones, no especializada, en un procedimiento de urgencia, echa

por tierra todo lo que significa años de jurisprudencia, y de estudio de un órgano como la Contraloría, resulta en un evidente retroceso jurídico.

En el futuro se deberá reestudiar el rol de la Contraloría y los recursos jurisdiccionales que procedan contra sus actos. Lo lógico hubiera sido en la Ley de Procedimiento Administrativo y en una sobre lo Contencioso Administrativo. Al no existir éstas, a lo menos habrá que esperar alguna legislación complementaria del recurso de protección que establezca algún tipo de especialización al interior de las Cortes de Apelaciones. Si lo que resuelve la Contraloría puede ser discutido ante los Tribunales, al menos que los miembros de éstos sean versados en los temas que controlan y, por sobre todo que sean los mismos siempre, estableciéndose una sala permanente en cada Corte de Apelaciones, de tal modo que estén en condiciones de ir creando jurisprudencia con sus resoluciones, lo que en todo caso sería difícil, ya que los recursos de protección se presentan ante cualquier Corte de Apelaciones del país, y así, un reclamo de un funcionario en cualquier Región puede destruir la jurisprudencia de la Contraloría General de la República.

El contencioso administrativo entregado al recurso de protección y al juicio ordinario de mayor cuantía, está creando una jurisprudencia en una materia, que puede revestir la mayor gravedad, por la incertidumbre de los derechos y de las resoluciones administrativas. Materia cuya sola mención ocasiona de inmediato polémica entre los profesores de derecho administrativo. Me refiero al problema de la nulidad en el derecho administrativo. No es el caso entrar al análisis de este tema, sobre el cual ya varios especialistas hemos hecho publicaciones, pero sin duda la discusión deberá solucionarse y uniformarse un criterio por la vía jurisprudencial o legislativa.

Con ocasión de la aplicación a particulares del Decreto Ley N° 77 de 1973, que confiscó los bienes de los partidos políticos, se han iniciado muchos procesos en que directamente se ha demandado la declaración de nulidad de derecho público de la resolución confiscatoria dictada hace más de veinte años y los tribunales en varios casos, han acogido la demanda señalando que la nulidad de derecho público opera ipso jure, es insanable e imprescriptible. Al respecto en fallo de 1 de junio de 1995 recaído en causa caratulada "Pérsico con Fisco", rol 2469-94 del 28 Juzgado civil de Santiago, confirmada en todas sus partes con fecha 2 de noviembre de 1995, se señaló en su considerando séptimo lo siguiente: "...acto nulo que adolece nulidad de pleno derecho, no le cabe a este juez otra actuación que su constatación y declaración, sin que sea óbice para ello el largo tiempo transcurrido, por cuanto la nulidad que afecta al acto lo privó ad inicio y perpetuamente de todo valor jurídico, pudiendo invocarse en cualquier momento, sin que sea procedente la convalidación." Más adelante, considerando noveno: "La nulidad de derecho público opera ipso jure, es insanable e imprescriptible".

Ahora, en relación a la prescripción adquisitiva del Fisco, por haberse tenido inscrita la propiedad por más de veinte años, considerando décimo, después de señalar que el dominio sólo se pierde por la prescripción adquisitiva que otro pudiera hacer: "...aún cuando de todos modos el Fisco no ha podido adquirir bien alguno a través de un acto que se mira como no ejecutado, tal es así, que respecto del bien confiscado sólo puede mirársele como mero tenedor de un bien ajeno que, pese al transcurso del tiempo, nunca ha salido del patrimonio de su titular. En consecuencia deberá ordenarse la cancelación de la inscripción a favor del Fisco".

Reconociendo que la situación toca una situación muy particular, como es la de la confiscación de bienes particulares por aplicación del Decreto Ley 77, esta

jurisprudencia, que se ha aplicado en varios casos es de la mayor gravedad por las consecuencias que puede tener. Imaginemos, por ejemplo, que alguien reclame la nulidad de actos del periodo de la revolución de 1891, o que descendientes de la familia Carrera reclamen nulidades de actos de confiscación, o para complicar más las cosas, que descendientes de los mapuches a quienes el Fisco les quitó las tierras y después las subastó reclamen al menos la devolución de calles y plazas de las ciudades fundadas durante la denominada pacificación de la Araucanía. Porque si el acto nulo no prescribe en veinte años, tampoco lo es en doscientos.

En interesante sentencia de 28 de octubre de 1996, redactada por el abogado integrante y profesor de derecho civil don Francisco Merino Scheihing en causa caratulada "Mireya Baltra con Fisco", en relación con la confiscación de un vehículo por aplicación del decreto ley 77, se hace un detenido análisis de la nulidad absoluta en derecho civil, después de sostener que a la institución de la nulidad, por ser de derecho común debe siempre aplicársele el título XX del Libro IV del Código Civil. Sostiene, sin embargo, que es imprescindible, en cuanto con la acción se pretenda atacar la eficacia del acto en sí mismo, "sea para evitar que el acto eventualmente nulo produzca efectos o con el fin de que éstos se reviertan si aún no se encuentran jurídicamente consolidados." El fallo, no obstante, da a entender que podría eventualmente adquirirse por el Fisco por prescripción adquisitiva, pero no se pronuncia al respecto por no haberse solicitado.

Hay, sin embargo, en relación con la prescripción, fallos en sentido contrario. Así tenemos que en la causa caratulada "Morales con Fisco", la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 4 de julio de 1994 señaló que se aplicaba en materia de nulidad de derecho público el artículo 2497 del Código Civil, que establece que las reglas de la prescripción se aplican a favor y en contra del Estado, haciendo aplicación del artículo 2515 del mismo código que establece la prescripción de cinco años.

Será necesario buscar una solución a la nulidad de derecho público. Al hacerlo, sin embargo, no debemos dejar de lado que lo razonable y lógico, como establecen otros ordenamientos jurídicos es que se distinga entre diversos tipos de nulidad y que la regla general sea, en último término, por razones de sentido común, la prescriptibilidad, o la caducidad de las acciones, existiendo incluso nulidades de menor importancia, que no facultan para demandar la nulidad. Por último debemos tener presente que incluso nuestra legislación contempla recursos especiales, como por ejemplo el de ilegalidad de actos municipales, en que el plazo para ejercer las acciones es brevísimo, treinta días, con el objeto, como corresponde a la doctrina, de asegurar la estabilidad y certeza de los actos administrativos.

La nulidad de derecho público está íntimamente vinculada al problema de la invalidación del acto administrativo o de la auto tutela como algunos la denominan. ¿Puede la Administración, en cuanto constata que existe un acto que adolece de nulidad, en cualquier tiempo, dejarlo sin efecto? Tradicionalmente la Contraloría General de la República sostuvo que no sólo podía, sino que debía la Administración invalidar sus propios actos. Ha hecho, sin embargo, la excepción de los derechos adquiridos de algunas personas de buena fe, en ciertos casos. Sin embargo, hoy la jurisprudencia de los tribunales se está inclinando resueltamente por excluir toda posibilidad de invalidación sosteniendo que debe recurrirse a los tribunales por la propia Administración.

Este problema no está definitivamente resuelto en Chile y fácilmente se comprenderá lo grave que puede resultar excluir toda posibilidad de invalidación por

parte de la Administración, particularmente si se considera que un acto administrativo favorable a un particular, dictado por un funcionario venal, o mediante engaño puede perjudicar gravemente el interés público si para impedir sus efectos hay que recurrir al juicio ordinario de mayor cuantía. Al respecto es útil recordar la situación producida en materia de jubilaciones obtenidas con montos alterados fraudulentamente con documentos falsos, por cientos de personas, en que se rechazó la posibilidad que el Instituto de Normalización Previsional, al descubrir el engaño, invalidara los actos administrativos de fijación de las pensiones.

No obstante que la mayoría de la jurisprudencia no entra a hacer distinciones de ninguna especie, conviene resaltar que la materia es difícil de abordar y que existen también sentencias que admiten la invalidación en ciertos casos. Así, en fallo de la Corte Suprema de 9 de julio de 1993 recaído en recurso de protección interpuesto por la empresa Pesca Chile en contra del Subsecretario de Pesca, se estableció que el acto administrativo puede ser invalidado cuando no se afecte a terceros en sus derechos adquiridos, señalando que la recurrente no es un tercero como podría serlo el que compró el producto de la pesca, de esta pesca mal hecha, o la persona que lo faenó, que sí sería un tercero, y por lo tanto, la invalidación por la autoridad puede afectar a la persona en cuyo beneficio se realizó, o sea, el beneficiario del acto. La persona a quien va dirigido el acto no es un tercero y ahí procede la invalidación. Y va más allá el fallo, sostiene que procede la invalidación particularmente porque además la Contraloría que es el organismo encargado de controlar la actividad de la Administración, consideró al tomar razón del acto invalidatorio, que el acto invalidatorio era correcto y que el acto anterior era ilegal. lo cual le da una presunción a la actividad de la Administración.

Esta distinción es muy importante, porque el destinatario del acto no es un tercero y puede invalidarse, sin perjuicio, dice, que los derechos que emanan para esta persona, podrán ser objeto de una acción ordinaria declarativa de derechos.

Algunas sentencias recaídas en materia de control de los actos administrativos han calificado de función jurisdiccional, y por lo tanto, de invasión de las atribuciones de un poder del Estado por otro, la dictación de algunos actos administrativos en que se deciden aparentes controversias o se imponen sanciones. Ocurrió en fallo de la Corte Suprema conociendo del decreto supremo que canceló la personalidad jurídica de Colonia Dignidad en que se expresó que aquello era el ejercicio de una actividad jurisdiccional, contrastando por lo demás, con aquel famoso fallo de 1965, Socotransco con Fisco en que no sólo no se calificó la misma actividad de cancelar una personalidad jurídica como jurisdiccional, sino que se sostuvo que los tribunales carecían de jurisdicción para controlar la legalidad de esa decisión. Ha ocurrido también en fallos recientes, como el ya mencionado, de "Pérsico con Fisco", en que la sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones expresa que: "se puede advertir que a través del Decreto Supremo N° 396, que dispuso el traspaso de la camioneta Ford 1968 del demandante, la administración se arrogó facultades jurisdiccionales propias y exclusivas de los Tribunales de Justicia", sosteniendo que la confiscación era una pena.

Sin perjuicio de aceptar que en los dos ejemplos propuestos, particularmente en el segundo, la situación pueda ser discutible, es muy importante consignar que el problema de la delimitación de lo que es propiamente función jurisdiccional y función administrativa tendrá mucha importancia en los próximos años, particularmente si el Poder Judicial mantiene la tesis de que se invade sus atribuciones al ejercer funciones similares. Dejando de lado todo aquello vinculado a

que la separación de los poderes no puede entenderse en términos absolutos y en el sentido clásico, y que a nadie se le ha ocurrido, por el momento, sostener que tampoco el Poder Judicial puede asumir constitucionalmente funciones administrativas, como intervenir en el nombramiento y funciones de Notarios y Conservadores o la denominada jurisdicción voluntaria, si bien los términos de la Constitución que impiden al Poder Judicial intervenir en materias administrativas no son tan precisos como los del artículo 73, hay que tener presente que la función administrativa consiste en decidir entre varias opciones, e incluye también la de decidir controversias a través de recursos administrativos, e incluso de aplicar sanciones administrativas. Entiendo que la ley puede denominar como tribunal a una autoridad administrativa, como lo hace con el Director de Impuestos Internos al conocer de reclamos tributarios, y así dar una solución formal al problema, pero quizás sería conveniente adoptar una posición práctica, particularmente teniendo presente la necesidad de aumentar instancias especializadas al interior de la Administración, para resolver reclamos de particulares ante la ausencia de tribunales contenciosos administrativos, resguardando eso sí, la posibilidad de siempre recurrir ante los tribunales. En todo caso el límite entre la actividad propiamente administrativa y jurisdiccional no se encuentra debidamente precisada en el día de hoy.

El problema de la restricción de derechos es uno de los aspectos más importantes en que el derecho constitucional y administrativo confluyen. La Constitución Política permite a la ley restringir los derechos que consagra en su artículo 19 haciendo en varias oportunidades referencia expresa a ello, con la prevención tan importante de su número 26. Lo que no queda claro en absoluto es cuál es el papel que le corresponde a la Administración en la limitación y particularmente al reglamento; ya que descartando la solución del derecho francés, donde la autoridad puede restringir derechos de acuerdo a la clásica noción genérica de ejecución de las leyes, sin necesidad de ley expresa que reglamente, una posición sostiene que la ley debe establecer íntegramente la limitación, no dejando nada al ámbito reglamentario. Este punto de vista se manifiesta claramente en el fallo del Tribunal Constitucional recaído en la ley de medio ambiente, donde se declararon inconstitucionales varias disposiciones que otorgaban a la Administración facultades, entre otras, en materia de restricción vehicular, señalando que es de competencia exclusiva del legislador el establecimiento de restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente. La otra posición es de aceptar un rol del reglamento, particularmente a través de una remisión normativa, ya que de lo contrario la actividad administrativa perdería gran parte de su eficacia. Si, por ejemplo, se necesitara una ley para prohibir tocar una corneta a las dos de la madrugada, en lugar de facultar al Alcalde para dictar ordenanzas de ruidos molestos, probablemente el legislador no podría regular adecuadamente todos los casos en que se requiere una normativa. A pesar que después de observar las medidas tomadas para mantener el orden público durante la reciente denominada cumbre iberoamericana, particularmente el cierre de la ruta 68 durante todo un día hábil, me asisten ciertas dudas sobre la materia.

La remisión normativa a que he aludido, institución del derecho español, fue íntegramente acogida por la jurisprudencia de la Corte Suprema en fallo sin voto disidente alguno de fecha 10 de septiembre de 1993, recaído en recurso de inaplicabilidad interpuesto por Watts Alimentos S.A., rol 17.661. Este fallo, de

importancia trascendental para el derecho público chileno ha sido fuertemente criticado por la doctrina que restringe el rol del reglamento.

En fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 25 de agosto de 1994 recaído en recurso de protección interpuesto por Javier Díaz López y otro contra el Secretario Regional de Transportes, sobre restricción vehicular, después de señalar que el fallo del Tribunal Constitucional aludido anteriormente sólo produce efecto en la causa que se pronunció, expresamente señala que debe ser rechazada la alegación de que la restricción vehicular sólo puede disponerse en virtud de una ley, señalando en su considerando séptimo que concluir, "exigiendo que cada medida para propender a la conservación del medio ambiente deba ser ordenada por ley, es desvirtuar su sentido lógico"... más adelante expresa: "exigiría someterlas a los largos y necesariamente difíciles procedimientos constitucionales para la formación de la ley. Esto evidentemente, a juicio de estos sentenciadores, no es el deseo ni del constituyente ni de las leyes que defienden el medio ambiente, ya que tal aplicación haría ineficaz cualquier medida que, ante situaciones límites, hubiera de tomarse rápidamente en defensa de la salud de las personas ante un medio ambiente con índices peligrosos".

El último problema al que me voy a referir y que considero de enorme importancia práctica y jurídica es al de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Durante años en Chile, el tratamiento de la responsabilidad extracontractual del Estado por la jurisprudencia, fue muy deficiente. A partir del fallo "Mario Granja con Fisco" en el año 1938, en que se declaró la irresponsabilidad del Estado, se fue desarrollando paulatinamente una responsabilidad a partir de la distinción del derecho francés de fines del siglo XIX entre actos de autoridad y actos de gestión, aplicándose a estos últimos el artículo 2320 del Código Civil.

El año 1986, con la dictación de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, se estableció un sistema de responsabilidad, en su artículo 44, basado en la institución también francesa, de la falta de servicio. Ella ya había sido adoptada con anterioridad, aunque no en términos explícitos, por la Ley de Municipalidades de 1976, en el artículo 62 del decreto ley 1.289.

No es el caso entrar aquí a explicar como ha evolucionado el tema a partir de la dictación de la ley. Referiremos únicamente que la interpretación de los artículos 4 y 44 de la Ley de Bases, en relación con el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política, particularmente en sentencias recaídas en la acción civil interpuesta en procesos penales, ha producido una lamentable confusión acerca de si la responsabilidad del Estado es objetiva o no. Esta confusión nace a partir del hecho que en la falta de servicio no hay que probar dolo o culpa de funcionarios determinados, lo que llevó inicialmente a la jurisprudencia en el fallo "Tirado con Municipalidad de La Reina", del año 1981, a hablar de responsabilidad objetiva. Dicha jurisprudencia influyó en fallos posteriores en que correspondió aplicar la Ley de Bases dictada cinco años después. Lo anterior en circunstancias que el artículo 44 de la ley establece un sistema que no es objetivo, sino que basado en la falta de servicio, como su nombre lo indica; o sea, como señalan los hermanos Mazeaud y Tunc, en la "culpa del servicio".

La doctrina partidaria de la responsabilidad objetiva ha logrado no sólo dejar en la práctica sin aplicación la institución de la falta de servicio, incorporada formalmente al derecho chileno, sino que se aplique derechamente la teoría de la responsabilidad objetiva. La diferencia de criterios de la doctrina es tajante,

sosteniéndose incluso que el artículo 44 de la Ley de Bases es inconstitucional en relación al artículo 38 inciso segundo de la Constitución; o por otros, como yo, que dicho artículo 38 no se refiere a la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que a la competencia de los tribunales ordinarios.

En todo caso, lo que me interesa plantear aquí es que el problema o discusión suscitada habrá de ser dilucidado en los próximos años en forma coherente, ya sea por los tribunales o por el legislador. ¿Habrá de responder siempre el Estado cuando exista un daño y una relación de causalidad entre la acción u omisión del Estado y dicho daño? Un bache en un camino, un semáforo descompuesto recientemente, una piedra que cae del cerro sobre un automóvil que transita ¿darán lugar a responsabilidad estatal? ¿O será necesario que esa acción u omisión sea, en alguna forma, contraria a derecho? ¿Habrá una regla general de falta de servicio y excepciones de responsabilidad objetiva contempladas en la ley o siempre la responsabilidad deberá ser objetiva? o, por el contrario ¿la responsabilidad será únicamente por falta? Por último, ¿podrá avanzarse a través de la jurisprudencia a la solución de este asunto por la vía de la institución de la presunción de falta como yo he propuesto?

Dudo mucho que la jurisprudencia de los tribunales pueda lograr avances en materia de establecer un régimen adecuado de responsabilidad extracontractual del Estado, particularmente cuando, como ya he dicho, es el juez del crimen que resuelve al final de un dilatado fallo sobre aspectos penales, en unos pocos considerandos, sobre la acción civil, siendo siempre ésta un apéndice de lo penal. Además, se requeriría de un tratamiento especializado para determinar los múltiples matices que la institución de la falta de servicio tiene, así como la relación que existe entre ésta y la falta personal.

En último término, sin embargo, se trata de una grave decisión acerca de una materia muy importante en relación con el compromiso de los recursos del Estado, con una creciente cantidad de demandas, entabladas contra los órganos de la Administración y contra el Estado mismo, que se han multiplicado en los últimos años en progresión geométrica, no sólo en cantidad sino en el monto de lo demandado, incluyendo también cantidades cada vez mayores por lo que se ha dado en llamar daño moral y que en otros países corresponde a alteraciones en las condiciones de existencia, y que es otro aspecto en que la doctrina nacional y la jurisprudencia se encuentran en estado incipiente. Yo pienso, como señalan algunos autores, que transformar a la Administración en una aseguradora universal no es un ideal absoluto, reconociendo que pueden existir casos en que el particular no deba soportar el daño, no obstante que la actividad administrativa sea lícita. A lo mejor surgirán fórmulas nuevas, que puedan incluso llegar a soluciones pragmáticas, como ocurre por ejemplo con el artículo 144 del Código Aeronáutico que establece una responsabilidad objetiva hasta un determinado monto, que el transportista está obligado a indemnizar y que, según su artículo 172, se puede demandar una indemnización superior a los límites, si se prueba culpa del transportador, explotador o dependiente, cuando actúen durante el ejercicio de sus funciones.

Llego al término de mi intervención, pidiendo excusas a los asistentes por lo dilatada de ésta; pero he querido, como lo señalé al comienzo, hacer una reseña de lo que a mi juicio, son los principales aspectos vinculados al derecho administrativo, que se encuentran pendientes en este fin de siglo y que, presumiblemente, ocuparán la atención de jueces y especialistas a comienzos del siglo XXI.



A pesar de la crítica formulada a la situación actual, es necesario consignar que la mayoría de los problemas planteados tienen su origen en algo extremadamente positivo, como es el que los tribunales ordinarios hayan entrado de lleno a controlar la actividad administrativa. Si lo examinamos desde esa perspectiva veremos que ellos surgen de la forma de interpretar las normas y principios aplicables a este control que están ejerciendo, pero no del hecho de no hacerlo. Esto contrasta con la situación existente hace apenas treinta años, en que la mayoría de los problemas mencionados no existían, pero ello porque no existía tampoco el control jurisdiccional del Poder Ejecutivo. Los tribunales declaraban que no tenían jurisdicción para hacerlo; que el Estado no era responsable de sus actos; que la Constitución Política no se aplicaba directamente, sino que debía existir una ley para ello; y, por lo tanto, el derecho constitucional era sólo una disciplina teórica, y el derecho administrativo, en parte también y en el resto un conjunto de normativa de detalle aplicable internamente a la Administración. Hoy, en cambio, son disciplinas de gran vitalidad, en permanente evolución, en que cada posición o teoría puede tener aplicación práctica inmediata.

Si los tribunales no hubieran entrado a ejercer el control que mencionamos, el panorama sería realmente oscuro. Ahora, en cambio, las críticas las planteamos dentro de un panorama optimista, y estimulados intelectual y académicamente. Dentro de este consenso básico, y en ello sí que lo hay, del control del Estado por un juez independiente, y poniendo todo dentro de una perspectiva histórica; esta época en que nos encontramos es sólo la del inicio, y deberán transcurrir todavía muchos años para que las instituciones se afiancen y maduren, adquiriendo solidez y permanencia.

Muchas gracias.