

# UTILIZACION POR LA ADMINISTRACION PUBLICA DEL DERECHO PRIVADO\*

JOSÉ LUIS CEA EGAÑA  
Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales  
Instituto de Chile

## SUMARIO

Introducción. I. Síntesis retrospectiva. II. Décadas de cambio. III. Aplicaciones recientes. IV. Visión prospectiva.

## INTRODUCCION

La amplitud del tema permite abordarlo en visión retrospectiva, presente y futura, aunque circunscrita a Chile y, especialmente, en análisis diacrónico que abarca sólo los últimos treinta años.

Claro resulta que la interpretación histórica es la más sencilla y decantada, aunque no carente de polémica. Menos certeza siente el autor para evaluar el curso actual del proceso. Y no va más allá de las hipótesis, pese a los antecedentes que las sustentan, a propósito del porvenir.

Paradojalmente, sin embargo, creo que en este Congreso el hincapié debe ser hecho en la última de las tres dimensiones aludidas, porque en la convocatoria parece propugnarse la utilización más intensa del Derecho Privado por la Administración Estatal. Consecuentemente, el autor declara que apoya esa utilización, pero no calla que planteará algunas de las delicadas cuestiones que, de tal proceso, surgen para los derechos de los administrados en la comunidad democrática.

Por otra parte, el asunto siempre ha sido concebido como pertinente a la modernización del Estado-Gobierno, en cuanto el Derecho Administrativo es la rama del sistema jurídico preocupada de tal Institución y de los servicios que la integran. La Administración Pública, por ende, es la

\*Ponencia expuesta y debatida en el Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas, celebrado en Madrid desde el 9 al 12 de octubre de 1996.

estructura, más o menos consolidada, de órganos estatales regida, de modo inmediato, por esa disciplina, sin perjuicio de remisiones al Derecho Constitucional, los Principios Generales del Derecho y, de manera más precisa, a los del Derecho Público.

Empero, el concepto de modernización del Estado ha cambiado radicalmente en el período a que se refiere esta comunicación. Y ese cambio es de dirección tan opuesta a la precedente que, sin incurrir en demasía, puede ser calificado como inconciliable con el fundamento ideológico y el sentido del fenómeno que lo antecedió. En pocas palabras, si hace medio siglo se hablaba de modernizar el Estado era para reforzarlo de cara a la Sociedad Civil o no Estado, en la terminología de Bobbio<sup>1</sup>. Hoy, por el contrario, el tema se plantea para revitalizar la legitimidad del Estado, pero de frente al Sistema Social que va expandiéndose, asumiendo nuevos roles y pasando a controlar, cada vez más de cerca, el ejercicio de la soberanía por la autoridad pública<sup>2</sup>.

## I. SINTESIS RETROSPECTIVA

Hacia 1960, he dicho que la modernización tenía por finalidad dotar al Estado-Gobierno de potestades más amplias, ejercitables de modo por lo común discrecional, para el cumplimiento de cometidos innumerables. Muchos de estos últimos se le habían confiado por las leyes con rasgo prioritario, en parangón con el sector privado, y en otras ocasiones, con cualidad exclusivo y, por lo mismo, excluyente de este último.

Aquel proceso de fortalecimiento del Aparato Público tenía ya larga duración. A partir de las postrimerías de los años 20 y por más de cuarenta años, en efecto, la Administración Pública experimentó un creci-

<sup>1</sup>Norberto Bobbio, *Estado, Gobierno, Sociedad. Contribución a una Teoría General de la Política* (Barcelona, Ed. Plaza y Janés, 1987) pp. 34 ff. El autor se ha detenido en el asunto, por ejemplo, en "Descubriendo el Futuro de nuestra Sociedad Estatal" *XX Revista Chilena de Derecho* N<sup>os</sup>. 2-3 (1993) pp. 209 ff.

<sup>2</sup>Reflexiones novedosas y sugerentes en el tópic, incluso en torno a la pervivencia del concepto de Estado elaborado en el siglo XIX y XX, fueron expuestas por el Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, Thomas Feiner, profesor de la Universidad de Friburgo (Suiza) en su discurso inaugural de la *Conferencia sobre Interacción entre la Jurisdicción Nacional y la Internacional*, celebrada en Levico (Italia) el 27 y 28 de septiembre de 1996.

miento enorme, cuantitativa y cualitativamente entendido. Eran los tiempos del Estado Nuevo, justificado ante los estratos medio y bajo de la población como Estado de Bienestar y Providente, dinamizado por el *ethos* de una democracia social y después socialista<sup>3</sup>. En consecuencia, el régimen gubernativo se singularizaba por la intervención estatal creciente en todos los ámbitos de la convivencia, correlativa a la contracción del sistema socioeconómico privado. No se duda aquí del progreso que, en términos globales, la sociedad alcanzó con la implementación de tal modelo, pero tampoco ignora el autor los peligros colectivistas que él entrañaba y que iban a ser catalizados ideológicamente pocas décadas después.

Tórnase claramente entendible, entonces, por qué en ese período se produjo un despliegue notable del Derecho Administrativo. Se afirmó así su autonomía disciplinaria, siguiendo desde cerca la vertiente francesa clásica, v. gr., en las obras de Duguit, M. Hauriou y Jéze, principalmente<sup>4</sup>. Y fundamentándose en las elaboraciones de aquella doctrina, con alguna influencia española, se desplegó la Administración Pública chilena.

Era un complejo burocrático concentrado y centralizado, sometido al Presidente de la República<sup>5</sup>. En dicha Administración, los jerarcas se esforzaron por recurrir a los conceptos propios del Derecho Público, del Derecho Constitucional y, más que nada, del Derecho Administrativo que iba emergiendo. El Derecho Privado, por ende, no era utilizado por tal Administración, salvo como último *ratio* con el carácter de Principios Generales del Derecho, pero adaptados a las exigencias típicas de la Administración Estatal<sup>6</sup>.

<sup>3</sup>Consúltese Mario Góngora del Campo, *Evolución de la Noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX* (Santiago, Ed., La Ciudad, 1981) pp. 78 ff.

<sup>4</sup>Véase, entre muchos, Juan Antonio Iribarren, *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago, Ed. Nascimento, 1936) pp. 27 ff; Guillermo Varas Contreras, *Derecho Administrativo* (Santiago, Ed. Nascimento, 1948) pp. 12 ff.; Patricio Aylwin Azócar, *Manual de Derecho Administrativo* (Santiago, Ed., Jurídica de Chile, 1952) pp. 30 ff.; del mismo profesor Aylwin: I *Apuntes de Derecho Administrativo* (Santiago, Ed. Universitaria, 1960) pp. 80 ff.

<sup>5</sup>Consúltese Germán Urzúa Valenzuela y Ana María García Barzelatto, *Diagnóstico de la Burocracia Chilena* (Santiago, Ed., Jurídica de Chile, 1971), especialmente pp. 98 ff.

<sup>6</sup>Revítese Enrique Silva Cimma, I *Derecho Administrativo Chileno y Comparado* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1968). En la página 70 de la obra citada, su autor escribió: "(...) si bien el desenvolvimiento normal de la Administración Pública se realiza mediante actos de "poder público", dentro de las normas de Derecho Público existe una

Tal era, por ejemplo, la tesis dominante en punto a los elementos del acto administrativo, los contratos<sup>7</sup>, la nulidad de Derecho Público y la responsabilidad extracontractual del Estado. En otros rubros, en cambio, se había consolidado ya el enfoque iuspublicista, como ocurría con el demanio, encuadrado en el Código Civil de 1857<sup>8</sup>, o con la expropiación indemnizada, paulatinamente escindida de la venta forzosa. Semejante era, en fin, el régimen de los funcionarios públicos, los cuales se regían por el Estatuto Administrativo, es decir, una legislación diferente de la contemplada, con carácter común, en el Código del Trabajo.

Secuela del mismo planteamiento fue la aparición de órganos de control diferenciados, comenzando por la Contraloría General de la República en 1927 y las entidades de fiscalización técnica, denominadas Superintendencias (de bancos, de sociedades anónimas y bolsas de comercio, de seguridad social, de educación, etc.), fundadas en la misma época. Tales órganos de control quedaron sometidos a su legislación orgánica propia, en la cual la utilización del Derecho Privado era supletoria, pero ya considerable.

En la década de 1950, el impulso político infundido al Estado-Gobierno para realizar, desde arriba, el programa social demócrata enunciado, fue siendo emparejado por la incorporación de nuevos entes públicos. Carentes todavía de una conceptualización doctrinaria y legislativa precisa, los entes para o semifiscales<sup>9</sup>, más tarde diferenciados como órganos integrantes de la Administración Autónoma o Personificada de aquel Estado, fueron obteniendo reconocimiento legislativo y, con éste, diferenciación funcional, presupuestaria, laboral, operativa y de control<sup>10</sup>.

Así ocurrió, primordialmente, en el ámbito del Estado Empresario, dentro del cual los entes autónomos generaron, en plena coincidencia con el Derecho Privado, las sociedades de economía mixta y otras fórmulas en

---

gran parte de la gestión administrativa en que el Estado actúa no mediante *actos de autoridad*, sino que por intermedio de simples *actos de gestión* (...) En estos casos la Administración se sujeta al Derecho Privado Civil". (énfasis agregado).

<sup>7</sup>Tópico interesante y muy debatido no examinado aquí por apartarme de la argumentación central, fue el de los contratos leyes, reconocidos y regulados, finalmente, en la reforma constitucional de 1971.

<sup>8</sup>Artículo 589 y siguientes, como asimismo, artículos 948, 995 y 2497.

<sup>9</sup>Artículo 45º inciso 3º de la Constitución de 1925, agregado por la ley sobre reforma constitucional Nº 7.727, del 23 de noviembre de 1943.

<sup>10</sup>Véase Manuel Daniel Argandoña, *La Organización Administrativa en Chile. Bases Fundamentales* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1982) pp. 112 ff.

que convergían, jurídicamente, elementos con recursos, técnicas y procedimientos tanto del Derecho Público como del Privado, más que nada del último. Frecuentemente dotada de privilegios arancelarios, tributarios y de otra índole, tales sociedades competían con los agentes económicos privados y llegaron a desplazarlos. Era el denominado Sector Invisible de la Administración Pública, porque no integraba los cuadros orgánicos de ésta, pese a lo cual el Estado-Gobierno lo controlaba por el nombramiento de sus directorios o gerentes, los aportes de capital que efectuaba, la aprobación de su presupuesto anual por decreto supremo, etc.<sup>11</sup>.

Al concluir la década de 1960, la nacionalización de las riquezas básicas de Chile fue llevada a la práctica mediante acuerdos celebrados entre el Estado y los inversionistas extranjeros involucrados. Empero, en 1971 ese proceso cobró nuevo impulso y dirección, a través de la reforma constitucional pertinente. Eso no impidió, sin embargo, que la reforma aludida señalara que las normas que configuraron las nuevas sociedades de economía mixta quedarán regidas casi enteramente por el Derecho Privado<sup>12</sup>. La explicación de este rasgo yacía en la conciencia de la necesidad en punto a incorporar al ámbito remozado del Estado empresario técnicas, procedimientos y figuras normativas dúctiles, típicas de aquel Derecho, para aliviarlo del peso burocrático que lo abrumaba y que era preludio de la crisis que sobrevendría pocos años después.

Relevante es observar que, en el período de la Unidad Popular (1970-1973), el camino vertiginoso al socialismo se efectuó, sorprendentemente, recurriendo ciertos órganos públicos a las normas del Derecho Privado, traspasando después los activos al Área Estatal o Social de la Economía<sup>13</sup>. Pero, análogamente, importante es añadir que esa utilización del Derecho

<sup>11</sup>Rolando Pantoja Bauzá, *Administración del Estado. Organización* (Santiago, Imprenta Universidad de Chile, 1973), especialmente pp. 25 ff.

<sup>12</sup>Revítese la letra j) de la decimoséptima disposición transitoria de la Constitución de 1925, añadida por la reforma de 1971, así como la legislación complementaria de aquel precepto constitucional.

<sup>13</sup>Eduardo Novoa Monreal, *Vías Legales para Avanzar hacia el Socialismo*, Revista de Derecho Económico N<sup>o</sup> 33-34 (1971) pp. 12 ff; *El difícil camino de la legalidad*, Revista de la Universidad Técnica del Estado N<sup>o</sup> 7 (1972) pp. 10 ff. Ambas monografías se hallan reproducidas en el libro que el Sr. Novoa publicó, bajo el título de *Los Resquicios Legales* (Santiago, Ed. BAT, 1992). En ligamen con la nacionalización del cobre, útil es consultar del mismo autor su *Crítica al Derecho Tradicional. Obras Escogidas* (Santiago, Ed. Antártica, 1993) pp. 159 ff.

Privado por la Corporación de Fomento, el Banco Central y el Banco del Estado fue uno de los motivos determinantes de la crisis a la que, por el conflicto sobre la legitimidad de aquel gobierno, se desató pocos meses después de asumir el Presidente Allende el mando de la Nación.

Resumiendo, la visión retrospectiva permite realzar la utilización vigorosa del Derecho Privado por la Administración Pública Autónoma y por el Sector Invisible que ella creó, más que nada en torno al Estado Empresario. Tal recurso intensivo al Derecho Privado tuvo, sin embargo, algunos efectos políticos gravemente negativos, quedando el administrado a menudo en la indefensión.

## II. DECADAS DE CAMBIO

No se analizará ni evaluará aquí el proceso que impuso el término abrupto del gobierno socialista del Presidente Allende en septiembre de 1973, desencadenando los cambios sociales, económicos y políticos más profundos de la historia republicana de Chile. Suficiente es mencionar estos últimos aspectos y detenerse, algo más, en la impronta que ellos han tenido en el asunto que me ocupa.

El Gobierno Militar utilizó con intensidad el Derecho Privado para reorganizar a la Administración Pública, pero más amplia y sustancialmente dicho, lo hizo para llevar a cabo una tarea fundacional en los tres tipos de cambios recién indicados<sup>14</sup>. Incluso, cuando en 1981-1982 sobrevino una crisis financiera delicada, fueron fórmulas jurídicas privadas las que permitieron superarla aunque su resolución definitiva sólo se logró pocos meses atrás<sup>15</sup>.

Animada de un *telos* ideológico exactamente inverso al del régimen colectivista depuesto, la Junta de Gobierno emprendió la privatización de los activos estatales, fueran muebles o inmuebles, urbanos o rurales;

<sup>14</sup>Véase la *Declaración de Principios del Gobierno de Chile*, difundida el 11 de marzo de 1974. Consúltese Arturo Fontaine Aldunate, *Los Economistas y el Presidente Pinochet* (Santiago, Ed. Zig-Zag, 1988); revítese también *El Ladrillo. Bases de la Política Económica del Gobierno Militar* (1973) (Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1992).

<sup>15</sup>Revítese las leyes N<sup>o</sup> 18.401, publicada en el Diario Oficial el 26 de enero de 1985, y N<sup>o</sup> 18.818, publicada el 1 y el 4 de agosto de 1989. Igualmente véase, además, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la Ley N<sup>o</sup> 19.459, publicada en el Diario Oficial el 5 de junio de 1996.

redujo drásticamente los cuadros de la Administración Pública, infundiendo a sus funcionarios la calidad de interinos por varios años; cercenó las potestades discrecionales que caracterizaba a la burocracia y la dejó, mediante el recurso constitucional de protección, sometida a revisión judicial para prevenir el abuso o la desviación del ejercicio legítimo; eliminó numerosos servicios públicos con los cometidos pertinentes, dejando situada la materia en el área privada; abrió a los agentes particulares el sistema previsional y de seguridad social, de salud, de enseñanza superior e, incluso, estableció un régimen de vigilantes privados, es cierto que sometido al control del Ejército primero y de Carabineros de Chile después.

Más todavía, encapsuló al Estado Empresario, pues lo mantuvo en la propiedad y gestión de la minería del cobre nacionalizada<sup>16</sup>, pero dejándolo sometido, en las demás actividades económicas, a las mismas reglas que regían al sector privado, sin discriminaciones de favor, como había sucedido<sup>17</sup>.

Adicionalmente, se proclamó como principio rector el de subsidiaridad del Estado, sometiéndose la Administración de éste a los parámetros que le fijó la Carta Fundamental<sup>18</sup> en punto a la organización básica, la carrera funcionaria, los principios de carácter técnico y profesional en que debe fundarse y, merece énfasis, el acceso a la jurisdicción común para impugnar los actos administrativos lesivos de los intereses particulares.

Por su incidencia directa y medular en el tópico de esta ponencia, imperativo se vuelve insertar aquí dos, al menos, de los principios articulados en la Ley Orgánica Constitucional mencionada<sup>19</sup>.

<sup>16</sup>Consúltase la tercera disposición transitoria de la Constitución de 1980.

<sup>17</sup>Consúltase el artículo 19 N° 2° inciso 2°, N° 21° y N° 22 de la Constitución de 1980. Interesante es agregar que a la libre iniciativa empresarial asegurada en el artículo 19° N° 21 citado, le ha sido reconocida relevancia especial dentro del nuevo Orden Público Económico, evidencia de lo cual es el establecimiento, por la Ley N° 18.971 de 1990, del Recurso de Amparo Económico destinado a cautelarla, preventivamente o *ex post*.

<sup>18</sup>Véase el artículo 38° de la Constitución y los artículos 3° y 6° de la Ley N° 18.575 de 1986, *Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*.

<sup>19</sup>Con sujeción al artículo 60° N° 18 de la Carta Fundamental, es materia de ley fijar las bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración Pública. Pese a que el mensaje pertinente fue enviado al Congreso varios años atrás, hasta la fecha el legislador mantiene incumplido el precepto constitucional señalado.

En primer lugar, me refiero a lo preceptuado en el artículo 5º, al tenor del cual:

“Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiencia de la Administración, procurando la simplificación y rapidez de los trámites y el mejor aprovechamiento de los medios disponibles.

Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción evitando la duplicación o interferencia de funciones”.

Y en segundo lugar, tengo en mente lo prescrito en el artículo 8º, con sujeción al cual:

“Los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, o a petición de parte cuando la ley lo exija expresamente o se haga uso del derecho de petición o reclamo.

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

El proceso en curso no ha estado exento, sin embargo, de situaciones difícilmente explicables desde el ángulo de la dogmática jurídica.

Tal es el caso, por ejemplo, de las nuevas sociedades formadas por entes públicos autónomos, con fondos fiscales en su acepción más amplia, destinadas a construir y operar obras y servicios de utilidad pública, sometidas en su acción a las normas del Derecho Privado en cuanto a facultades, vínculos laborales, contrataciones, control y responsabilidad<sup>20</sup>. Algunas de tales sociedades, empero, han incurrido en defraudación al financiar la ejecución de obras públicas, habiéndose concluido por la Contraloría General de la República que la responsabilidad de ellas está regulada por el Derecho Privado, pese a tratarse de fondos, obras y cometidos públicos<sup>21</sup>.

<sup>20</sup>Revítese en punto a la fiscalización de este sector invisible, el DL N° 38 de 1973, el cual modificó la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República en el sentido de someter a su vigilancia “las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario en igual proporción o en las mismas condiciones, representación o participación (...)”.

<sup>21</sup>Revítese, especialmente, el dictamen N° 02016, evacuado por la Contraloría General de la República el 16 de enero de 1996.



Certeza tiene el autor en el sentido de que el enunciado es un problema grave, el cual exige regulación jurídica y enfoques dogmáticos diferentes, de modo que no sea posible invocar el Derecho Privado, v. gr., para eludir o entorpecer el control eficiente en el manejo del patrimonio público:

“ (...) es evidente que el Derecho Administrativo alcanza con la Constitución, al menos formalmente, su mayor plenitud y, con ella, el más alto grado de justiciabilidad de la Administración (...) Pero también es verdad que mucho antes de que el Derecho Administrativo alcanzara tan altas cotas de desarrollo, es más, justo cuando este proceso en pos de las garantías apenas se había anunciado, la Administración protagonizó, primero discretamente en el ámbito de la actividad mercantil e industrial, y luego ya de forma generalizada, una huida del Derecho Administrativo hacia el Derecho Privado, con la finalidad *encubierta de burlar los procedimientos administrativos y el control de la Jurisdicción contencioso-administrativa*”<sup>22</sup>.

Indudablemente, es un correctivo en la dirección mencionada la Doctrina de la Ley Pantalla, enunciada por juristas franceses con el propósito de obligar a que los órganos de control administrativo se atengan, en el desempeño de su misión, antes que nada a la supremacía sustantiva de la Constitución, descendiendo después al examen de la legalidad en su sentido estricto<sup>23</sup>. Y es también una contribución a rectificar los excesos administrativos la fórmula del Levantamiento del Velo, haciendo patente el disfraz que cubre a entes públicos con apariencia privada<sup>24</sup>.

Empero, insiste el autor en la necesidad de investigar, hasta hallar, criterios jurídicos con los cuales estructurar una Administración Pública consonante con la modernización del Estado, en la vertiente de la expansión social y contracción burocrática que fue mencionada al comienzo de este ensayo<sup>25</sup>.

<sup>22</sup>Carmen Chinchilla, Blanca Losano y Silvia del Saz, *Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios* (Madrid, Ed. Civitas, 1992) pp. 139-140 (énfasis agregado).

<sup>23</sup>Véase Louis Favoreu, *La Constitutionnalisation du Droit* (Conferencia, aún no publicada, pronunciada en la inauguración del año académico del Programa de Magister en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Chile, el 28 de marzo de 1995).

<sup>24</sup>Consúltese Prosper Weil, *Derecho Administrativo* (Madrid, Cuadernos Civitas, 1994) pp. 73 a 82 y 113 a 121.

<sup>25</sup>Véase, en general, Michel Gentot, *Les Autorités Administratives Indépendantes* (Paris, Ed. Montchrestien, 1994).

### III. APLICACIONES RECIENTES

En Chile se lleva a cabo, aún en grado insuficiente, el proceso de regionalización focalizado en la descentralización y desconcentración de la Administración Pública<sup>26</sup>. Pues bien, el modo de llevar a la práctica, gradualmente, tan complejo proceso es principalmente de índole iusprivada, al tenor del artículo 103º del Código Político:

“La ley deberá determinar las formas en que se descentralizará la administración del Estado, así como la transferencia de competencias a los gobiernos regionales.

Sin perjuicio de lo anterior, también establecerá, con las excepciones que procedan, la desconcentración regional de los ministerios y de los servicios públicos. Asimismo, regulará los procedimientos que aseguren la debida coordinación entre los órganos de la administración del Estado para facilitar el ejercicio de las facultades de las autoridades regionales”.

Y la disposición fundamental transcrita se encuentra pormenorizada en el artículo 67º de la Ley Orgánica citada, precepto en el cual se lee que:

“Los gobiernos regionales, para efectos de lo previsto en el artículo 103º de la Constitución Política, podrán solicitar al Presidente de la República el traspaso de competencias y recursos que estén a cargo de organismos o servicios de la Administración central o funcionalmente descentralizada, acompañando al efecto los estudios y antecedentes que demuestren su aptitud para asumir tales responsabilidades.

Los antecedentes serán analizados por los ministerios y servicios públicos involucrados, los que deberán evacuar un informe dentro de los setenta días siguientes a la recepción de la documentación respectiva.

Dicho informe y el que, a su vez, deberá expedir el Ministerio del Interior, serán entregados al Presidente de la República para su consideración sobre la materia”.

Cumplido un *iter* tan simple y expedito, distante de las formalidades burocráticas que singularizaban al Derecho Público hasta unas décadas atrás, es

<sup>26</sup>Consúltense los artículos 99º y 104º de la Constitución, en ligamen con la Ley N° 19.175 de 1993 y sus reformas, *Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional*.

posible traspasar competencias y recursos desde la Administración Central a la Regional.

En semejante orden de ideas cabe insertar el artículo 104<sup>º</sup>, inciso 4<sup>º</sup> y 5<sup>º</sup> de la Constitución, preceptos según los cuales:

“A iniciativa de los gobiernos regionales o de uno o más ministerios, podrán celebrarse convenios anuales o plurianuales de programación de inversión pública en la respectiva región o en el conjunto de regiones que convengan en asociarse con tal propósito.

La ley podrá autorizar a los gobiernos regionales y a las empresas públicas para asociarse con personas naturales o jurídicas a fin de propiciar actividades e iniciativas sin fines de lucro que contribuyan al desarrollo regional. Las entidades que al efecto se constituyan se regularán por las normas comunes aplicables a los particulares.

Y esa norma se halla regulada, una vez más con clara preponderancia del Derecho Privado, en el artículo 80<sup>º</sup> inciso 1<sup>º</sup> de la Ley Orgánica mencionada:

“Los convenios de programación a que se refiere el inciso cuarto del artículo 104<sup>º</sup> de la Constitución Política de la República son acuerdos formales entre uno o más gobiernos regionales y uno o más ministerios, que definen las acciones relacionadas con los proyectos de inversión que ellos concuerdan en realizar dentro de un plazo determinado. Estos convenios deberán especificar el o los proyectos sobre los cuales se apliquen, las responsabilidades y obligaciones de las partes, las metas por cumplir, los procedimientos de evaluación y las normas de revocabilidad. Los convenios de programación deberán incluir, cuando corresponda, cláusulas que permitan reasignar recursos entre proyectos”.

#### IV. VISION PROSPECTIVA

Llégase así al momento de esbozar una proyección, con naturaleza de hipótesis como fue observado, pues si las fronteras de lo público y lo privado nunca han sido nítidas, ahora ellas son marcas o hitos que indican una difuminación mayor de aquellos límites<sup>27</sup>.

Por eso, no silencia el autor su opinión en el sentido de que es demasiado temprano para desprender conclusiones sólidas sobre el curso de

<sup>27</sup>Véase Weil, *supra*, nota N<sup>º</sup> 24, pp. 122 a 124.

los acontecimientos en el tema. Es de tal envergadura la transformación —interna y externa— del Estado-Gobierno y tan poco perceptibles aún los rasgos matrices que lo modelarán en el futuro que, salvo con alto margen de error y escaso rigor científico, no parece sensato plantear tesis tajantes. Una excepción a la proposición expuesta podría ser la siguiente: Resulta imperativo incrementar la utilización del Derecho Privado por la Administración Pública para que ésta gane en eficiencia, y, por ende, en legitimidad dentro del Estado de Derecho y la Democracia Constitucional.

Cierto resulta que en Chile se ha avanzado, casi ya por un cuarto de siglo, en la modernización de la Administración mediante la utilización por ella de técnicas iusprivadas<sup>28</sup>. Sin embargo, es lento y primario el ímpetu de ese proceso en el ámbito regional y municipal. Esto resulta singularmente importante a propósito del sistema de control externo, o sea, el practicado por la Administración Pasiva sea *ex ante* o *ex post* ¿sigue acaso esa Administración razonando, principalmente, sobre la base de las técnicas iuspublicistas y con énfasis en la fiscalización preventiva, formal, burocrática y centralizante ejercida desde el Jerarca Máximo hacia sus representantes en regiones y provincias?

Desde un ángulo diverso, aunque la corrupción en Chile no tiene la magnitud ni gravedad que se advierte en otros países, tampoco puede ser desconocida su existencia y la huella que va dejando en los órganos estatales, no solamente en la Administración Pública ¿son, entonces, los sistemas de control aplicables en el Derecho Privado idóneos para precaver o detener tal fenómeno?

En fin, me preocupa sustituir, franca o subrepticamente, la naturaleza de la Administración Pública y de la disciplina jurídica que la regula. En Chile, efectivamente, por muchos años se sostuvo que tal Administración debe ser un agente decisivo de los cambios estructurales operados desde el Estado-Gobierno sobre la Sociedad Civil. Esa concepción está agotada y, en más de un aspecto, también fracasada. Empero ¿no es el impulso a la utilización del Derecho Privado por la burocracia estatal susceptible de entenderse como una repetición de aquella concepción reformadora, incoherente

<sup>28</sup>Consúltese Enrique Silva Cimma, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes* (Santiago, Ed., Jurídica de Chile, 4ª edición, 1992), así como *El Servicio Público* (Santiago, Ed., Jurídica de Chile, 1995). Revítese también Eduardo Soto Kloss: *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (Santiago, Ed., Jurídica de Chile, dos tomos, 1996).

con la esencia de la actividad administrativa?, ¿no debe la Administración legitimarse sobre la base del eficiente y eficaz cumplimiento de sus cometidos, más que en ligamen con políticas públicas que incumben a otros órganos constitucionales?

La cultura jurídica chilena sigue siendo, no obstante los cambios experimentados, bastante proclive a confiar en la acción benefactora del Estado-Gobierno. Y a los jerarcas administrativos de éste les resulta más fácil continuar, como es evidente, desempeñándose en el marco de la discrecionalidad que imperó, sin contrapeso, hasta un par de décadas atrás, más todavía porque no existían tribunales en el contencioso administrativo, fueran comunes o especializados.

Por eso, debe ser observado con cautela la serie de nuevas incursiones de la Administración en el ámbito del Derecho Privado. Ilustraré esta idea con un ejemplo concreto.

Trátase de las concesiones de bienes, obras y servicios públicos hechas sobre la base de meros enunciados legislativos, prescindiendo de la potestad reglamentaria ejecutiva de la ley y remitiéndose, casi en blanco, a las convenciones celebradas, en los ministerios, por jerarcas administrativos de tercer nivel con los concesionarios respectivos<sup>29</sup>.

En ese contexto ¿se respeta el principio de la legalidad o juridicidad?, ¿en qué queda el principio de habilitación legal previa o de competencia expresamente otorgada por la ley a la Administración?, ¿cómo controlar, eficazmente, las actuaciones realizadas de acuerdo a normativas tan escuetas e imprecisas?, ¿puede llegar la Administración a regirse por el principio de la autonomía de la voluntad, como los particulares en el Derecho Privado?, ¿no hay riesgos, claros y ostensibles, que esa vía derive en abuso, arbitrariedad, falta de transparencia o visibilidad del gobierno democrático?, ¿es sensato admitir sin una demostración previa convincente, la existencia ya de un Derecho Administrativo Privado?<sup>30</sup>

No cabe duda que, como secuela de la Constitucionalización del Derecho, el Derecho Público ha irrumpido en el Derecho Privado, v. gr., en el ordenamiento de la familia, la protección de los bienes y la exclusión de las desigualdades injustas. Pero el tema desarrollado aquí lleva a reflexionar

<sup>29</sup>Tal es el caso de la *Ley N° 19.459*, publicada en el Diario Oficial el 5 de junio de 1996, y de la *Ley N° 19.460*, publicada en ese Diario el 13 de julio del mismo año.

<sup>30</sup>Sigo en esto a Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia* (Barcelona, Ed., Plaza y Janés, 1985) pp. 112 ff.

sobre el fenómeno inverso, es decir, la Privatización del Derecho Administrativo y, más ampliamente reconocido, del Derecho Público.

Ciertamente, siempre ha existido interacción entre tales ámbitos jurídicos, pese a que de ello rara vez han surgido fórmulas novedosas, tratándose más de adecuaciones, a veces forzadas, de las instituciones de uno y otro ámbito del Derecho. Posiblemente, por ende, la imprecisamente denominada “transversalidad del Derecho” plantea, otra vez, una tarea muy antigua, pero jamás concluida. La tarea más difícil, consistente en indagar, hasta hallar, categorías normativas que, asumiendo el auge del sistema social, superen la dicotomía clásica de lo público y lo privado, reconociendo la unidad del Derecho, al menos en sus principios matrices.