

LOS NUEVOS ROLES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA CONTEMPORANEA Y SU REGULACION POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO

OSVALDO OELCKERS CAMUS
Universidad Católica de Valparaíso
Universidad de Valparaíso

I. ESTADO DE DERECHO Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO, DESDE LA PERSPECTIVA ADMINISTRATIVA

Hoy día no cabe duda que asistimos a un profundo cambio de las estructuras integrantes de la realidad socio-jurídica, sea por los avances tecnológicos, las nuevas necesidades y la enorme importancia conseguida por la ciencia económica, que ha llevado a replantear aspectos que se consideraron como esenciales y de permanente vigencia en el denominado "Estado de Derecho"¹. Bajo esta perspectiva, es importante plantearse la vigencia hoy en día de este tipo de Estado, en un momento en que la Administración Pública se ha transformado en protagonista y promotora de acciones tendientes al logro de un mayor desarrollo integral de los miembros de la sociedad.

El "Estado de Derecho", teoría que nutre el desenvolvimiento jurídico público del siglo XIX, se caracterizó en

ABREVIATURAS

RAP. = Revista de Administración Pública. España.

D.A. = Documentación Administrativa. España.

¹ Ver LEGAZ LACAMBRA, Luis, *El Estado de Derecho*. RAP. N° 5, 1951.

su formulación por una ruptura con los cánones anteriores, un cambio en la posición participativa del Estado y una forma de dar expresión a los principios políticos de los revolucionarios franceses que en este momento resurgen para visualizar una nueva forma de conducción del Estado.

Es así como los principios de: a) Imperio de la ley, como expresión de la voluntad soberana; b) División de poderes entre un legislativo, ejecutivo y judicial; c) Respeto de la legalidad en el actuar de la Administración Pública; d) Suficiente control a dicha actuación, y e) Derechos y libertades fundamentales, planteadas como garantías para el administrado y como obligación de respeto y cumplimiento para la Administración, vinieron a determinar un tipo de Administración Pública, propia del Estado Liberal de carácter abstencionista, en donde la Administración no debe participar, en ningún caso, de la actividad económico-social que pueda desarrollar el particular. Sólo a falta de presencia de dichos particulares puede la Administración intervenir y actuar. A raíz de este principio y en su especificación aparecen otros tales como: el formalismo con que se reconocen las garantías individuales, que en la práctica se ven restringidas, no encontrando aquéllas una materialización efectiva; la existencia de un quiebre entre la orgánica administrativa del Estado y la realidad social, que admite la reticencia de los órganos de control de la Administración Pública a fallar en contra de la Hacienda Pública en donde se discute la responsabilidad extracontractual del Estado; la mínima destinación de fondos públicos a la satisfacción de las necesidades públicas; las dificultades del administrado para participar en las discusiones de la Administración que le afectan, o en el mismo proceso contencioso-administrativo en lo que se refiere a la legitimación activa, que hoy se ha ampliado de la afectación de un derecho subjetivo a un simple interés directo en materia de nulidades y por último la inexistencia de la necesidad de sujeción de la Administración Pú-

blica, a través de su actividad administrativa, a un plan de desarrollo, lo que se traduce en una intervención administrativa aislada y eventual².

Estas características, propias de la Administración Pública liberal, se encuentran superadas por un nuevo contenido y alcance de tales caracteres. Hoy la Administración Pública debe dar respuesta a los problemas planteados por una sociedad industrializada y pluralista, en la que juegan un rol esencial el planteamiento y la coordinación de las actuaciones administrativas. Aparece pues la denominada Administración Pública planificadora que corresponde a uno de los elementos del denominado "Estado Social de Derecho"³.

El Estado Social de Derecho aparece con la decisión pública de adoptar una posición frente al ideal de justicia que la sociedad sola es incapaz de cumplir. Se estructura así un aparato autoritario con el apoyo formal del Estado de Derecho, pero que adquiere un sentido distinto, en cuanto que ahora se deben materializar principios positivos y concretos exponentes de justicia material, al que el ordenamiento jurídico público debe servir⁴.

Fue pues el agotamiento de los principios de la sociedad autosuficiente, del libre juego de las iniciativas particulares y del abstencionismo estatal, lo que permitió, en razón del surgimiento protagónico del grupo social, un nuevo enfoque del orden societario e hizo despertar al Estado al cumplimiento de nuevos roles, a través de tareas de conformación positiva y apoyo solidario a los administrados.

² Ver GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. I, Madrid, 1961, pág. 68.

³ FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo Alemán*, pág. 57.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*. RAP N^o 40, pág. 199 y ss.

El Estado Social de Derecho es, pues, el instrumento de remodelación del orden social⁵, objeto esencial de la preocupación estatal.

En razón de estos principios vemos hoy a un Estado que ha dejado de ser sólo garantía de libertades individuales, para asumir igualmente el mantenimiento y mejora de un justo orden social, asignándole a la Administración Pública nuevas tareas y actividades de contenido social que pretenden, en un contexto general, asegurar el mínimo vital que corresponde a cada nacional⁶. Para lograr la materialización de aquellas tareas y actividades, la Administración Pública usa de la actividad de servicio público, de fomento y no duda en usar, incluso, la coacción.

En definitiva, el Estado Social de Derecho ha originado una auténtica transposición de los términos en cuanto que ha permitido la transformación y ampliación de las actividades de la Administración. El Estado pasa a ser de vigilante y espectador, a actor y protagonista vital de la vida social y especialmente en sus aspectos económicos en donde le corresponde, según el caso, ejecutar, orientar, estimular o coordinar los esfuerzos con vistas a la expansión y al progreso comunes.

Las características esenciales del Estado Social de Derecho se podrían agrupar bajo los siguientes aspectos⁷:

a) La Administración Pública es decididamente interventora. Si bien la Administración Pública interviene en la vida económica y social ello debe hacerse a nuestro entender bajo el prisma de la subsidiariedad en la ejecución, no así en la actividad de orientación, estímulo y

⁵ FORSTHOFF (Nº 3), pág. 78.

⁶ LÓPEZ, Rodo, *Una mirada al futuro: la nueva administración*. Documentación Administrativa Nº 130, pág. 11 y ss., Madrid.

⁷ Ver Lucas, VERDU, *Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho*. Salamanca, 1955.

coordinación. En ese sentido, las obras y servicios públicos, las grandes decisiones, no pueden ser enfocadas desde un prisma unilateral o individual. Es más, de la participación del administrado en la tarea común depende el mayor o menor éxito de los programas que traza la Administración Pública. Tiene pues especial relevancia en la decisión administrativa la participación que el ciudadano ha tenido en la elaboración de tal o cual medida.

b) El administrado en el Estado Social de Derecho ejerce una influencia directa en las decisiones que le afectan. El sentimiento del administrado es ver hecho realidad aquello que el derecho proclama, especialmente en el ámbito constitucional, obligando con ello a la Administración Pública a darle una rápida y eficaz satisfacción a esa aspiración. Este elemento del Estado social implica que la continuación de situaciones jurídicas pretendidas por el administrado se logren mediante mecanismos jurídico-políticos de base democrática.

c) En el Estado Social de Derecho debe existir una íntima relación entre la Administración Pública y los principales problemas socioeconómicos, los que tienen su satisfacción priorizada en un plan indicativo de acción de la Administración Pública y respecto del cual la Administración Pública encuentra el fundamento del ejercicio de las potestades administrativas específicas.

d) En el Estado Social de Derecho debe consagrarse la plena responsabilidad del Estado, sea por el hecho propio o por los hechos imputables a sus agentes.

e) Hoy el presupuesto del Estado es un importante instrumento de política social, pero nunca es suficiente. A través de él se pueden lograr objetivos tan vitales como la redistribución de la renta, logrando con ello una mayor igualdad selectiva de los administrados. Las empresas públicas, las inversiones prioritarias según programas del plan indicativo, el crédito público, la regulación del comercio y de las instituciones bancarias son áreas a las que la Admi-

nistración Pública actual debe dedicar atención preferente para conseguir sus objetivos.

f) En el Estado Social de Derecho, como hemos visto, se desarrolla una acción administrativa planificada, pero dicha acción debe estar controlada, ya sea por los controles parlamentarios, administrativos o judiciales que correspondan.

II. LA NECESARIA ADECUACION NORMATIVA Y CONTROL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA CONTEMPORANEA

Conforme a las características dadas del Estado Social de Derecho, la rama del derecho más afectada por estas transformaciones ha sido el Derecho Administrativo, por ser uno de los más sensibles a las variaciones sociales. Por otra parte, debemos señalar que el elemento ideológico en que se sustenta el Estado Social de Derecho, afecta al Derecho Administrativo en la elaboración normativa y naturalmente en el logro de los objetivos considerados como prioritarios para la Administración Pública.

Así pues el Derecho Administrativo necesariamente debe adaptarse a esta nueva realidad, especialmente en los aspectos jurídicos que señalaremos a continuación.

1. NORMAS DE RELACION Y NORMAS DE ACCION Y SU FISCALIZACION ⁸

En este análisis no podemos dejar de hacer presente la dicotomía que existe entre las normas de relación y normas de acción. Las primeras se refieren a una delimitación de la esfera jurídica subjetiva de la Administración Pública

⁸ Ver GARRIDO FALLA, F., *La Administración y la Ley*. RAP. N° 6, 1951, pág. 125 y ss.

y de los administrados por la vía de la ley, cuya fiscalización es fácil, existiendo las instancias adecuadas para ello. (controles jurídicos en instancia administrativa y jurisdiccional). Las segundas, señalan a la Administración Pública sus fines propios y la actividad que ella debe desarrollar para conseguirlos. Aquí el control administrativo y jurisdiccional se dificulta enormemente, en razón a que estas normas de acción se dictan en razón y como garantía del interés público y no como garantía de los derechos subjetivos de los particulares. Aparecería aquí, aparentemente, una falta de incumbencia del administrado por la protección al interés público y sus posibles desviaciones. Estas normas de acción pueden emanar del Legislativo o de la propia Administración Pública a través de su potestad normativa.

Por otra parte, la mayoría de estas nuevas normas de acción contienen mandatos de planificación, lo que las hace presentarse como normas complejas y técnicas, otorgando a la Administración Pública ciertas competencias sin que en ellas se vea una auténtica sujeción al Derecho. El plan nace como una "ley cuadro", que se dicta para su cumplimiento, habilitando a la Administración para el ejercicio de tales competencias que traen como resultado un debilitamiento del sistema tradicional de garantías individuales del administrado.

En el Estado Social de Derecho, por la ejecución de la Planificación como actividad de la Administración Pública, el número de normas de acción ha crecido considerablemente, impidiendo su adecuada fiscalización y, por lo tanto, obstaculizando el análisis de fondo de las normas dictadas para lograr eventuales fines públicos.

Es así como las normas dictadas para señalar fines de la Administración Pública impiden hacer efectiva la legitimación de todos los administrados para deducir los recursos jurisdiccionales de impugnación de aquellas normas o resoluciones perjudiciales a los intereses públicos. Los

administrados tienen aquí simplemente un mero interés, sin que exista un interés personal, directo y legítimo formando parte de su propio haber. (Una excepción en nuestro ordenamiento a esta idea general es la acción en contra de las resoluciones u omisiones del Alcalde o sus funcionarios, dictados en contra del interés general de la comuna, y siempre que ellas sean *ilegales*, D.L. 1.289, artículo 5 transitorio, letra a)).

Por otra parte, las normas de acción permiten a la Administración Pública una gran injerencia del poder público en el ámbito del sector privado. El administrado, con ello, se siente dirigido en su actuación, incluso sufriendo limitaciones en su propiedad y libertad⁹.

Pues bien, el Derecho Administrativo debe, en este Estado Social de Derecho, compensar las normas de acción y el elemento intervención de la Administración Pública, con la debida fiscalización a través de recursos administrativos y jurisdiccionales que impidan actuaciones administrativas excesivas, o sea, impidiendo el exceso de poder que permite la norma de acción.

Otro problema que traen consigo las normas de acción dice relación con la posibilidad que ellas afecten el ámbito de los derechos subjetivos públicos de los administrados. Ello es así, pues estas normas de acción se dictan frente a situaciones que requieren de una rápida, oportuna y eficaz solución y/o de un impulso esencial que debe colocar la Administración Pública. Pues bien ellas permiten al poder administrativo moverse con cierta libertad, incluso pudiera ocurrir que se atentara contra esa barrera del derecho del administrado. Nuevamente surge la necesidad de control o a lo menos, si esa actividad causa un daño, por legítimo que él sea, el pago de la debida indemnización equivalente a ese daño.

⁹ Ver MONTIEL, *El ciudadano y el administrado*. RAP. N° 48, pág. 128.

El control posible de estas normas debe enfocarse justamente del prisma del conflicto, entre "poder estatal contra la esfera de los derechos del administrado", tratando de disminuir la acción de la Administración Pública interventora, que recibe, como hemos dicho, las normas de acción como fórmula de ampliación de los instrumentos legales que se colocan a su disposición para materializar los objetivos de un programa de actuación planificada. Ese control, pensamos, debe darse a través de órganos judiciales.

2. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA ¹⁰

Nuevamente nos encontramos con este tema crucial de Derecho Administrativo.

En esta adecuación del Derecho Administrativo a las nuevas fórmulas de acción de la Administración Pública, aparece la discrecionalidad como una posibilidad de superar una serie de obstáculos que se le presentan a la Administración cuando su actividad es reglada. Por ello, las facultades otorgadas a la Administración se ven cada día más caracterizadas por la discrecionalidad, que ofrece una mayor posibilidad de desenvolvimiento de la Administración al fijar ella la oportunidad de la actuación y dándole la posibilidad de opción por una de entre varias formas de actuación, todas amparadas por el Derecho. Naturalmente, este tipo de actuación administrativa no tiene por qué llevar consigo una infracción al ordenamiento jurídico violando los derechos subjetivos del administrado. Aun cuando ello es más probable y susceptible de ocurrir aquí que cuando la Administración actúa por la vía de la actividad reglada. Distinto es lo discrecional a lo arbitrario.

¹⁰ Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, pág. 381 y ss., Madrid, 1977.

La razón de permitir esta mayor discrecionalidad la vemos en la necesaria premura, urgencia y adaptabilidad que necesita la Administración para adoptar decisiones eficaces reclamadas especialmente en la actividad de desarrollo económico que ella realiza.

No cabe duda que el control de la discrecionalidad especialmente por la vía de la desviación de poder, el abuso de poder, y los conceptos jurídicos indeterminados, debe encomendarse al órgano judicial, quien contrastará fielmente la discrecionalidad con el margen que a la misma concedan el ordenamiento jurídico y los hechos determinantes en la especie.

En la labor enjuiciadora a que me he referido, debe tomarse en consideración, en todo caso, el hecho que el uso de la potestad discrecional vaya dirigida a generar actos administrativos de motivación y finalidad indudable de interés público. Aparece aquí el control por el resultado del acto, evaluación judicial que se hace de la inequidad manifiesta y de la proporcionalidad de él.

3. LA FIGURA DEL ACTO POLITICO ¹¹

Como sabemos, el problema del acto político ha sido uno de los más discutidos en la doctrina de Derecho Administrativo.

La razón de ello es la elaboración de la teoría del acto político como un acto distinto al acto administrativo, especialmente en los aspectos de control jurisdiccional. Se ha entendido que los órganos administrativos cúspides de la Administración central desdoblan su actuación en competencias políticas y administrativas. Lo que a nuestro entender no debería ser así, pues el órgano es único, la autoridad

¹¹ Ver CANO, J. L., *La Doctrina del acto político*, RAP, N^o 53.

que lo dicta es la misma, y la finalidad es también de interés público.

Pero si el acto político se delimita por la finalidad que persigue el órgano al dictar el acto y por la situación que se trata de afectar, que debe ser política, dicho acto podría ser dictado para evadir el posible control jurisdiccional que como acto jurídico pudiera tener desde la perspectiva del Derecho Administrativo. Nos encontraríamos aquí con que la seguridad jurídica de los administrados se vería permanentemente afectada. Ahora, si el acto político fuera necesario o de difícil eliminación, el Derecho Político-Constitucional, y el Derecho Administrativo deberían señalarle claramente y en forma precisa las fronteras y límites a dicho acto político. Hoy es un imperativo dirigido a la Administración Pública de fijar sus potestades a sus justos límites, a su connatural competencia y a no desorbitar la esfera de su actuación trastrocando la verdadera naturaleza de sus actos que, querámoslo o no, deben someterse a la legalidad, única posibilidad de vernos regidos por el Derecho.

4. LA NECESARIA REVISION DE LA ACTIVIDAD ECONOMICA Y FINANCIERA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Normalmente la función de control es de carácter revisor y se especifica en la emisión del acto administrativo ilegal o arbitrario. Tal situación es una limitante para enjuiciar la actividad que desarrolla la Administración Pública en el ámbito de las decisiones económicas y de hacienda pública, la que hoy se ve escasamente sometida a control. (Pensemos en el caso de los acuerdos del Banco Central). Es aquí donde el enjuiciamiento tiene un papel importantísimo que jugar, debiendo exigirse que todo acto financiero de hacienda pública de la Administración se someta al control de la Contraloría General de la República, la que

podrá representar su ilegalidad o inconstitucionalidad, esto último especialmente en aquellas materias que carecen de un antecedente legal, para que sea en ese caso el Tribunal Constitucional el que ejerza en definitiva el control, lográndose una adecuada fiscalización a priori del ordenamiento jurídico. O bien, la otra alternativa de dotar de una acción especial económico-financiera a los terceros para reclamar ante el Tribunal contencioso-administrativo de un acto económico o financiero de la Administración considerado inconstitucional o ilegal. Situaciones que, en todo caso, suponen una verdadera y real independencia frente a la Administración del órgano jurisdiccional o de fiscalización. Por último, queda la alternativa del control parlamentario sobre la actuación de la Administración, en forma integral y también a través de lo que el Derecho Comparado se hace por el Ombudsman, el Procurador General, o el Defensor del Pueblo, en aquellas materias que inciden decisivamente en los derechos del administrado y respecto de los cuales sea difícil deducir un recurso judicial. Quizás sería interesante estudiar la existencia de un sujeto que, en nombre del Parlamento y con total independencia del Ejecutivo, fiscalizara y pusiera en conocimiento de él y/o de los tribunales de justicia cualquier anormalidad o daño para los derechos del administrado o los intereses de la nación. Se lograría con ello perfeccionar el sistema de garantías jurídicas, políticas y administrativas del individuo ante actuaciones de la Administración Pública fuertemente interventoras y planificadoras que desarrollando normas de acción pretenden minimizar el control a que debe estar sujeta. Quizás ese personaje podría ser el propio Contralor General de la República, ampliándose sus atribuciones.

III. ADMINISTRACION PUBLICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO. SU PROYECCION FUTURA

No nos cabe duda que la proyección del Derecho Administrativo en las nuevas tareas que asume la Administración Pública en el Estado Social de Derecho, como conformadora del orden económico y social, es justamente el establecimiento de las normas jurídicas suficientes que reconozcan y limiten esas nuevas actividades. Es así como el Derecho Administrativo deberá establecer métodos, procedimientos e instituciones que compensen el débil control de esa Administración Pública, para lo cual el administrado debiera intervenir en la elaboración de las medidas que le afecten, sea a través de la consulta, audiencia o integración en organismos consultivos como los Consejos Regionales o comunales de desarrollo o el Consejo Económico Social. Por otra parte, los administrados, en una verdadera administración de colaboración, deberán participar en la ejecución de tareas públicas encomendadas por la Administración para el cumplimiento de los objetivos del plan, empleando para ello las técnicas de la acción concertada.

Por último pensamos que la Administración Pública deberá actuar entregando una información pública del por qué de la decisión y lo que con ella se pretende, con el objeto de que la propia Administración y los particulares adecuen su comportamiento a los objetivos queridos y pretendidos por ella.

Ante el panorama expuesto, en donde aparecen dificultades para acomodar la actividad de la Administración Pública conformadora del orden social y económico al ordenamiento jurídico público, el Derecho Administrativo del porvenir no debe tener sino como meta el ser definidor de derechos y obligaciones del administrado frente al poder público. Es esa función la primera y más importante garantía que se puede ofrecer al ciudadano con el fin de que

se le reconozcan sus derechos elementales y la eficaz defensa jurisdiccional de ellos. En ese sentido el Derecho Administrativo se debe constituir en un ordenamiento garantizador, que debe procurar un equilibrio entre autoridad y libertad, un derecho de elaboración participativa que constituya, sin lugar a dudas, la fuerza jurídica de su cumplimiento.