

# LOS PRINCIPIOS APLICABLES RESPECTO DEL PAPEL INSTRUMENTAL DEL ESTADO FRENTE A LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS PERSONAS

JORGE REYES RIVEROS  
Profesor de Derecho Administrativo  
Facultad de Derecho - Universidad Andrés Bello

## I. FUNDAMENTO

Como se tuviera ocasión de expresar en trabajo presentado en las XXV Jornadas de Derecho Público<sup>1</sup>, el ser humano, y por obvio que parezca, es lo más trascendente en la Sociedad, lo que conlleva a que el orden jurídico y el Estado –creaciones intelectuales del hombre y que nacen en el devenir histórico del individuo– sean ante todo medios o instrumentos al servicio de las personas.

La Constitución Política de la República de Chile, en una concepción humanista y cristiana, impone el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas como anteriores al orden jurídico y al Estado –inciso 1º art. 1º– a la vez que establece el deber de servicio del Estado respecto de los individuos y el de amparo e incentivo de aquellos derechos (art. 1º, incisos 1º, 4º y 5º).

Conviene también recordar que la Comisión de Estudios de la Carta Política, basada en la Encíclica *Pacem in Terris*, considera que “la dignificación y exaltación de la grandeza de la persona humana” importa, por una parte, reconocer y amparar la dignidad, la libertad y los derechos inherentes a los seres humanos, y por otra parte señalar los “deberes de un hombre para con otro y los deberes del hombre para con la sociedad”<sup>2</sup>.

A lo anterior es preciso agregar que la convivencia colectiva, en sociedad, impone un papel regulador, controlador y sancionador del Estado, que se le asigna por normas de la propia Ley Suprema y cuyo origen

<sup>1</sup> *La dignidad en la función pública* (Edeval. Valparaíso, 1994, vol. 3, 45).

<sup>2</sup> Sesiones 17 y 18, pp. 8 ss., y 23 y 24.

se encuentra en los arts. 5º, 6º, 19 Nº 26, 20, 38, inciso 2º, 48, 49, 82 y 87 –entre otros–.

En suma, el Estado frente a las personas tiene asignado un rol de servicio que importa el reconocimiento, protección e incentivo de los derechos fundamentales de los individuos y las prestaciones consiguientes, sin perjuicio del papel de regulador, contralor y sancionador.

## II. PRINCIPIOS APLICABLES

El cumplimiento del deber instrumental del Estado de estar al servicio de la persona humana, de promover el bien común, de reconocer, amparar e incentivar los derechos fundamentales y su ejercicio, y por cierto, de ejercer la autoridad que le haya sido legítimamente conferida, debe ajustarse a los principios de juridicidad, de probidad, de eficiencia, de racionalidad y de subsidiariedad, como asimismo a un sistema de responsabilidad integral y a un sistema nacional de control gubernamental.

¿Sería posible propugnar el criterio de que las funciones públicas se llevaran a efecto sobre la base de la arbitrariedad o capricho o aun sólo sobre la base del arbitrio de los titulares de los órganos estatales, esto es, al margen de toda norma y principios jurídicos preestablecidos? ¿o que éstos se encontraran exentos de responsabilidad por sus conductas (de sus acciones y omisiones), y sin un sistema de control? ¿podría admitirse que los recursos públicos se manejen con ineficiencia? ¿sería del caso que los distintos agentes públicos actuaran en ejercicio de la actividad pública o de la autoridad que se les asigne, en beneficio propio, de sus cónyuges y parientes o de sus correligionarios, o en contra de determinados individuos o sociedades humanas, por razones personales o político-partidistas? ¿podría aceptarse la arbitrariedad o la decisión a sola voluntad de un órgano del Estado, o sería exigible la prohibición de arbitrariedad y la motivación de sus actuaciones?

La respuesta a estas interrogantes no admite alternativas, por cuanto es ineludible que dichos elementos sean exigibles en la conducta de los agentes públicos.

Si bien es posible afirmar que tales principios se encuentran consagrados en la Carta Política (arts. 6º, 7º y 19 Nº 2, inciso 2º, Nº 3º, inciso 5º, Nº 7, letra i); artículos 20; 38, inciso 2º; 48; 49; 73 y sgtes.; 81 y sgtes.; 87; 88 y 98), como también en la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración Pública (arts. 2º al 10; 15; 16 y 44), convendría,

por la importancia o trascendencia de ellos, que en el artículo 1º, inciso 4º, de la Constitución Política se agregue, al menos, su enunciado<sup>3</sup>.

### III. EL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD

#### A. *Precisión en los vocablos*

La inclinación que se advierte en la actualidad es la de emplear el término *juridicidad* y no el de *legalidad* para referirse al principio en examen.

El vocablo *legalidad* conduce a la ley –quizá sobre la base de la concepción primera del Estado de Derecho: el Estado Legal de Derecho– y en verdad, la sumisión del Estado no es sólo a la ley sino el Derecho que comprende diferentes órdenes jurídicos, involucra la supremacía normativa y especialmente constitucional y todavía los principios generales del Derecho, lo que además armoniza con la concepción de Estado Constitucional y Social de Derecho.

#### B. *Ámbito de aplicación del elemento *juridicidad**

##### 1. *En cuanto a los órganos estatales sometidos a él*

Si es el Estado quien se encuentra obligado por este principio, quiere decir que todos sus órganos, sin excepción alguna, también lo están. Es decir, si el Gobierno se halla en este deber, también lo está el Congreso Nacional, el Poder Judicial, la Contraloría General de la República, el Banco Central y cualquier otro órgano público.

Por lo demás, así resulta del artículo 6º de la Ley Fundamental que al respecto no hace diferencia alguna, sino, por el contrario, se refiere a los órganos del Estado sin distinción. Se confirma este aserto por lo prevenido en la norma del inciso 2º del artículo citado, en que aparece clara la obligatoriedad para todos, gobernantes y gobernados.

<sup>3</sup>El Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública, pp. 8 y 18, propugna la constitucionalización de los principios de probidad y transparencia en el Capítulo Bases de la Institucionalidad.

## 2. *En lo que toca a las conductas de los agentes públicos*

El precepto mencionado, sin ninguna marginación, hace aplicable el principio a las acciones. Ni la ley ni la sentencia, ni el decreto, ni el acto de la toma de razón o de representación, ni cualquier otro acto del Estado quedan al margen del principio.

## 3. *Órdenes jurídicos positivos que comprende*

El inciso 1º del artículo 6º citado se refiere a órdenes jurídicos positivos. Éstos son, primero la Constitución Política; y luego los que se dicten conforme a ella, como son, entre los más significativos, la ley, los decretos con fuerza de ley, los tratados internacionales, los reglamentos, los decretos y las resoluciones, las instrucciones, las resoluciones judiciales.

## 4. *Principios generales del derecho*

Aunque el artículo 6º no contemple expresamente los principios generales del Derecho, es posible propugnar su aplicación si se considera que las normas positivas tienen su fuente justamente en tales elementos y que un real Estado de Derecho, humanista y cristiano, no puede marginar los dichos principios, puesto que la sumisión es al Derecho.

En todo caso, sería conveniente recomendar que el artículo 6º inciso 1º de la Ley Fundamental recogiera expresamente la aplicación de estos principios.

## 5. *Supremacía normativa y constitucional*

Lo primero que hay que destacar es la supremacía constitucional, según la cual y lo previsto en la norma ya tantas veces mencionada y en relación a los preceptos de los artículos 32 Nº 8; 50; 60; 61; 73; 82 y 83, 88, 98; 102; 108, entre otros, todos los órdenes jurídicos de menor rango que la Constitución Política se dictan en la medida en que ella los prevé y en tal caso en conformidad con sus disposiciones.

En segundo término, se da una prelación jerárquica de normas en lo que atañe, por disposición constitucional: al reglamento respecto de la ley; al decreto con fuerza de ley respecto de la ley delegatoria, por ejemplarizar algunos.

### *C. Principios que han pasado a formar parte del elemento de la juridicidad*

Tanto el elemento de la probidad, cuanto el de la eficiencia, como asimismo el de la racionalidad han sido consagrados constitucionalmente o legalmente: los dos primeros expresamente por la Ley N° 18.575 (arts. 5° y 8°, y 7° y 16) y el último, por la propia Constitución Política (arts. 19 N° 2, inciso 2°, N° 3°, inciso 5°; N° 7, letra i), N° 20, N° 22; art. 20 y art. 98). Por consiguiente, dichos principios contemplados en el orden jurídico –y de más alto rango– integran el principio de juridicidad, enriqueciéndolo.

No obstante lo anterior, se prefiere, a fin de guardar un mejor orden de exposición, tratarlos separadamente, atendido también la naturaleza especial que presentan.

### *D. Dos consideraciones respecto de la ley como uno de los elementos que integran el principio de juridicidad*

#### *1. La ley norma de principios básicos*

Una de las críticas que se ha formulado a la legalidad ha sido que la ley es difícil adaptarla con rapidez y oportunidad a las realidades que presenta la sociedad en el diario vivir.

Se ha reaccionado al respecto, propiciando, por una parte, la posibilidad de delegación de facultades legislativas en el Presidente de la República; por otro lado, se ha previsto también la dictación de leyes de bases. Si bien es cierto con estas figuras jurídicas se baja la intensidad de la crítica, quizá lo más trascendente al respecto, es ubicar a la ley en el sitio exacto que le corresponde: de ser un instrumento normativo que sólo “estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico” como lo contempla la Carta Política en el art. 60, en sus numerados 4, 18 y especialmente en el genérico del 20.

Cómo se verá al comentar lo relativo a la racionalidad, la ley no puede administrar sino prever situaciones en general, dando directrices básicas.

#### *2. Vinculación positiva del elemento de legalidad*

Justamente, la Constitución Política, para proteger a las personas frente al ejercicio del poder por las autoridades respectivas, ha consagrado el que la creación de los órganos públicos, el que la competencia de ellos, el que la investidura de los miembros que los integran, el que el actuar y la forma de concretar los actos sean materia de ley.

## IV. EL PRINCIPIO DE PROBIDAD

En relación a este tema, se ha tenido la oportunidad de desarrollarlo más extensamente en otro lugar, al que nos remitimos\*.

## V. EL PRINCIPIO DE LA RACIONALIDAD

### A. *Explicación preliminar*

El ser humano se caracteriza en tres aspectos. Posee un instinto gregario que lo lleva a vivir en diversas comunidades y sociedades (familia, sociedades intermedias, el Estado); se diferencia de seres de otras especies por su condición ética que le permite distinguir el bien y el mal y le impulsa o inclina a la obtención del primero, al comportamiento de bondad, a la integridad del actuar (principio de probidad que el Derecho considera); y se distingue aun de otros seres vivos, incluso de aquellos que también están dotados de instinto gregario, por su calidad de ser racional, pues al hombre ha sido atribuida la facultad de pensar, reflexionar, discurrir, inferir o deducir, capacidad que le permite llegar a un conocimiento cabal de las cosas y a comportarse y por lo tanto, a adoptar decisiones consecuentes con el ejercicio de esa atribución.

El Derecho, como disciplina humana, ha de considerar e incorporar estas cualidades como principios. Así todo agente público, todo órgano del Estado en el ejercicio del poder y aun discrecional, se encuentra en el deber de conducirse de acuerdo con estos elementos de probidad y de racionalidad. Especialmente si en las actuaciones y si en los actos se apartara de la racionalidad, habrá lugar a la arbitrariedad y por consiguiente a la ilegitimidad.

### B. *Doctrina*

#### 1. *Fuentes*<sup>4</sup>

#### 2. *Aspectos generales*

En la doctrina se ha difundido la idea de que los actos del Estado, los actos de la Administración del Estado, obedecen a este principio, sobre la base genéri-

<sup>4</sup>Véase Anexo.

ca de que son el resultado de un proceso razonado y se concretan en una decisión razonable.

Especial connotación adquiere esta materia en lo que concierne a dos elementos: la prohibición o interdicción de los órganos del Estado de la arbitrariedad, ya sea en la ley, ya sea en la sentencia, ya sea en el decreto o ya sea en cualquier manifestación de conducta de los agentes públicos; el segundo es el de la motivación de las decisiones de la autoridad, pues no pueden existir resoluciones sin motivos suficientes, y si no los hay, ellas se convierten en arbitrarias y por lo tanto en ilegítimas.

### 3. Racionalidad y discrecionalidad

Se destaca asimismo el principio de análisis cuando se trata de las facultades discrecionales que el orden jurídico ha conferido a los órganos estatales.

En lo que toca a esta materia, es necesario tener en cuenta la necesidad de la existencia de facultades discrecionales en los órganos del Estado<sup>5</sup>. Por un lado, factores de dinamismo, de oportunidad, de eficiencia y de eficacia en el cumplimiento del rol instrumental de la Administración al

<sup>5</sup>a) Cassese, Sabino, *Las bases del Derecho Administrativo* (traducción de Luis Ortega, Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. 1994, 342 a 348). En el párrafo titulado “Parlamento y Administración: Legalidad, actuación reglada y discrecional (págs. 343). Cita al autor C. Mortati *La Volontà e la causa nell’atto amministrativo e nella legge* (1935), ahora en *Scritti sulle fonti dell diritto e sull’interpretazione*. *Raccolte di Scritti*, Giuffrè. Milano, 1972, vol. II, pág. 523, quien expresa: “Admitir que existe tal regulación por parte de la ley, entendida como fuente positiva, no se corresponde con la realidad de ningún ordenamiento positivo y, lo que más cuenta, está en contradicción con toda realidad práctica.

La complejidad, la multiplicidad, la imprevisibilidad de la acción estatal hacen imposible la pre determinación –a través de normas jurídicas precisas– de las modalidades de los actos singulares, incluso aunque sean considerados en su aspecto genérico: de aquí la necesidad de confiar a la iniciativa de cada funcionario la elección del momento, de la modalidad o de la cualidad de la acción administrativa.

Citando a Giannini. *Diritto Amministrativo* Giuffrè. Milano. 1970, vol. I, 82 y 83, expresa: *el principio de legalidad...* “*más que una regla del contenido de la actividad administrativa es una regla del límite de ésta*, que se inserta en la dialéctica de la autoridad y la libertad”.

Agrega Cassese: “La Administración, por tanto se organiza y opera en el ámbito de decisiones más generales, determinado mediante ley. Pero éstas pueden variar en una gran medida. Pueden contener cánones de conducta o determinar sólo finalidades que se alcanzan aplicando estándares no legislativos”.

servicio de los administrados, hacen imprescindible que las autoridades administrativas sean dotadas de potestades discrecionales. La satisfacción de los intereses de las personas supone que la Administración esté dotada de herramientas que le permitan solucionar los problemas que la ley no puede prever en todas sus modalidades. Por otro lado la ley no puede administrar, sino prever situaciones en general, dando directivas básicas.

Hay un contrapunto entre la necesidad de la existencia de facultades discrecionales y la debida protección de las personas y sus derechos fundamentales, a través del principio de juridicidad.

Se trata, por cierto, de obtener y de mantener un equilibrio entre la necesidad de la existencia de facultades discrecionales y la debida

---

Más adelante, pág. 344, dice, en conclusión, después de citar a André Hauriou; “La actividad administrativa es únicamente actividad discrecional. Algunas de cuyas circunstancias aparecen regladas. *Y es discrecional porque implica la elección entre varias opciones posibles* (Discrecionalidad es la “ponderación comparada de varios intereses secundarios –públicos, colectivos o privados– en relación a un interés público primario” (Máximo Severo Giannini, *Ob. cit.* 481).

En la pág. 347, puede leerse que a partir de 1978 se ha ido abriendo paso el abandono de la idea de que la Administración puede y debe ser guiada íntegramente por el Parlamento. Especialmente recalca la teoría en virtud de la cual –y para ello cita una jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (Alemania) del contencioso substancial o esencial–, según la cual *el legislador determina sólo el contenido esencial*, dejando el resto a la Administración. La discrecionalidad adquiere así, de nuevo, un papel positivo. La atención se desplaza hacia las reglas de procedimiento como instrumentos para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos”.

“A su vez, la cultura jurídica anglosajona, consciente a causa de su pragmatismo, del hecho de que *la ley no puede vincularlo todo*, se ha dedicado al análisis de los criterios económicos y sociales de las opciones administrativas (ligando, así, como hace la Administración, razonamientos sobre las leyes con razonamientos sobre las opciones realizadas sobre las diversas ‘opciones posibles’, sobre sus costes y beneficios, etc.) y ha perseguido el análisis de los límites de optimización de la elección de alternativas; ‘estructurando y controlando la discrecionalidad’”.

b) Gustavo Penagos *La arbitrariedad Política Causa Nulidad en los Actos Administrativos*. La desviación del Poder. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 1990, 12. Este autor cita a su vez a A.R. Brewer Carías en los siguientes términos: Ahora bien, ciertamente el poder discrecional de las autoridades administrativas es la condición indispensable de toda buena y eficiente administración; sin embargo, su limitación es asimismo indispensable para que el Estado no sea arbitrario, y para que los administrados no se encuentren expuestos al simple arbitrio de los Gobernantes.



protección de los derechos de las personas, por intermedio del principio de juridicidad.

La libertad de elección de la Administración, ante diversas alternativas, no significa que la que elija quede al margen del principio de juridicidad. Dicho de otra manera, el ejercicio de una facultad discrecional importa la posibilidad de elección entre dos o más opciones *que se ajusten a Derecho*. En efecto, toda decisión de un órgano del Estado –aunque pueda elegir entre muchas– se encuentra sometida a los arts. 6º y 7º de la Carta Política.

Por consiguiente, si se confiere una atribución discrecional, se supone que su concreción tendrá las limitaciones que el Derecho consagra.

#### 4. *Limitaciones que impone el principio*

##### a) *Premisa inicial*

Se ha propugnado que los actos administrativos no son discrecionales absolutamente sino que siempre hay elementos reglados en él. En verdad, lo discrecional es la facultad y su ejercicio, pero *no el acto a que da origen*, por cuanto el acto se encuentra siempre sometido a requisitos y límites que el Derecho establece.

##### b) *Enumeración de los elementos reglados que siempre deben concurrir*

b1) *Atribución normativa y competencia*: provenientes de ley que da la competencia y la facultad discrecional. Se señala cuál es el órgano competente y cuál es la facultad discrecional otorgada.

b2) *Procedimientos*: Todo acto terminal de la Administración es el resultado de un procedimiento legal que contiene reglas (proceso razonado). Por ejemplo, contrato de obra pública: propuesta pública respecto de la cual hay una facultad discrecional para adjudicar el contrato al proponente que presenta la propuesta más conveniente (discrecionalidad).

b3) *Motivos*: La limitación de proceder con justificación, o dicho de otra manera, la prohibición de proceder injustificadamente, esto es, sin motivo, o sea, sin antecedentes fácticos que hagan procedente la decisión, es otra que impone la teoría del acto administrativo, entre los requisitos de licitud de éste. Más aún, se vincula el motivo a la razonabilidad, pues si se carece de motivos hay capricho o arbitrariedad. En el ejemplo anterior, para elegir la propuesta más conveniente, habrá que señalar los motivos de su elección.

b4) *El fin*: El fin que encierra la ley que confiere la facultad discrecional también acota la decisión que se elija como procedente, lo cual también constituye uno de los elementos de licitud del acto administrativo y que tiene su fundamento positivo mediato en el art. 1º, inciso 4º, de la Constitución Política.

b5) *Interdicción de la arbitrariedad*: La limitación o prohibición de adoptar una resolución arbitraria, es decir, caprichosa, irrazonable o insensata, con manifiesto o grosero error o injusticia, o bien desproporcionada.

b6) *Principios generales del Derecho*: Entre ellos se consideran:

b6.1.) Igualdad de los administrados ante la Administración.

b6.2.) Proporcionalidad: especialmente en materia económica.

b6.3. Buena fe.

### C. *Consagración positiva de la prohibición de la arbitrariedad y de la racionalidad*

Diversas normas constitucionales revelan, en su conjunto, la consagración de tal interdicción.

La norma prevista en el artículo 19, N° 2º, inciso 2º se opone a que *la ley* o autoridad alguna establezcan diferencias *arbitrarias*.

Por su parte, el precepto del art. 19 N° 3, inciso 5º, al referirse a la garantía del debido proceso, impone al legislador el deber de “establecer *siempre* las garantías de un *racional* y justo procedimiento.

El art. 19 N° 7, letra i) repugna de resoluciones jurisdiccionales injustificadamente erróneas o *arbitrarias*, dando derecho a indemnización en determinadas hipótesis.

Otra norma se encuentra en el artículo 19 N° 20 que trata acerca de la proporcionalidad, prohibiendo establecer tributos manifiestamente desproporcionados, es decir, irracionalmente desproporcionados.

También existe el artículo 19 N° 22 que vuelve a repetir el concepto de la no discriminación arbitraria del Estado en materia económica, lo que en buen romance es la prohibición de arbitrariedad en tal materia.

Importante disposición relativa al tema es la del art. 20 que al consagrar el recurso de protección, ampara justamente a quien es privado, perturbado o amenazado en determinados derechos, por actos u omisiones *arbitrarias* o ilegales, repugnando asimismo de la arbitrariedad.

Por último, mención también merece el art. 98, inciso 4º, que

prohíbe al Banco Central establecer normas o requisitos *diferentes o discriminatorios* en relación a personas, instituciones o entidades que realicen operaciones de la misma naturaleza.

Del conjunto, entonces, de estos preceptos constitucionales y aunque no existe una disposición expresa y genérica de prohibición para los órganos del Estado de la arbitrariedad, se desprende tal interdicción. Asimismo también hay que concluir que de esas normas resulta previsto, en general, el principio de racionalidad.

## D. *Jurisprudencia*

### 1. *Jurisprudencia judicial*

Hay varias sentencias de los tribunales superiores de justicia en los cuales se ha aplicado la prohibición de arbitrariedad y aun se ha asimilado a la arbitrariedad, la decisión administrativa no motivada o injustificada. Fallo de 31-VII-95 Corte Suprema en recurso de protección *González Flores-INP*, considerandos 4º; 5º y 7º y Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 4-V-95, recurso de protección *Valdés Moraga-Universidad de Chile*, considerandos 12 y 13.

### 2. *Jurisprudencia administrativa*

La Contraloría General de la República también ha adoptado una posición semejante en varios pronunciamientos como los contenidos en los dictámenes Nos 26.867, de 1991, 35.849, de 1994 y 1.957, de 1995, por citar algunos.

## VI. EL PRINCIPIO DE LA EFICIENCIA

### A. *Generalidades*

La Ley N° 18.575, antes citada, se refiere directa o indirectamente, a la eficiencia en varias disposiciones, como son las de los artículos 3º; 4º; 5º en ambos incisos; 8º; 10º y 44.

De acuerdo con lo prescrito en estas normas, hay una eficiencia que apunta al manejo de los recursos, y que deriva del deber de los agentes del Estado de velar por el mejor aprovechamiento de los recursos disponibles, a la cual se podría denominar como la eficiencia operativa, a fin de vincularla con el control o auditoría operativa; pero también hay otra eficiencia que se

orienta al funcionamiento debido, ágil, expedito y oportuno de los servicios de la Administración del Estado y al cual se podría llamar eficiencia funcional.

### B. *Eficiencia funcional*

En primer lugar, “la Administración del Estado” estará al servicio de la comunidad, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente. Este es el primer deber (art. 3º).

En segundo término, los procedimientos administrativos tienen que ser ágiles y expeditos, correspondiendo a los agentes públicos de la Administración procurar la simplificación y rapidez de los trámites (arts. 5º y 8º).

Como tercer punto, es preciso que exista coordinación y unidad de acción en el cumplimiento del desempeño administrativo, con recomendación de evitar la duplicación o interferencia de funciones. (art. 5º, inciso 2º).

Cuarta consideración es la que impone a las autoridades y funcionarios la obligación de velar por la eficiencia de la Administración (art. 5º, inciso 2º).

En quinto término, las jefaturas deben ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal dependiente, entendiéndose que el control interno jerárquico comprende la eficacia y la eficiencia en el cumplimiento de los fines y objetivos pertinentes (art. 10).

En sexto lugar, el funcionamiento ineficiente de las entidades de la Administración del Estado que origine daño a terceros, sea por no funcionar, funcionar tardíamente, o por otro mal funcionamiento, dará lugar a indemnización de perjuicios (arts. 4º y 44).

### C. *Eficiencia operativa*

Dice relación con el manejo de los recursos y que se cautela a través de la llamada auditoría operativa o de las tres E.

La eficiencia operativa supone: la *eficacia*, es decir, el cumplimiento de las metas previstas en el plazo determinado; la *economicidad*, esto es, la obtención de los recursos necesarios para la realización de las metas, en los mejores términos de oportunidad, y la *eficiencia* propiamente tal, que significa el empleo óptimo de los recursos disponibles para alcanzar las metas propuestas sobre la base de la ecuación costo-resultado.

## VII. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Sobre la base de lo establecido en los artículos 1º, inciso 3º y 19 Nº 21 de la Ley Suprema, se construye este elemento.

El rol instrumental del Estado respecto de las personas se manifiesta frente a los grupos intermedios que crean u organizan esas personas, debiendo aquél, por tanto, reconocerlos y ampararlos, garantizándoles la adecuada autonomía para cumplir sus fines.

Por ello también, las actividades económicas que las personas individualmente o por intermedio de grupos o sociedades deseen desarrollar y siempre que no sean contrarias a la moral, al orden público, o a la seguridad nacional y sin perjuicio de su regulación legal –papel regulador del Estado– están garantizadas por la Carta Política. Consecuente con esta premisa fundamental que a su vez es derivación de lo previsto en el artículo 1º, inciso 3º comentado, se privilegia al individuo frente al Estado y sus órganos facultando a éstos sólo la actividad empresarial si una especial ley –de quórum calificado– los faculta para ejercer aquella actividad.

## VIII. UN SISTEMA ÍNTEGRO DE RESPONSABILIDADES DE LOS AGENTES PÚBLICOS Y RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

### *A. Idea central*

Lo cierto es que la existencia tanto de un sistema íntegro de responsabilidades como de un sistema nacional de Control Gubernamental resulta del imperativo de hacer realidad la aplicación y observancia de los principios de juridicidad, probidad, racionalidad, eficiencia y subsidiariedad. Sin los sistemas aludidos, los principios mencionados no serían sino manifestaciones de buenas intenciones o propósitos y las normas que los consagrarán no pasarían de ser consideradas preceptos programáticos<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del Siglo XX*. Homenaje al profesor Fernando Garrido Falla. Editorial Complutense. Madrid 1992. Volumen II “La

## B. Concepto de responsabilidad<sup>7</sup>

Podría decirse que la responsabilidad es la carga con que se obliga a una persona para que asuma las consecuencias de su conducta (acciones y omisiones) y aún en determinadas circunstancias, por la de terceros o por los hechos de sus cosas.

## C. Ámbito de las responsabilidades

Respecto de los agentes públicos, la responsabilidad debe ser íntegra en el sentido que ella procederá siempre y respecto de todas las conductas de esos actores. Comprenderá asimismo y por consiguiente, la responsabilidad penal, la civil y la administrativa. En ciertos casos, se habla de la responsabilidad política, que en realidad no es tal, sino jurídica<sup>8</sup>.

En cuanto al Estado, éste tendrá sólo responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual. En la segunda, deberá responder por los daños a terceros, de acuerdo con la teoría de falta de servicio, es decir, por incumplimiento al principio de eficiencia, no obstante que también tendrá aplicación la responsabilidad por la teoría del riesgo –fundada en principios constitucionales como la igualdad ante las cargas públicas– y aún por los principios generales del derecho. Además, la responsabilidad como es íntegra, podrá provenir de conductas de agentes de órganos políticos o administrativos, de agentes de órganos jurisdiccionales y aún de órganos legislativos.

---

Potestad Administrativa: concepto, trascendencia y análisis”, de *Luis de la Morena y de la Morena*, p. 878, en la que expresa:

“Sólo la ineludible exigencia de alcanzar los fines de interés público, declarados tales en cada coyuntura política, le podrá mover al legislador (más bien le obligará) a poner en manos del Gobierno y de la Administración *un podery un dinero que no son suyos, sino nuestros. Nada más importante, por ello, para el individuo y para la Sociedad, que controlar qué hacen el Gobierno y la Administración con el poder* que, a costa de nuestra libertad, se nos quita y con el dinero que, a expensas de nuestra propiedad, nos recauda”.

<sup>7</sup>El Diccionario de la Real Academia vincula el concepto a la obligación de cumplir una pena o de resarcir un daño.

<sup>8</sup>La Comisión de Estudios de la Constitución Política se inclinó por la tesis de la señora Luz Bulnes en el sentido de que la naturaleza jurídica de la acusación constitucional apuntaba a una responsabilidad jurídica y no política.

## D. Caracteres de la responsabilidad

Dos ideas centrales hay que destacar:

1. Las distintas responsabilidades son independientes entre sí, salvo algunas situaciones de excepción.
2. Las responsabilidades sólo se pueden hacer efectivas mediante el debido proceso: sumario o investigación sumaria; proceso penal; juicios civiles; acusación constitucional.

## IX. UN SISTEMA NACIONAL DE CONTROL GUBERNAMENTAL

### A. Necesidad social de la existencia del control

Como se expresó, toda actividad humana debe ser racional: la racionalidad en cualquier sociedad de seres humanos exige como elementos: la planificación, la organización, la dirección, la preceptiva o normativa correspondiente por la que ha de regirse, y *la evaluación o control*. Es por consiguiente, el control un elemento de toda organización administrativa, pública o privada.

Se requiere también de la función de control para que los principios de juridicidad, de eficiencia, de probidad, de racionalidad y de subsidiariedad sean efectivos o reales y no sólo manifestaciones de buenos propósitos.

Aun es imprescindible el control para controlar la integridad –compilación y empleo– de los recursos de una entidad –pública o privada– lo que pasa no sólo por la juridicidad sino también por la eficiencia, probidad y racionalidad en su empleo.

### B. Concepto

El control o la fiscalización<sup>9</sup> consiste en un examen, estudio o análisis que se practica por un órgano de fiscalización independiente e imparcial respecto de

<sup>9</sup>Se parte del supuesto –que es muy controvertido– del carácter sinónimo de ambos vocablos, de acuerdo con lo expresado en el Diccionario de la Real Academia Española que en su 1ª acepción dice que control es “comprobación, inspección, *fiscalización*, intervención; y de ciertos preceptos de la Carta Política que así lo revelan como los arts. 87, 102, inciso 1º y 108, inciso 2º.

una o más situaciones determinadas con el objeto de velar sea por el cumplimiento del principio de juridicidad (probidad, racionalidad, eficiencia, subsidiariedad) y especialmente de cuidar por la eficiencia operacional en el manejo de recursos, de proteger el mérito de las decisiones y del resultado obtenido frente a los objetivos o metas propuestos.

### *C. Naturaleza jurídica del control*

Lo importante es señalar que esta función es diferente de las tradicionales del Estado:

1. No es legislativa, pues su objeto es ajeno al de establecer normas generales, abstractas o impersonales, obligatorias para la comunidad; el control siempre recae respecto de una o más situaciones determinadas.
2. No es administrativa, pues ésta es una actividad, si bien concreta, que persigue el bien común, con dinamismo, lo hace sobre la base de su sumisión a las directrices gubernamentales o políticas y con su cumplimiento; en cambio el control es independiente e imparcial.
3. No es jurisdiccional propiamente tal, aun cuando hay control jurisdiccional, por cuanto las decisiones provenientes de una fiscalización no poseen el carácter de cosa juzgada ni goza esta función de la facultad del imperio.

### *D. Características*

Cuatro elementos esenciales se encuentran en esta función:

Dos concernientes a los órganos de control que la ejercen, cuales son la independencia respecto del fiscalizado y la imparcialidad u objetividad con que deben realizar su acción.

Otra relativa a la función y que consiste en reconocer que ella es la más distribuida entre órganos estatales –legislativos, jurisdiccionales y administrativos, internos y externos–; aun corresponde a los medios de comunicación social y a todos los miembros de la comunidad.

Finalmente, esta función, respecto del Estado, es íntegra en cuanto a que todos los órganos estatales y todos los agentes y en todas sus acciones, se hallan sujetos a control, el cual abarca tanto la fiscalización del cumplimiento de los principios de la juridicidad, de la probidad, de la eficiencia, de la racionalidad y de la subsidiariedad.



### E. *Clasificación del control*

Desde el punto de vista de la función, puede ser control jurídico, control de mérito, control de eficiencia y aún control de programas.

Desde el punto de vista de los órganos que ejercen la fiscalización, es posible encontrarlo en todos los poderes del Estado: Judicial, Parlamentario y Gobierno y aun en órganos autónomos como Contraloría General y Defensor del Pueblo.

Desde el punto de vista del sector en que recae, puede ser respecto del Estado por órganos de éste; o bien recaerá en el sector privado y ejercido por el Estado, sea por órganos judiciales o por órganos administrativos, como Ministerios de Salud, de Educación, Municipios.

### F. *El sistema nacional de control gubernamental*

Lo básico consiste en que esta importante función debe ser ejercida por el Estado de la forma más repartida y es imposible concebir un solo órgano de control con el ejercicio de esta actividad centralizada. Es la función más distribuida como se expresó anteriormente. Toda ella, en el conjunto de los diversos órganos de control que la ejercen debe cumplir el propósito de tal actividad: velar por los principios de juridicidad, eficiencia, probidad, racionalidad y subsidiariedad de los órganos estatales y aún del principio de juridicidad que los administrativos también deben cumplir en el caso del control del Sector Privado. Por consiguiente, el sistema nacional de control gubernamental comprende todos los órganos de control y todas las funciones de esta especie.

## ANEXO

Las fuentes doctrinarias consultadas son la siguientes:

Enrique Sayagués, *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo. 1953, T. 1, 405 a 412. Entre las ideas más importantes destaca:

- a) Resalta el poder discrecional, más que la clasificación entre acto discrecional y reglado.
- b) El ejercicio de facultades discrecionales puede ser objeto de control jurisdiccional, pues “mientras la administración ejerza *racionalmente* sus poderes discrecionales dentro de los límites del Derecho no podrán ser anuladas en vía jurisdiccional”.

c) Motivos y fin, otras limitaciones.

d) Destaca el *principio de racionalidad*: “A veces la Administración dispone de una gran libertad... Pero aun en ese ámbito legítimo de discrecionalidad la Administración debe actuar *razonablemente*, ya que la libre apreciación en la oportunidad de la acción administrativa no puede convertirse en arbitrariedad, lo cual importaría salirse de sus límites propios y constituiría ilegalidad”.

Manuel María Diez, *Derecho Administrativo*. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1965, T. 2, 355-356. Invoca también el principio de razonabilidad excluyente de la arbitrariedad.

Fernando Garrido Falla. *Tratado de Derecho Administrativo*. (10ª ed.) Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1987, vol. I, 445-446. Destaca como limitaciones el “motivo” que es más importante en los actos discrecionales.

Marcos Fernando Pablo. *La motivación del acto administrativo*. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1993, 238. Dice, refiriéndose a la motivación de los actos que se dicten en ejercicio de facultades discrecionales “*Lo discrecional no motivado es arbitrario*”.

Luis Cosculluela Montaner, *Manual de Derecho Administrativo* (2ª Edición) Editorial Civitas Madrid 1991, T. I Págs. 122 ss. Señala, respecto de la interdicción de la arbitrariedad, “La actividad administrativa en cuanto basada en una potestad, debe ser siempre *racional*, coherente y orientada exclusivamente a la satisfacción de un interés público. Cuando ello no ocurre, la actuación se califica de arbitraria y contraria, por tanto, al ordenamiento jurídico.

Eduardo García Enterría: *La lucha contra las inmunidades del poder*. Cuadernos Civitas (3ª ed.) Madrid. 1989, Capítulos IV y V.

Tomás Ramón Fernández *De la arbitrariedad de la Administración*. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1994, pp. 44 y 45, 50, 71, 73, 74, 78, 79, 80, 81, 82 a 92, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165.