

La sujeción de la administración al derecho público y al derecho privado. El caso de Chile. Respuesta a un cuestionario de Eberhard Schmidt-Assmann y Javier Barnés

Alejandro Vergara Blanco¹

Doy respuesta en este escrito a un cuestionario preparado en conjunto por los profesores de Derecho administrativo Eberhard Schmidt-Assmann, de Alemania, y Javier Barnés, de España, el que se refiere a aspectos fundamentales de la partición entre derecho público y derecho privado en Chile, con especial referencia a la sujeción de la Administración tanto al derecho público como al derecho privado. Las preguntas se insertan en cursivas y las respuestas, precedidas de las iniciales del autor (AVB), se insertan en redondas².

A. Opciones fundamentales del ordenamiento sobre las relaciones entre derecho público y privado

I. Sobre la constitucionalización de las relaciones entre derecho público y privado.

Con carácter general, ¿qué establece la respectiva Constitución, de modo implícito o ex-

plícito, y según la propia jurisprudencia y/o la doctrina, sobre ambas ramas del Derecho (en relación con el Ejecutivo y la Administración)?

1. Para partir, ¿la Constitución diferencia por sí misma de alguna manera entre una y otra rama respecto de la Administración?

AVB: Cabría partir por considerar un estatus especial destinado a proteger los comunes intereses públicos. De esta manera, si lo público incorpora todos los aspectos de trascendencia colectiva, quizás cabría realizar una subclasificación de lo público, entre:

i) aquello propio de los órganos estatales, esto es, aquello que es formalmente materia de decisiones de los poderes públicos u órganos del Estado, y

ii) aquello que es de alto interés colectivo y que no necesariamente es competencia estatal, y que puede significar la actuación de particulares, más o menos poderosos, por el hecho que en sus manos se encuentran depositadas decisiones relevantes de interés común. Esto ya no sería propiamente privado sino público.

La anterior distinción sería útil a los efectos de analizar cuál es el grado de incidencia o afectación de los comunes intereses públicos, en función de la participación única de la Administración (primer caso) o mancomunada (la segunda; actuando la Administración como mero regulador, y los particulares, en ejecución de determinada actividad).

Sea cual fuere la situación, en todo caso los derechos de los particulares a que se

¹ Profesor Titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile. Post Doctorado en Derecho, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Francia. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España. Correo electrónico: alejandro.vergara@uc.cl. Dirección postal: Avenida Bernardo O'Higgins 340, Facultad de Derecho, Santiago de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8312-3919>

² Publicamos las respuestas a un cuestionario de 2018 que permitió, durante la pandemia, un fructífero diálogo entre juristas de Europa y América, el que también contestaron respecto de sus respectivos países los profesores de Derecho administrativo Juan Carlos Cassagne, de Argentina y William Zambrano, de Colombia, respuestas todas que están contenidas en: J. Barnes / E. Schmidt-Assmann (editores), *La sujeción de la Administración al Derecho Público y al Derecho Privado. Un diálogo entre Europa y América. Sevilla, España: Global Law Press – Editorial Derecho Global, 2023 (el texto que aquí se republica aparece en las pp.295 a 336 de ese libro)*. Para elaborar esas respuestas conté con la colaboración de Daniel Bartlett, entonces investigador del Programa de Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en la primera formulación de las respuestas, en las que sigo o sintetizo trabajos anteriores que cito. Este trabajo fue entregado para su edición en diciembre de 2021, lo que explica que la información con que se elaboró es la vigente a esa época; sin perjuicio de que las variaciones posteriores son irrelevantes en cuanto a los argumentos y desarrollo ofrecidos, en especial dada la supervivencia de la Constitución de 1980 y de las regulaciones a que se hace mención.

* Abreviaturas: Constitución Política de la República: CPR; Código Civil: CC; Corte Suprema: CS; Código del Trabajo: CT.

Artículo recibido el 15 de abril de 2024 y aceptado el 10 de junio de 2024.

respeten las garantías dispuestas en la Constitución y demás normativa, debe ser observada en todo momento: tanto por la Administración (en su papel de prestador de servicios públicos, o de mero regulador), como por los particulares a los que, en virtud de algún título jurídico, quedan investidos de las facultades pertinentes para el desarrollo de actividades con impacto directo en la sociedad (como prestadores de servicios públicos, como co-contratantes, u otras situaciones posibles).

Esta materia se analiza *in extenso* en un trabajo anterior³; pero puedo agregar ahora:

i) En el caso de la Constitución chilena, la distinción público/privado es algo patente y se manifiesta en varios de sus artículos. Cobra especial interés, y ya desde un plano más específico, el art. 19 N° 23, que consagra la *summa divisio iuris* de los bienes, visto como ejemplo paradigmático de esa distinción entre público/privado. Tema sobre el que vuelvo más adelante.

ii) Sin perjuicio de esto, podemos encontrar en la Constitución un origen común para ambas ramas del derecho, ya que todas las normas emanan de la voluntad del pueblo. Esto se debe a que la soberanía reside esencialmente en la nación (art. 14 CPR). A partir de la CPR 1980, el análisis jurídico de la actividad administrativa y de las personas debe realizarse conjugando dos realidades: potestades públicas/libertades públicas. También señala que la CPR es muy escueta en materias de derecho privado, en cambio en ámbito público tiene gran desarrollo. En efecto, el articulado de la actual Constitución, en tanto ley superior de la comunidad política, ha sujetado a la Administración –entre otras disposiciones– a los arts. 1° incs. 4° y 5°, 5 y 19 N° 26 CPR.

³ VERGARA 2021, 163-218. En ese trabajo me pronuncio sobre la estructura, identidad y función de la dicotomía, desde la perspectiva del derecho administrativo. Realizo ahí una exposición de la actual consagración y discusión de la dicotomía público/privado en Chile, antecedido de una revisión del tema en la historia jurídica y en el derecho comparado, expongo el estado de la cuestión ante la actual normativa constitucional y legal; luego reviso su acogimiento en la jurisprudencia a través de una casística relevante; y, en fin, reviso la discusión que se ha producido en la doctrina nacional (hasta 2021). [una actualización de esa discusión puede verse en VERGARA 2023, que cito más adelante]

A partir de sus arts. 6° y 7°, la CPR exige a todos los órganos del Estado, incluidos los órganos administrativos, el respeto a la legalidad. Esta legalidad también obliga a los particulares (art. 6°, inc 2° CPR), para quienes además constituye un límite a su autonomía privada.

iii) En la Constitución Política de 1980 existen manifestaciones sobre las limitaciones tanto para los órganos del Estado (por medio de sus tres poderes) como para los particulares (en sus correspondientes esferas de actuación); las encontramos, por ejemplo, en los diversos artículos, muchos de los cuales hemos destacado en la Primera Parte.

Primero, para la Administración, el artículo 1° CPR, es paradigmático; del cual cabe destacar, en relación a las limitaciones al poder y ejercicio de derechos y deberes, los siguientes incisos: i) el inciso 1°, al establecer que nadie tiene más derechos o es más digno que otros; ii) respecto a los denominados grupos intermedios (inc. 3°) sobre los cuales el Estado es el que garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos; iii) el inciso 4°, el principio de servicialidad del Estado frente a la persona humana, el deber de promover el bien común, junto con respetar los derechos y garantías establecidos por la Constitución; iv) el Estado (sus órganos, más bien) tiene la obligación de contribuir a crear (inciso 4°) las condiciones para que los integrantes de la comunidad nacional puedan realizarse espiritual y materialmente: por lo tanto, es un poder-deber, a su vez alegable por los particulares; en fin, v) en el inciso 5°, el cual establece un haz de obligaciones para el Estado, las cuales acaban afectando la esfera de los particulares.

En seguida, para los particulares, resulta muy ilustrativo el artículo 19, contenido en el Capítulo III de la CPR “de los derechos y deberes constitucionales”, destacando a modo de ejemplo los siguientes, que constituyen derechos-deberes: i) en el numeral 7°, letra a) se establece un derecho a la libertad ambulatoria, condicionado a que se respeten las normas establecidas en la ley y salvo el perjuicio de terceros.; ii) en el numeral 8°, se establece que, si bien es deber del Estado garantizar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a conti-

nuación, lo habilita a que –por ley– puedan establecerse restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente, lo que acaba transformándose en obligaciones para los particulares; iii) en el numeral 11º, inciso segundo, se indican cuáles son las limitaciones a la libertad de enseñanza (en su vertiente del derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales): la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional; iv) en el numeral 15º, inciso tercero, establece una serie de limitaciones y obligaciones para con los partidos políticos; en fin, v) respecto la hipótesis según la cual, las grandes empresas (cuya propiedad recaería sobre personas concretas), fuera cierto que disfrutarían quizá de mayor margen de autonomía que la Administración, considerando todo lo anteriormente dicho, esa afirmación vendría matizada por cuanto tal autonomía no es absoluta.

En síntesis, el rol que desempeña la Administración en el Estado, justifica el establecimiento de reglas diversas a la de los particulares, sin perjuicio de que pueda haber reglas comunes para ambos (por ejemplo, el común respeto a la Constitución y a las leyes).

2. Los deberes, mandatos, responsabilidades o fines que la Constitución establezca para la Administración, ¿podrían luego concretarse y llevarse a cabo a través del Derecho Privado o solo mediante normas de Derecho Público de forma indiferenciada o alternativa? ¿O pueden llevarse a cabo determinadas actividades y prestaciones, unas veces en régimen de Derecho privado y otras en régimen de Derecho público, con respeto de ciertas condiciones? ¿Hay disposiciones (sobre bienes, límites o deberes, por ejemplo) que sólo pueden confiarse al Derecho Administrativo?

AVB: La Constitución a cada paso se refiere tanto a regímenes de derecho privado como públicos para significar la posibilidad de actuación tanto de los particulares como de los órganos de la Administración del Estado. En especial, como reflejo del principio de subsidiariedad le deja amplio campo a la Ley para permitir la actividad de los particulares en materias de interés público. Así:

i) En Chile, existen empresas de propiedad totalmente privada que desempeñan

servicios y tareas públicas, como es el caso de los concesionarios de obra pública. Por otra parte, existen empresas particulares que realizan tareas que se consideran importantes para la sociedad sin la participación o concesión del Estado. Por ejemplo, se encuentra, en Chile, el caso de las instituciones de salud previsual (ISAPRES): son importantes como prestadoras privadas de servicios de salud de la población, las cuales actúan como co-opción al sistema público de salud (FONASA), y que han sido indirectamente reconocidas en la propia Constitución. En verdad, están desempeñando un rol importante de servicio público. Lo mismo acontece con las Administradoras de fondos de pensiones, AFPs, que son empresas privadas, las que – con mayor incidencia- se presentan como opción obligatoria del sistema de ahorro previsual (pensiones).

ii) Si atendemos la medida en que estos actores privados están sujetos a regulaciones constitucionales previstas, en realidad, para la Administración, podemos señalar que en la medida en que ciertas empresas u organizaciones puedan ser importantes para la sociedad, o para los ciudadanos, la instauración de ciertas vinculaciones constitucionales específicas, deviene necesaria. En este sentido, podríamos vislumbrar ciertos criterios a tomar en cuenta de cara a establecer grados de compromiso con los principios constitucionales:

1/ El mayor grado de pertenencia a la Administración del Estado, o bien dependiendo de los recursos públicos implicados en dicha organización, comportará respetar determinadas reglas de transparencia, control del gasto público, financiero/contable, nombramiento de su personal, rendición de cuentas de su actuación, entre otros (este sería el caso de las empresas públicas y, quizá en menor grado, el de las semi fiscales).

2/ En el campo de la contratación pública, donde, con la Administración colaboran por acotado periodo de tiempo ciertos actores privados en la prestación de servicios públicos; suministran bienes o servicios, construyen obras públicas y/o las tienen concesionadas, las reglas básicas constitucionales que deberían ser respetadas, arrancan desde su primera toma de contacto con la Administración, a tra-

vés de un proceso licitatorio (que respete los principios de publicidad, transparencia e igualdad), hasta al término de sus relaciones con aquélla en la prestación de sus servicios, donde durante toda su actuación y resultados, debería haberse visto reflejado el cumplimiento de todas las reglas básicas constitucionales: respeto y protección a los derechos de los administrados, acatamiento a las reglas de transparencia así como de las procedimentales, cumplimiento de la necesidad pública que justificaba el contrato público, entre otros.

3/ En cuanto a las empresas y organizaciones que, no estando participadas por la Administración del Estado, ni teniendo ningún servicio u obra concesionados, pero que representen un pilar importante en el desarrollo de un país, el grado de sujeción a las normas constitucionales aplicables a la Administración, necesariamente debería verse matizada al cumplimiento de las reglas comunes que la Constitución prevea para todos (en este caso, se está pensando en una empresa que no esté cumpliendo con un rol fundamental en la satisfacción del interés público, tal como lo hace la propia Administración, o los entes que se relacionan con ella en la satisfacción de las necesidades colectivas). Todo ello respetando la libertad de emprendimiento de esos agentes privados. En Chile, para el caso especial de las citadas ISAPRES y las AFP, las cuales cumplen un papel fundamental en el cumplimiento de una necesidad pública, la cuestión cobra especial interés, dado el importante rol que ambos desempeñan, correspondientemente, en la prestación de servicios de salud (ISAPRES = está prevista en la Constitución la posibilidad de un sistema de salud privado, art. 19, numeral 9, inc. 4° CPR) y en el sistema previsional o de pensiones (AFP, previsto por la Constitución la posibilidad que sean instituciones públicas o privadas las encargadas de asegurar prestaciones básicas de seguridad social, art. 19, numeral 18, inc. 3° CPR).

Si bien no pertenecen ni colaboran directamente con la Administración, por su carácter permanente y el fundamental papel que desempeñan, podrían llegar también a someterse a determinadas reglas de Derecho público, además de las propias del Derecho privado: transparencia, pro-

tección de los derechos, y, sobre todo, que su servicio esté abocado a cubrir la específica necesidad pública, justificando de esta forma su existencia. Precisamente, por el importante rol que cumplen, además de su organización privada de base pueden ser objeto de imperativos públicos: en concreto, el principio de autonomía de la voluntad podría verse matizado si ello entrase en colisión con la justificación de su existencia (prestación de necesidades públicas) y la efectividad de sus servicios. Aunque el modelo provee a esos objetivos mediante la creación de agencias o superintendencias.

iii) Al respecto, en las previsiones de la Constitución chilena, en primer lugar, en cuanto al desempeño de actividades económicas, encontramos el artículo 19, numeral 21 el cual dispone la existencia del derecho "a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan", y que "el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza", que "en tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado" (por lo tanto, previendo la posibilidad de que esta «actividad empresarial estatal» deba someterse a las normas imperantes en el Derecho público).

En segundo lugar, cabe destacar que, del articulado de la Constitución, se desprenden:

1°) De manera quizá más clara, mandatos directos tanto para la Administración (en el esencial cumplimiento de la promoción del bien común, art. 1° inc. 4° CPR) como para particulares o empresas que puedan coadyuvar en la satisfacción de este bien común; algunos preceptos (véase, entre otros, el mismo artículo 1° en su inc. 5°; el art. 5, inc. 2°, art. 19 numerales 9 [salud], 10 [educación] o 18 [seguridad social] CPR). En todo caso, la Administración – sin perjuicio que sea ella la que pueda prestar los servicios- queda como ente potestativo ordenador y de custodia de los intereses públicos, velando por el cumplimiento de los preceptos constitu-

cionales y legales por parte de los particulares;

2º) Por lo que respecta a las empresas prestadoras de servicios públicos o que importan por su contribución al bienestar social, no hay, como parece haber en la carta magna alemana "vinculaciones" expresas o siquiera implícitas de los mandatos constitucionales. Ulteriormente quizá resulte interesante para el caso de las empresas fiscales o semifiscales, lo dispuesto en el art. 8, inc. 1 CPR, según el cual: "El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones" (en el bien entendido que las empresas privadas pudieran desempeñar funciones públicas).

3. *¿De la Constitución se deriva alguna directriz específica para que una determinada institución o materia se regule necesariamente por el Derecho administrativo o el derecho privado? ¿O deja libertad al legislador? Y, si se deja libertad al legislador, ¿cabe matizar algo esa elección de régimen jurídico público o privado en el sentido, al menos, de que se respeten ciertos criterios o principios en todo caso?*

AVB: No existe una regla como la indicada en la Constitución chilena; de ahí que en principio el legislador es el que establece los regímenes sectoriales y distribuye las competencias administrativas y las posibilidades de actuación de los particulares, bajo el imperativo mayor de la libertad de emprendimiento privado (consagrado en el art. 19 N° 21 CPR = el derecho o libertad para desarrollar cualquier actividad económica). Al respecto: i) es paradigmático el caso de las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, en que la propia Constitución deja abierta la posibilidad de la existencia de instituciones tanto públicas como privadas (art. 19 N° 9 CPR); ii) cabe citar el caso de los establecimientos educacionales privados, cuya existencia está garantizada directamente por la Constitución (art. 19 N° 11). Pero no hay reservas explícitas de actuaciones o regímenes de derecho público o privado.

4. *Por ejemplo, la responsabilidad extracontractual de la Administración o la contratación, ¿habrían de sujetarse a un régimen u otro, o a un régimen mixto, según la Constitución? Señaladamente, cuando una Constitución regula la responsabilidad del Estado y*

en particular la de la Administración -como en el caso colombiano o español-, ¿se entiende que la Constitución ha optado por un concreto modelo de responsabilidad y por un específico régimen -público o privado?

AVB: La Constitución chilena no ha tomado la opción de regular la responsabilidad patrimonial de la Administración, ni ha optado por uno u otro modelo de responsabilidad (objetiva o subjetiva). Es el legislador que ha regulado la materia, si bien de un modo escueto (por ejemplo, en los arts. 152 LOC de Municipalidades; 4 y 42 LOC de Bases Generales de Administración del Estado, ambas de 1986), a partir de lo cual ha habido un desarrollo jurisprudencial. El modelo legal es especial: se acoge a la *falta de servicio*, esto es un modelo subjetivo (pero no basado en la culpa como es el caso de la responsabilidad de derecho privado); pero se aleja del modelo de responsabilidad objetiva (la que existe para casos excepcionales, señalados en leyes especiales).

5. *En el caso argentino, el debate se ha centrado en la cuestión competencial (la titularidad de la competencia se sigue de la naturaleza de la responsabilidad). ¿Se entiende entonces que la Constitución no ha predefinido el modelo de responsabilidad, ni, menos aún, ha dispuesto que el régimen sea jurídico-privado o jurídico-público? ¿Tampoco la Constitución chilena habría constitucionalizado el sistema de responsabilidad?*

AVB: En Chile, la CPR no ha optado por constitucionalizar el sistema de responsabilidad, por lo que las acciones de responsabilidad por daños son conocidas por los tribunales ordinarios de justicia que integran el Poder Judicial, ante la inexistencia de tribunales especiales de lo contencioso administrativo con competencia general. Al respecto, cabe señalar que el artículo 38 inciso 2º de la CPR, establece la regla general de acceso de los ciudadanos a los tribunales de justicia, para el caso que consideren lesionados sus derechos por parte de la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, añadiendo "sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño". Esta, no obstante, no es más que la puerta de acceso de los particulares a la Administración de justicia, pero de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia actuales, no constituye una

constitucionalización de la responsabilidad del Estado, porque, para empezar, ni siquiera establece cuál es el criterio de imputación aplicable. Durante la década de 1970, uno de los principales problemas en este ámbito radicaba en la imposibilidad práctica de hacer efectiva la responsabilidad civil extracontractual del Estado en el ámbito administrativo. Cabe recordar que la jurisprudencia de nuestros tribunales sostenía que tratándose de actos de autoridad era improcedente aplicar las normas sobre la materia del derecho privado y que la justicia ordinaria carecía de competencia para resolver los conflictos contencioso-administrativos, salvo en los casos en que una ley los hubiera dispuesto expresamente.

6. *Por otra parte, ¿es posible encontrar algunos límites a la libre elección del legislador? Por ejemplo, cuando en un ordenamiento se dispone que "en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración", ¿cabría entender que esas limitaciones de la autonomía de la voluntad, de la libertad contractual, en última instancia derivan de la Constitución en la medida en que ésta impone o exige que toda acción de la Administración se enderece a la satisfacción del interés general? ¿O es una cuestión que pertenece a la libre esfera del legislador?*

AVB: Al respecto, cabe en primer término señalar que la potestad legislativa, no es absoluta, dado que presenta claras limitaciones, como se encarga de decirlo expresamente la CPR paso a paso, en las mismas disposiciones en que consagra las libertades públicas; en otros sitios, como ocurre por ejemplo en materia minera, en la cual, excluyendo algunos aspectos del dominio de la ley simple, lo reserva en exclusiva a otro tipo de ley de rango orgánico constitucional (art. 19 N° 24 inc. 7°); o como ocurre también al autorizar la actividad empresarial de la Administración, lo cual se reserva a una ley de quórum calificado (art. 19 N° 21 inc. 2° CPR). Así, el legislador, desde un principio, no tiene la posibilidad de ejercer sus potestades legislativas en cualquier ámbito, sino sólo en aquellas materias que la CPR le permite. Esta es una primera limitación, y es lo que denominamos «dominio legal» o «reserva legal».

La expresión «dominio legal» aparece recogida en el artículo 32 inc.6° CPR, al indicar que el Presidente de la República podrá ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del «dominio legal».

Por otra parte, si atendemos a la autonomía de la voluntad en materia de contratación, debemos tener presente que el derecho administrativo y el derecho civil son dos disciplinas diferentes y, por ende, hablamos de principios vertebradores distintos en cada caso: el principio de legalidad, aplicable a la Administración, y el de libre autonomía de la voluntad a los privados. De no atender a esta distinción, nos encontraríamos con casos en los que la Administración podría actuar a su libre albedrío, sin necesidad de entrar necesariamente en lo ilegal, pero sí que de esta forma pudieran producirse situaciones desequilibradas; esto no es sostenible, toda vez que la Administración debe actuar equitativamente ante las personas, prohibiéndose las actuaciones discriminatorias, salvo casos de discriminación positiva justificados debidamente. Por ejemplo, mal podría celebrarse un contrato público con arreglo al principio de autonomía de la voluntad, adjudicándose a cualquiera, en lugar de obedecer a los principios de publicidad y concurrencia. Si bien es un ejemplo bastante evidente, cabría trasladar esta lógica hacia planos más específicos y complejos. Imaginemos, dentro de este mismo ámbito del Derecho administrativo, no es claro que el principio de buena fe en la ejecución de los contratos tenga la misma fuerza que tiene en las relaciones entre particulares; pues existe la posibilidad que la Administración modifique o ponga término anticipado unilateral (bajo ciertas circunstancias) en cualquier momento un contrato.

7. *Y las normas de Derecho necesario, como las que en el caso colombiano se enumeran (selección del contratista, competencia...) ¿pueden entenderse como derivadas en cierto modo de la Constitución? ¿Cabría, por ejemplo, el argumento del principio de igualdad, de neutralidad de la Administración, de la mejor satisfacción del interés general (la mejor prestación al mejor precio) para fundamentar en la Constitución esas normas de Derecho necesario?*

AVB: Este tema no se ha discutido en Chile.

8. Respecto del régimen legal de los bienes, ¿se sigue de alguna disposición constitucional que su regulación a nivel de legislación ordinaria ha de corresponder al Derecho administrativo o al derecho privado)? ¿O es una cuestión que ha quedado a la libre decisión del legislador con algunos límites y garantías constitucionales?

AVB: La regulación de los bienes ha quedado plasmada en la Constitución. La desarrollo más ampliamente por su singularidad en el concierto del derecho comparado. Así:

i) La Constitución consagra directa y expresamente la *summa divisio* de los bienes, para lo que distingue dos campos jurídicos: *publicatio* y *appropriatio*; esto es, bienes públicos y privados. El punto de partida es el art.19 N° 23 inc.1° de la CPR que consagra la división o clasificación mayor (*summa divisio*) de los bienes, dividiéndolos en públicos y privados. Los bienes públicos (= "bienes nacionales de uso público" = "bienes que deban pertenecer a la Nación toda" = "bienes de dominio público") se componen de bienes de diferente naturaleza y origen, los cuales son tipificados como tales por una ley de quórum calificado (art. 19 N° 23 inc.2° CPR). La actualidad legislativa, jurisprudencial y doctrinaria en materia de bienes públicos, está o ha de estar necesariamente marcada por ese texto constitucional, el que bi-parte los bienes en públicos y privados (eliminando la posibilidad de que los bienes sean estatales, o tengan como titular al Estado).

ii) Esta *summa divisio* de los bienes está incorporada en una disposición constitucional que limita el régimen legal a que pueden ser sometidas las cosas o los bienes (de ahí lo novedosa que resultó ser la disposición del art.19 N° 23 CPR en 1980), pues reconfigura el ordenamiento jurídico chileno a este respecto. A partir de los términos del art.19 N° 223 CPR se modifica y precisa una antigua clasificación, describiendo ahora el texto constitucional las posibilidades de acceso de los particulares al dominio de los bienes y, de paso, deja claramente eliminadas las posibilidades de que el Estado o sus órganos, pueda llegar a ostentar un papel de titular de los bienes no privados. Así

(dejando de lado los bienes comunes a todos los hombres), hoy las cosas o los bienes sólo pueden ser: i) públicos (nunca estatales, a raíz de la clara contraposición Estado/Nación que articula la CPR en esta materia) o, ii) privados. A la dualidad público/privado (*publicatio/appropriatio*), que hemos reseñado antes (y que es la que tiene una real operatividad práctica), la CPR ha antepuesto las *res communis omnium*; por lo que la *summa divisio* de las cosas que resulta en la CPR es la siguiente: i) los bienes comunes a todos los hombres; ii) los públicos y, en fin, iii) los privados.

iii) Cabe agregar que se distinguen los bienes nacionales de uso público de los privados, en esencia, por las siguientes características:

a) Su uso público. Por ejemplo, el art.19 N° 13 inc.2° CPR al referirse a "plazas, calles y demás lugares de uso público" está remarcando no sólo su condición de bienes abiertos al "uso público", sino, además, al mismo tiempo, que este uso "público" implica falta de apropiación, de dominio.

b) Su inapropiabilidad. De acuerdo al art. 19 N° 23 inc.1° CPR los bienes que deban pertenecer a la Nación toda (en los casos en que "la ley lo declare así": esto es, quede afecta toda una clase o categoría de bienes a tal *publicatio*) no pueden ser adquiridos en dominio por las personas (naturales o jurídicas, de derecho privado o público); ley ésta que debe ser de quórum calificado (inc.2°), y sólo respecto de "algunos" bienes, pues la regla general para "toda clase de bienes" es la libertad de adquirir, como fluye de esta disposición constitucional. Por lo tanto, este de los bienes nacionales o públicos es un régimen de «excepción», para "algunos bienes", como dice la propia CPR, y la regla general es la libertad para adquirir "toda clase de bienes". Y esta inapropiabilidad o impedimento general para adquirir rige no sólo para todo tipo de personas, naturales o jurídicas (particulares) y otras personas de derecho público (como el Estado/fisco, los Gobiernos regionales y las municipalidades, que actúan en materia de bienes igual que los «particulares»), sino que también para el propio Estado, en ese sentido genérico que los anteriores textos constitucionales lo han entendido. Por lo que,

a partir de la vigencia de la CPR de 1980, el Estado (escrito así, a secas, sin más) no es una «entidad» habilitada para ser titular, en bloque, de bienes o categorías de bienes de alto interés social; sólo la “Nación toda” podrá serlo.

c) Su inenajenabilidad o inalienabilidad. Esta característica de los bienes públicos surge del propio hecho de que no hay libertad para adquirirlos (19 N° 23 CPR), por lo que las disposiciones civiles no podrían, por ejemplo, amparar su legado, venta o prescripción (como de hecho ocurre: vid. arts. 1.105, 1.464 N° 1 y 2.498 inc.1° CC, respectivamente), ni tampoco en virtud de las leyes podría disponerse su “enajenación”, palabra esta última desajustada para este tipo de bienes en que no opera el comercio jurídico-privado, al que se aplica tal concepto. En materia de bienes públicos, no cabe hablar de enajenación, pues es un supuesto imposible, dado que para que la enajenación operara previamente los bienes tendrían que ser desafectados, acto este último por el cual comienzan a ser apropiables. La desafectación es, en los hechos, un traslado de bienes específicos desde la *publicatio* a la *appropriatio*. Por eso el art. 63 N° 10 CPR al referirse a la enajenación de los bienes fiscales y municipales no cubre los bienes públicos, pues no son susceptibles de tal figura jurídico-privada; los bienes públicos sólo son susceptibles de uso público o de concesión para su aprovechamiento; nunca de enajenación. Lo que sí puede suceder con estos bienes es dejar de ser nacionales o públicos, ya sea por una desafección genérica (cuando desaparezca el “interés nacional” a que se refiere el art. 19 N° 23 inc. 2° CPR, y se realice por ley de quórum calificado), o por una excepcionalísima desafección particular (un trozo de camino público abandonado).

iv) Su régimen, en definitiva, lo establecen las leyes, del mismo modo que las posibilidades de uso público o privativo de los particulares. Pero el hecho de su afectación o desafectación, en sus rasgos esenciales, debe respetar el quórum calificado que consagra la CPR. Al respecto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ofrece una caracterización de estos bienes, señalando que sus características principales son: “a) que su dominio pertenece a la Nación toda; / b) que su uso

pertenece a todos los habitantes de la Nación; / c) que nadie puede disponer de ellos; d) que están fuera del comercio humano, y / e) que debe ser la ley la que los declare bienes nacionales de uso público”.

v) Una naturaleza jurídica singular como la de los bienes nacionales de uso público, también lleva aparejado un distinto régimen en cuanto a la intervención de éstos, diferente de los privados. El rol de la *publicatio* es transformar los bienes en bienes de dominio público, los cuales son administrados por la Administración. Esto conlleva también a que los privados que quieran aprovechar estos bienes deban seguir ciertos procedimientos para acceder a ellos, los cuales son establecidos por la Administración, y aquí llamamos procedimientos concesionales. La fiscalización que lleva a cabo la Administración sobre estos bienes se justifica no sólo en el interés público que existe sobre ellos, sino también por el interés del Fisco por recaudar recursos, lo cual puede no coincidir con el interés de la sociedad. Todo ello hoy se engloba en un interés público, y para cumplirlo, el Estado ha ideado una serie de técnicas interventoras, que señalo a continuación.

vi) Así, actualmente, la intervención administrativa en materia de bienes públicos se manifiesta, globalmente, a través de estas formas:

1. La *publicatio*. Ella significa impedir que los bienes públicos ingresen al tráfico jurídico-privado (al que, no obstante, en definitiva, en algunos casos tiene que llegar, como en las minas y aguas pero ya no como riqueza nacional, sino, una vez extraídas las aguas o los minerales, como una mercancía más del tráfico jurídico-privado) no sin antes cumplir una serie de requisitos: reconocimiento de la titularidad estatal y previa concesión.

2. El procedimiento concesional. La intervención en la constitución de las titularidades privadas que, limitadas a lo señalado anteriormente, permiten actuar legítimamente a los particulares en el sector. En otras palabras, la Administración se reserva la potestad de otorgar a los particulares el título que les permite acceder a la explotación: la concesión.

3. Fiscalización y fomento. Luego, al nacer los derechos reales administrativos

(sobre todo porque, como se ha dicho, éstos están inmersos en una especial relación jurídico-administrativa), estos derechos estarán constantemente limitados al cumplimiento de los deberes que le impone la ley, y que cautela o fiscaliza la Administración, ya sea en relación a la seguridad para las personas que trabajan en la actividad; al cumplimiento de su obligación de aprovechar, de trabajar efectivamente la riqueza. En esta función también la Administración se reserva el derecho de solucionar ciertos conflictos, a crear medios de fomento de la actividad (pues, como se ha dicho, no olvida el Estado la «clave fiscal», que deambula más de lo que se imagina en la explicación dogmática de todo el sistema del derecho de los bienes públicos).

4. La afectación como técnica de incorporación de los bienes al ámbito público. La afectación es aquella acción administrativa por medio de la cual se especifica y determina la calidad de público de determinado bien y, por tal razón, queda excluido del tráfico jurídico-privado. La afectación pública es una figura instrumental, que opera por los medios normales de los derechos positivo-normativos- y en virtud de la cual se integra un bien, dentro de la categoría pública; consecuentemente, tal bien queda excluido, como tal, de una apropiación privada directa. La afectación es esencial dentro de la construcción doctrinal de los bienes públicos; y es una figura central del Derecho Administrativo de bienes públicos, y opera como un título de potestades, y no sobre unos bienes sino sobre la actividad de aprovechamiento que los privados realizan en relación a tales bienes. El acto normativo que produce la publicación de las clases o categorías de bienes públicos, mediante la técnica de considerarlas como formando parte de un pretendido «dominio» de la Nación, adicionalmente dota a tal «dominio» de los caracteres de inalienable e imprescriptible, a diferencia de los bienes privados. El objetivo de estos artificiales caracteres de inalienabilidad e imprescriptibilidad es, en realidad, impedir la operatividad de los modos originarios de adquisición del dominio civil, de la prescripción por la vía de la ocupación, en esencia; y posibilitar la plena operatividad del esquema concesional como único título creador originario de derechos en el sector.

II. Sistema de fuentes del Derecho

1. *¿Establece la Constitución el sistema de fuentes -o algún elemento de ese sistema- en referencia a la Administración? Es decir, para determinar la norma aplicable, ¿decide la Constitución que en una determinada materia el Derecho Privado sea supletorio o subsidiario? ¿O es el legislador el que caso por caso establece esa previsión? ¿En qué supuestos fundamentales el ordenamiento jurídico decide que el Derecho privado sea subsidiario o supletorio?*

AVB: La supletoriedad en términos generales, es un problema importante de la discusión en Chile. La discusión versa sobre la supletoriedad como técnica de heterointegración; sus diferencias con la analogía; leyes susceptibles/no susceptibles de supletoriedad; el caso de la Ley 19.880 de 2003, sobre procedimientos administrativos, que establece una supletoriedad entre normas de derecho administrativo; la autonomía de las disciplinas jurídicas; en fin, requisitos para su procedencia. Cabe mencionar que existen casos en que el legislador ha establecido la supletoriedad entre leyes administrativas (la citada ley de procedimiento administrativo; la Ley N° 19.886, de 2003, de Bases sobre contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios; la Ley del Consumidor, entre otras).

La CPR no ofrece una respuesta concreta a la supletoriedad de las normas de derecho privado respecto de aquellas de Derecho administrativo, lo cual ha contribuido a que en Chile se hayan generado discusiones doctrinarias relativas a una supuesta supletoriedad general del Código Civil respecto de casos de Derecho administrativo, según reviso en la Primera Parte. En efecto, el análisis simplemente normativo de la supuesta supletoriedad del Código Civil, entronca con una posición de origen doctrinario que se ha desarrollado en Chile, según la cual ese código y una disciplina completa, el Derecho civil, sería el «derecho común» supletorio de todo el resto del ordenamiento y disciplinas jurídicas. Es una explicación del uso tan extendido de la supletoriedad, y descansa en un fenómeno psicológico: la creencia de la vigencia actual de un residuo histórico: el *ius commune* medieval, aplicado al actual Código Civil. De ahí que se pueda postular como falsa la supletoriedad general

del CC respecto de las demás leyes, en especial el caso de las leyes administrativas. En el análisis que se realiza *supra*, se ofrece bibliografía al respecto.

2. En los casos en que el ordenamiento jurídico haya decidido que el derecho privado sea supletorio, ¿entiende la doctrina y/o la jurisprudencia que esa remisión tiene sus límites o matices? ¿Considera la doctrina o la jurisprudencia que esas remisiones están suficientemente ponderadas? ¿Se evalúan las consecuencias o efectos de esa remisión al derecho privado?

AVB: En el plano doctrinal, además de mi trabajo monográfico que cito más arriba⁴, el profesor Jorge Bermúdez Soto, quizá en respuesta a mi monografía, publicó otra⁵, en la que postulaba que las relaciones entre el Derecho administrativo y el generalmente (mal) llamado “derecho común”, son estrechas (al menos para el caso chileno). Dicha discusión resulta muy atingente a lo aquí ahora desarrollado, pues a grandes rasgos el profesor Bermúdez defiende la facultad de relleno de lagunas en el Derecho administrativo por parte del Código Civil, arguyendo motivos de seguridad jurídica, y por el origen común de parte de las instituciones de aquél; lo que complementa con el tronco común del que brotan las sanciones administrativas y las penales (Derecho penal), que no es otro que el *ius puniendi* que ostenta el Estado para ordenar, prever o reprimir conductas antijurídicas desde el punto de vista penal o administrativo. En mi libro de 2023, citado en nota, realizo una contestación sistemática y formal a los postulados que él ofrece en su obra; pero a efectos de ofrecer un resumen de los aspectos generales debatidos, puedo adelantar lo siguiente:

1) Con carácter global el profesor Bermúdez afirma que dado que el Derecho administrativo en Chile es incompleto desde el punto de vista normativo (lo que es cierto), por la carencia y dispersión de su regulación, por lo que a su juicio cabe acudir a normas del Derecho civil y penal, y que la distinción entre derecho privado/derecho público sólo tiene utilidad en la didáctica jurídica; no así en la práctica. Entonces, por motivos de seguridad ju-

rídica, resulta razonable postular el uso subsidiario de aquéllos. En ese primer estadio citado, yo defiendo que no sólo es útil separar entre ambas ramas a los efectos didácticos, sino también prácticos: pues hablamos de principios vertebradores distintos en cada caso: el principio de legalidad, aplicable a la Administración, y el de libre autonomía de la voluntad (con las matizaciones más arriba apuntadas), a los privados. De no atender a esta distinción, nos encontraríamos con casos en los que la Administración podría actuar a su libre albedrío, sin necesidad de entrar necesariamente en lo ilegal, pero sí que de esta forma pudieran producirse situaciones desequilibradas; esto no es sostenible, toda vez que la Administración debe actuar equitativamente ante las personas, prohibiéndose las actuaciones discriminatorias, salvo casos de discriminación positiva justificados debidamente. Por ejemplo, mal podría celebrarse un contrato público con arreglo al principio de autonomía de la voluntad, adjudicándose a cualquiera, en lugar de obedecer a los principios de publicidad y concurrencia. Si bien es un ejemplo bastante evidente, cabría trasladar esta lógica hacia planos más específicos y complejos. Imaginemos, dentro de este mismo ámbito del Derecho administrativo, no es claro que el principio de buena fe en la ejecución de los contratos tenga la misma fuerza que tiene en las relaciones entre particulares; pues existe la posibilidad que la Administración modifique o ponga término anticipado unilateral (bajo ciertas circunstancias) en cualquier momento un contrato. En fin, la dispersión normativa y lo incompleto de la disciplina administrativa en Chile, no creo que sea un motivo de peso como para quedarnos únicamente con instrumentos de otras disciplinas jurídicas que puedan producir aplicaciones incoherentes del Derecho. Es por ello por lo que debemos buscar bien entre los recursos actuales que nos brinde el Derecho administrativo chileno, y en caso de aparición de lagunas, no es dable conformarse, como se ha expresado, con una aplicación automática del llamado “derecho común”; resulta menester sujetarse a la necesidad de aplicación de los principios jurídicos de la materia, para lograr la interpretación que más se adecúe a la norma a aplicar en cada caso concreto.

⁴ VERGARA 2010, 136 [Véase ahora su 2ª. edición en: Madrid: Tirant lo Blanch, 2023, 270.]

⁵ BERMÚDEZ 2012, 127

2) El profesor Bermúdez, ante el silencio de la ley para colmar una laguna, defiende que deben rellenarse de acuerdo a la aplicación analógica de otra norma de derecho positivo, o bien recurriendo a la equidad, aduciendo que los principios y costumbres juegan un papel secundario. Por mi parte postulo que los principios jurídicos resultan más acertados que intentar forzar una aplicación basada en la supletoriedad o la analogía, por el peligro que podría suponer un relleno de lagunas incoherente con materias relativas al Derecho administrativo. De esta forma se consiguen, al menos, tres objetivos: i) seguridad jurídica, tanto para el aplicador de la norma como para a quien se le aplica; ii) perdurabilidad en el criterio, puesto que se habrá realizado un mejor trabajo y más consistente de integración que evite en cierta medida los criterios cambiantes en la Jurisprudencia, de lo contrario viviríamos a la expectativa del criterio cambiante; y, iii) ayudar a perfilar una disciplina, desarrollándola y dándole integridad.

En referencia a la equidad no puede, en el caso del Derecho administrativo, estar representada por el Código Civil, porque lo que es justo en derecho privado puede que no lo sea para nuestra disciplina. Precisamente, por el hecho que las disciplinas jurídicas tienen principios jurídicos e instituciones distintas; una equidad aplicada siguiendo el Código Civil en otra disciplina distinta como lo es el Derecho administrativo, puede crear distorsiones en la aplicación de la equidad, por lo que ésta debe situarse en los parámetros concretos de cada disciplina. Recordemos la contraposición autonomía de la voluntad/principio de legalidad

3) El siguiente punto de discusión versa sobre si cabe entender al Derecho administrativo como sistema autónomo, o si es un derecho estatutario, al cual – en ausencia de normas específicas- quepa aplicarle el derecho privado supletorio, decantándose Bermúdez por esto último. En mi visión, si bien es cierto que el Derecho administrativo se ha hecho valer de las herramientas que tenía a su alcance para conformarse, éste ha seguido un proceso evolutivo positivo, favorecido en gran medida gracias al proceso de descodificación, creándose reglas especiales o de excepción, que permite una aplicación

más adecuada a las realidades actuales. Entonces, la falta de regulación del Derecho administrativo no debe ser óbice ni excusa para quitarle importancia y autonomía, es deber y necesidad de la sociedad el avanzar hacia la perfección de sus instituciones y del Derecho aplicable. La visión que muestra el Profesor Bermúdez, en mi opinión tiende a la estanqueidad; una visión conformista y poco proclive por la promoción del desarrollo de la disciplina, apegándola al viejo Código Civil. Su modelo de soluciones consiste en la introducción de remedios provisorios a las situaciones jurídicas que se presenten en los casos, como para “salir del paso”, hecho que no obedece a la necesidad evolutiva que requiere el Derecho.

4) En cuanto a la existencia de un derecho común, el profesor Bermúdez apunta que el Derecho administrativo, para completarse, bebe del Derecho civil y del Derecho penal (éste último, en el campo de las infracciones y sanciones administrativas), apuntando razones de seguridad jurídica, falta de normas especiales y de una jurisdicción orgánica de lo contencioso administrativo, y que las normas del Código Civil son de orden público, entre algunas razones más. Por mi parte, entiendo que el derecho común de la Administración pública, de los sujetos que se relacionan con ella, de los sectores que regula, y de cualesquiera otras instituciones derivadas de todos ellos, es el propio Derecho administrativo de corte general, que sirve para integrar aquellas situaciones de carácter especial (como pudiera ser el Derecho de energía, Derecho de aguas, Derecho urbanístico, etc.), de acuerdo a sus cuerpos normativos generales (por ejemplo, la Ley de Procedimiento Administrativo) y los principios jurídicos especiales. Entiendo que, ante cualquier situación, el recurso a los códigos Civil y Penal debe ser de *ultima ratio*, residuales en caso de que lo anterior no arrojará una solución plausible, y que, además, su aplicación (supletoria o analógica) debe sufrir la necesaria adaptación a una situación propia del Derecho administrativo.

En resumen, vengo a significar que no es posible una aplicación automática del CC, y que prelativamente debemos acudir a la técnica de integración por medio

de los principios jurídicos propios de la disciplina.

3. *Por ejemplo, ¿se piensa que la Administración, aunque se rija por el derecho privado, no debe disfrutar del mismo grado de autonomía de la voluntad que un actor privado ordinario, que puede decidir sobre sus bienes o contratar en los términos que tenga por conveniente, con respeto, claro, de los límites del derecho privado? ¿Entiende la doctrina y/o la jurisprudencia que siempre que esté presente la Administración pública ésta habrá de someterse a reglas y normas más rigurosas, a más limitaciones y controles que cualquier otro actor, y ello con independencia de que someta en su actuación al Derecho Administrativo o al derecho privado?*

AVB: La Administración, incluso en los casos excepcionales en que por designio del legislador se rige por el derecho privado, no goza del mismo grado de autonomía que un privado, ya que constatamos la existencia de principios vertebradores distintos en cada caso: el principio de legalidad, aplicable a la Administración, y el de libre autonomía de la voluntad a los privados. En efecto:

i) De no atender a esta distinción, nos encontraríamos con casos en los que la Administración podría actuar a su libre albedrío, sin necesidad de entrar necesariamente en lo ilegal, pero sí que de esta forma pudieran producirse situaciones desequilibradas; esto no es sostenible, toda vez que la Administración debe actuar equitativamente ante las personas, prohibiéndose las actuaciones discriminatorias, salvo casos de discriminación positiva justificados debidamente. Por ejemplo, mal podría celebrarse un contrato público con arreglo al principio de autonomía de la voluntad, adjudicándose a cualquiera, en lugar de obedecer a los principios de publicidad y concurrencia. Si bien es un ejemplo bastante evidente, cabría trasladar esta lógica hacia planos más específicos y complejos. Imaginemos, dentro de este mismo ámbito del Derecho administrativo, no es claro que el principio de buena fe en la ejecución de los contratos tenga la misma fuerza que tiene en las relaciones entre particulares; pues existe la posibilidad que la Administración modifique o ponga término anticipado unilateral (bajo ciertas circunstancias) en cualquier momento un contrato.

ii) Además, considerando el rol que desempeña la Administración en el Estado, se justifica el establecimiento de reglas diversas a la de los particulares, sin perjuicio de que pueda haber reglas comunes para ambos (las llamadas normas mixtas). Cabe partir afirmando la certeza sobre que todo lo que afecta al común de los ciudadanos debe regirse por unas normas "especiales" (similares a las "públicas"), diferentes a las normas "privadas", propias de las relaciones entre particulares. Ello en consideración de dos razones, apuntadas por el profesor Schmidt-Assmann:

La primera, por el grado de afectación de las decisiones y actuaciones públicas: con carácter general inciden sobre un colectivo numeroso, que puede ser directo o indirecto (ej. otorgar un permiso de construcción para levantar un edificio, impacta sobre la esfera jurídica de quien materializará la obra [afectación directa]; pero también pudiera afectar a los vecinos de las edificaciones adyacentes, por la posibilidad que vaya a modificarles las vistas, las emisiones acústicas, etc. [afectación indirecta]).

La segunda, debería tenerse en consideración que, una mayor extensión en las decisiones que tome un ente público, o en las actuaciones que lleve a cabo, requieren de una regulación especial que configure tanto los alcances como los límites de aquél. En este sentido, las actuaciones y decisiones públicas pueden generar efectos positivos, para unos, y negativos, para otros (ej. una expropiación forzosa, genera un efecto positivo para el beneficiario de lo expropiado, pues incorpora en su patrimonio un bien que deberá poner al servicio de lo proyectado [una carretera, de la que acabará quizá obteniendo un rédito con motivo de su concesión]; pero quizá negativos para los afectados por la expropiación, pues es posible que sus bienes se valoren por debajo del valor del mercado, y que el justiprecio a obtener no sea, precisamente, el justo).

Siguiendo ese ejemplo, debe haber un equilibrio entre: i) la fuerza exorbitante que puede ejercer el ente público para expropiar los terrenos, motivándose en intereses públicos, y ii) los mecanismos de defensa que la normativa disponga, para que el particular pueda ejercerlos en

caso que aquél se desvíe de su poder, o contravenga, por ejemplo, normas y garantías procedimentales.

Entonces, la actuación de la Administración, encuentra su límite fundamentalmente en el principio de legalidad.

4. *Por ejemplo, si la Administración crea una sociedad mercantil para prestar un servicio de transporte público local, ¿puede seleccionar al personal y comprar los medios de transporte con toda libertad o ha de seguir reglas más estrictas, como el concurso para seleccionar el personal y los bienes o equipos que necesite?*

AVB: Lo que parece desprenderse de la legislación sectorial que regula todos estos servicios, en general, es que, todo prestador de un servicio de interés público, puede tener ciertos privilegios, pero también reforzadas obligaciones que derivan precisamente de esta normativa de derecho público, amparadas, precisamente, en la prestación de servicio público liberalizado (situación muy notoria en el caso de Chile, pues de manera exponencial, la liberalización de dichos servicios se dio con gran intensidad en la década de los ochenta y aún perdura en varios sectores muy relevantes: electricidad, telecomunicaciones, servicios sanitarios, entre otros)

5. *O si la Administración celebra un contrato de derecho privado, ¿se encuentra con límites específicos, distintos a los que tendrían las partes de ser ambas privadas?*

AVB: De acuerdo a la ley chilena, todos los contratos que celebra la Administración cabe calificarlos de "administrativos", aplicándoseles un régimen especial exorbitante al del derecho privado. Por lo tanto, no existe esta alternativa de celebrar contratos "privados" por la Administración, por el hecho de no ser ella un sujeto privado. Ello surge así de la Ley N° 19.886, de 2003, citada más arriba.

6. *O en la gestión de los bienes de dominio privado de la Administración, ¿posee ésta la misma libertad o autonomía de la voluntad que un sujeto privado? ¿O, por el contrario, la gestión de esos bienes se sujeta a específicas exigencias, como pudieran ser un deber de buscar la rentabilidad o puesta en valor del bien de que se trate?*

AVB: Aquí debe atenderse a la figura del Fisco. Al respecto:

i) El Fisco, que es en Chile, desde el siglo XIX, una persona jurídica de derecho público (art.547 inc.2° CC), a pesar de su conexión con todos los órganos potestativos, actúa únicamente en la esfera patrimonial, usualmente bajo el mismo régimen de base que un particular: su vínculo con el dinero y los bienes es idéntico al de un particular regido por el Código Civil; lo cual no debe confundirse con la finalidad de su utilización; o de las «capacidades» para disponer de ellos; o de la responsabilidad de sus agentes.

ii) A la pregunta sobre qué principios resultan de aplicación, cabe responder que dependerá del tipo de contrato que lleve a cabo la Administración en su esfera de sujeto de derecho privado; al menos respecto las situaciones descritas por el DL N° 1.939, cabe observar reglas especiales que le permiten al órgano que administra tales bienes fiscales (al Ministerio de Bienes Nacionales) celebrar algunos contratos típicamente privados como también concesiones respecto de tales bienes. El mayor problema, no obstante, sigue siendo la aplicación de normas del derecho privado a los contratos administrativos; pues no siempre resultan acertadas, y quien adjudica el Derecho, esto es, el juez, no siempre tiene conocimientos acabados sobre Derecho administrativo.

Aun considerando que en materia de contratación pública, la existencia de normas especiales constituye de cierta forma una garantía para los administrados y para la Administración (a pesar que las normas se encuentren algo dispersas), la ausencia de una jurisdicción orgánica y especializada contencioso administrativa sigue resultando el mayor problema.

Existe una regulación de derecho público respecto de los bienes fiscales, que salvaguarda el cumplimiento de los fines de interés general señalados, incorporando de un modo singular la técnica de la concesión para la utilización privativa de estos bienes fiscales por parte de particulares, quienes adquieren en dichos casos un "derecho real administrativo", típico de las relaciones jurídicas concesionales sobre bienes públicos. Generándose así una singularidad: el fisco como propietario de bienes regidos por sistema posesorio privado, a través de un órgano administrativo, y mediando un acto administrativo le otorga a particulares un dere-

cho real administrativo para el uso privado; como se ve instrumentos y técnicas de derecho público, en lugar de técnicas de derecho privado (como arrendamientos, por ejemplo).

III. La ecuación "ejercicio de autoridad y Derecho Administrativo"

¿Se deriva de la Constitución -o de la legislación- que siempre que haya ejercicio de autoridad habrá de regirse la Administración por el Derecho administrativo sin remisión al derecho privado? ¿La Constitución dispone explícita o implícitamente que la Administración deba sujetarse a normas especiales, a límites más rigurosos siempre y en todo caso?

AVB: Aquí encontramos la sujeción que todo órgano de la Administración del Estado debe tener respecto al artículo 6 y 7 de la Constitución, los cuales consagran el principio de juridicidad. El rol que desempeña la Administración justifica el establecimiento de reglas diversas y límites más rigurosos a los que se establecen para los particulares, sin perjuicio de que pueda haber reglas comunes para ambos.

IV. ¿"Reserva constitucional de Derecho Administrativo"?

1. *¿Puede decirse que en el respectivo ordenamiento existe una especie de "reserva constitucional" en favor del derecho público, en el sentido de que hay actividades que no pueden nunca privatizarse y, en consecuencia, sujetarse al derecho privado?*

AVB: No existe una enumeración de actividades, pero sí una aplicación del principio de subsidiariedad, en el sentido de que el Estado y sus órganos no debiese invadir aquellas materias (usualmente mercantiles) que desarrollan los particulares. En la praxis, se traduce en la necesidad de leyes de quorum calificado para la creación de empresas estatales.

2. *¿Dónde estarían los límites de la privatización (entendida aquí como la transferencia al sector privado de actividades o responsabilidades que antes llevaba a cabo la Administración y que ahora se confían al sector privado)?*

AVB: En el contexto actual somos testigos de un conjunto de regulaciones de sectores "especiales", en las que se ha ido produciendo una renovación del rol asignado tradicionalmente a la Administración y a los particulares, conformán-

dose un nuevo escenario regulatorio: hoy son los particulares los que llevan adelante la prestación de relevantes servicios públicos (como es el caso de los servicios sanitarios, de energía y telecomunicaciones), enfrentándose la Administración a un reposicionamiento de su rol, pues ya no recae sobre esta la responsabilidad de prestar directamente tales servicios, sino únicamente de ejercer un conjunto de nuevas potestades, esencialmente supervisoras, fiscalizadoras y sancionadoras, a fin de verificar que los particulares desarrollen las actividades de servicios públicos cumpliendo con el marco normativo vigente, y con los estándares de universalidad, generalidad, seguridad y calidad dispuestos en la legislación.

Este nuevo escenario se ha ido configurando como consecuencia de una revolución regulatoria iniciada hace cuarenta años en Chile (desde principios de la década de 1980), y caracterizada principalmente por un conjunto de liberalizaciones operadas con mucha intensidad, tanto sobre los servicios públicos indicados, como sobre dos recursos naturales muy relevantes para la economía del país: las aguas y las minas; generándose así nuevas reglas a través de las que se brindan importantes incentivos para que los particulares obtengan los títulos necesarios para la explotación de dichos recursos, con una muy baja discrecionalidad de la Administración para denegar su otorgamiento y casi ninguna posibilidad para caducarlos, así como una importante intangibilidad de los títulos obtenidos. Sumado a ello, en el caso de los bienes públicos no estatales, se ha producido la completa desaparición de la hipótesis jurídica del Estado como propietario de relevantes bienes y recursos; reflejándose a su rol ordenador/administrador de tales bienes, que siempre o casi siempre, son gestionados por los particulares o la sociedad organizada. En este marco, se han ido consolidando ciertas exigencias que conforman lo que podríamos denominar las "buenas regulaciones": estas deben diseñarse de tal modo que se descentralice la toma de decisiones y se otorgue certeza a los particulares, y por otro lado, que la Administración del lleve adecuadamente la labor de fiscalización, supervigilancia y sanción, pero sin superponerse o invadir la labor de los particulares, afectando las atribuciones y los derechos

que la nueva configuración regulatoria les reconoce.

Hasta aquí, se podría decir que esta revolución regulatoria se habría basado, casi en exclusividad, en este reposicionamiento de los roles de la Administración y de los privados. Sin embargo, en algunos casos, como la energía y las aguas, el reposicionamiento no solo ha puesto al individuo o a las empresas frente a la Administración, sino también ha puesto a la comunidad organizada colectivamente, a través de sistemas de autogobierno, frente a la Administración (como es el caso de la administración de las aguas en Chile, en que la distribución, que es una forma de administrar, la realizan organismos "no estatales": las juntas de vigilancia, conformadas por los particulares usuarios de las mismas). Ello, no solo ha complejizado mucho más las interacciones en los sectores regulados, sino también los conflictos que puedan surgir en estos. Es por ello que la más reciente reforma regulatoria impulsada en Chile, la regulación del medio ambiente, ha venido a consolidar un nuevo modelo, arduamente criticado y que se pensaba olvidado: la resolución especializada de conflictos, y su necesaria incorporación como elemento fundamental para el éxito de cualquier regulación.

El texto constitucional chileno parece delegar en el Estado (y a la Administración, en concreto) el respeto por las exigencias constitucionales y legales hacia tales entes que no necesariamente pertenezcan a éste, y que presten servicios de interés.

3. *¿La jurisprudencia se ha planteado en alguna ocasión si una materia relacionada con la Administración no puede desempeñarse en ningún caso a través del Derecho Privado?*

AVB: La jurisprudencia no ha formulado una doctrina así. Pero, cabe relacionarlo con la aplicación supletoria del CC, en que la jurisprudencia suele aplicar el CC a materias administrativas (si bien de modo excepcional, como se dice *supra*). En todo caso, existe una línea jurisprudencia minoritaria (que destaco en el análisis jurisprudencial en Vergara, 2021) que postula lo inadecuado que es aplicar el derecho privado (= Código Civil) a causas de naturaleza administrativa.

4. *¿Podría la Administración ejercer autoridad o potestades administrativas con some-*

timiento al derecho privado y no al Derecho administrativo?

AVB: Existen aspectos de derecho público que son insoslayables al momento de ejercer una potestad administrativa, como es el principio de juridicidad, consagrado en los arts. 6 y 7 de la CPR. En concreto, las tres principales potestades de los poderes del Estado son: legislar, juzgar y administrar, y dentro de cada una de estas se encuentran otras más especializadas. La potestad constituyente, en tanto, se halla reservada al pueblo, para ejercerla usualmente sólo en plebiscito, conforme dispone el inciso primero del artículo 5° CPR. Las potestades administrativas deben surgir siempre de la ley (salvo aquellas tipificadas directamente por la Constitución) y se debe resaltar que sólo se tiene potestad cuando la actuación del órgano administrativo se enmarca dentro del tipo potestativo, es decir, dentro de la figura legal que lo habilita a ejecutar ciertos actos. Para entender esto deberemos tener presente en adelante dos disposiciones esenciales para la materia: los arts. 6 y 7 CPR, recordando que todo acto no ajustado a este último precepto comporta la nulidad administrativa, sin perjuicio de las responsabilidades y sanciones establecidas por la ley.

A partir de la CPR de 1980, el análisis jurídico de la actividad administrativa y de las personas debe realizarse conjugando dos realidades: por un lado, las «potestades públicas» y, por otro, las «libertades públicas». Debe resolverse, así, esa constante lucha entre las potestades que pretende arrogarse el titular del poder público de frente a las necesarias libertades públicas de los administrados, y a este respecto la CPR de 1980 fija un marco que trata de conjugar ambas realidades. Y las potestades se rigen por el derecho público y las libertades por el derecho privado, es difícil concebir que un acto potestativo se rija por el derecho privado. Distinto es el caso que a un órgano de naturaleza privada se le confiera una potestad pública (es el caso de las juntas de vigilancias de ríos públicos, a quienes la ley les confiere la potestad pública de distribuir las aguas); pero en ese caso el ejercicio de la potestad se rige por el derecho público.

Desde otra perspectiva, el tema de las potestades públicas es materia de Derecho Administrativo. El tema de las libertades, en cuanto a los alcances de su consagración, como garantías, es una materia propia del Derecho político o constitucional.

5. *¿Puede la Administración otorgar mediante concesión a sujetos privados el ejercicio de una potestad, pero sometida al derecho privado?*

AVB: Esto no ha sucedido en la praxis en esos términos. Existen materias entregadas a órganos privados autónomos (distribución de las aguas de los ríos; servicio de agua potable rural) pero para ello no se necesita concesión, pues es una atribución que la ley entrega directamente a esas organizaciones privadas, pero regida por el derecho público. Mediante concesiones igualmente se puede entregar la prestación de un servicio público a un particular, pero siempre se realizará mediante un régimen de derecho público; ello, pues queda siempre ligado a los principios clásicos de todo servicio público: continuidad, regularidad, calidad, igualdad, entre otros. Pero es difícil concebir el ejercicio de una potestad mediante reglas de derecho privado por el rompimiento que ello significaría a la esencia de una actividad pública (con los imperativos recién enumerados), lo que es contradictorio de la esencia de una actividad privada (caracterizada por la autonomía de la voluntad).

V. El criterio del interés público o general y del interés particular.

1. *¿Se considera superada la tesis según la cual el derecho público pretende satisfacer el interés general, mientras que el derecho privado sólo busca el interés particular?*

AVB: No pareciera que exista una discusión jurídica al respecto, pues parece evidente la finalidad de cada sector del derecho. La discusión es usualmente política (privatización versus estatización). Existen casos especiales en que se entrecruzan los ordenamientos privado y público, pero sin perder el objetivo de cada actividad pública o privada. Lo anterior no debe ser confundido con el hecho de que *sujetos privados* puedan llevar adelante actividades de naturaleza pública (es el caso de los concesionarios de ser-

vicio público), en que la actividad misma quedará sujeta al derecho público. De ahí que cabe distinguir a que aspecto de la relación jurídica o actividad es referida la observación. En efecto, la Constitución no prohíbe la entrega de actividades de índole pública (servicios públicos) a empresas privadas; pero eso no significa que esos servicios públicos se rijan por el derecho privado; se seguirán rigiendo por el derecho público, solo que el sujeto que presta ese servicio ya no será un órgano público sino un particular.

2. *Por ejemplo, cuando la Administración crea una sociedad mercantil para gestionar a través de ella un servicio público estaría utilizando el derecho privado al servicio del interés general. ¿Se admite esta opinión en el respectivo ordenamiento?*

AVB: Es perfectamente posible, como se acaba de señalar, que una sociedad mercantil gestione un servicio público; pero ello no implica que sea el derecho privado el que rija la prestación de ese servicio público, sino que será un servicio público (regido por el derecho público) que es prestado por un sujeto de derecho privado (esto es, que no es un órgano público). En efecto:

i) Existen situaciones donde los particulares pueden ser colaboradores de la Administración (ej. Contratistas) o prestan, por mandato constitucional o legal servicios de interés público (como en Chile pudieran ser los sistemas de salud privados, a través de las ISAPRES⁶). En estos casos, sería necesaria la atenuación de los principios aplicables a los sujetos privados (como el de la autonomía de la voluntad), pues no hay que olvidar que éstos contribuyen junto a la Administración (por ejemplo, un concesionario de una autopista) o de forma alternativa (como las mencionadas ISAPRES) al ofrecimiento de un servicio público, cuyo destinatario final es la población, a la que debería ofrecérsele todas las garantías, derechos y exigencia de obligaciones que de la legislación se desprendan.

ii) Si bien no pertenecen ni colaboran con la Administración, por su carácter permanente y el fundamental papel que

⁶ Previsión constitucional en el artículo 19, numeral 9°, inc. 5° de la Constitución Política de la República. Más información sobre estas instituciones en: <http://www.su-persalud.gob.cl/664/w3-article-2528.html>

desempeñan, deberían también someterse a determinadas reglas de derecho público, además de las propias del derecho privado: transparencia, protección de los derechos, y, sobre todo, que su servicio esté abocado a cubrir la específica necesidad pública, justificando de esta forma su existencia. Precisamente, por el importante rol que cumplen, tampoco pueden siempre parapetarse en su forma de organización privada: en concreto, el principio de autonomía de la voluntad, debería verse matizado si ello entrase en colisión con la justificación de su existencia (prestación de necesidades públicas) y la efectividad de sus servicios.

3. *Por ejemplo, cuando una empresa presta el servicio de telefonía móvil -es decir, presta, según muchos ordenamientos, un servicio público en régimen de mercado-, ¿se puede decir que a través del derecho privado que regula la vida de esa empresa se satisface el interés general?*

AVB: No se podría decir eso en la regulación chilena, en que se trata simplemente de un particular que presta un servicio público, y que se somete tanto a las reglas del derecho público en cuanto a ese servicio (su calidad, continuidad, regularidad, etc.); como a las reglas del derecho privado en su organización mercantil o corporativa, o en su relación jurídica de suministro con cada usuario. Existen igualmente normas mixtas que configuran esa doble naturaleza de régimen.

4. *La operadora de telefonía podría estar sujeta a normas de Derecho administrativo (que le impone la ley y el regulador) y a normas de derecho privado, aunque más exigentes que si fuera una empresa que trabajara en otro sector. ¿Se admite esta opinión en el respectivo ordenamiento jurídico?*

AVB: En cuanto a las empresas y organizaciones que no estando participadas por órganos del Estado, ni teniendo ningún servicio u obra concesionados, pero que representen un pilar importante en el desarrollo de un país, el grado de sujeción a las normas constitucionales aplicables a la Administración, necesariamente debería verse matizada al cumplimiento de las reglas comunes que la Constitución prevea para todos (en este caso, se está pensando en una empresa que no esté cumpliendo con un rol fundamental en la satisfacción del interés público, tal como

lo hace la propia Administración, o los entes que se relacionan con ella en la satisfacción de las necesidades colectivas.

El resto de actores mencionados (empresas que prestan servicios de interés público), encuentran su regulación en la normativa sectorial, la que, sin perjuicio de sus respectivas regulaciones, las que vienen a normar la actuación de todos los actores (institucionalidad pública y privada) que intervienen en cada ámbito especializado: los prestadores de telecomunicaciones (Ley N° 18.168, general de telecomunicaciones, de 1982); el sector eléctrico (Decreto con Fuerza de Ley N° 4, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica); el sector minero (Ley N° 18.248, del Código de Minería, de 1982, y la Ley Orgánica Constitucional N° 18.097, sobre concesiones mineras, de 1983); en fin, entre otros, el sector sanitario (Decreto con Fuerza de Ley N° 382, de 1989, la Ley General de Servicios Sanitarios).

En definitiva, lo que parece desprenderse de la legislación sectorial que regula todos estos servicios, en general, es que, todo prestador de un servicio de interés público, se rige por el derecho público en cuanto a la prestación, pero también tiene a la vez reforzadas obligaciones que derivan precisamente de esa normativa de derecho público, amparadas, precisamente, en la prestación de servicio público liberalizado (situación muy notoria en el caso de Chile, pues de manera exponencial, la liberalización de tales servicios público se dio con gran intensidad en la década de los ochenta).

5. *Como sucede en el caso colombiano, donde de determinadas materias, como la contratación, conoce la jurisdicción contencioso-administrativa aun cuando la cuestión sustantiva se halle regulada por el derecho privado, cabría preguntarse si ello ha supuesto alguna ventaja para una mejor gestión administrativa y un control más profundo. ¿Conoce la jurisdicción contencioso-administrativa de todos los aspectos del contrato o algunos se ventilan ante la jurisdicción ordinaria? En este caso concreto, ¿cómo se garantizan en la jurisprudencia contencioso-administrativa los principios constitucionales de la función administrativa y de la gestión fiscal?*

AVB: En Chile no existe, en forma orgánica, jurisdicción administrativa propiamente tal, por lo que cabe recabarla en todos los órdenes de jurisdicción existentes. En otras palabras, dado que no existen tribunales especiales administrativos, las causas cuya materia sea administrativa la conocen los tribunales ordinarios de justicia, utilizando para ello tanto el procedimiento ordinario como ciertos procedimientos especiales. En todo caso, el sistema de control de la juridicidad administrativa también incorpora un órgano independiente de la Administración, no jurisdiccional, que ejerce la supervigilancia de todo órgano de la Administración: la Contraloría General de la República (CGR). Este órgano de control, a su vez, está también sometido al control judicial de sus actos.

Los tribunales ordinarios que integran el Poder Judicial ejercen la plenitud de la jurisdicción contenciosa administrativa, de modo supletorio y general, ante la inexistencia de tribunales especiales de lo contencioso administrativo con competencia general. El conocimiento de toda otra acción administrativa, y que no tenga asignado un procedimiento o un tribunal especial (como es el caso de la responsabilidad por daños, y de la llamada "nulidad de derecho público"), está confiado a los tribunales que integran el Poder Judicial (a través del procedimiento general u ordinario, supletorio). En materia administrativa, a los tribunales ordinarios, a través del procedimiento ordinario, les corresponde conocer, entonces, de los juicios de: i) nulidad y ii) responsabilidad por daños.

Cabe agregar que actualmente en Chile se presenta un creciente desarrollo de una justicia administrativa hiper-especializada, en la cual, por ejemplo, en materia de contratación pública, se ha creado el Tribunal de la Contratación Pública. También existen tribunales especiales en materia eléctrica, de impuestos, de transparencia y ambiental.

VI. La doble misión del Derecho Administrativo

1. *¿Se admite normalmente por la doctrina y/o la jurisprudencia que el Derecho administrativo tiene una doble función, la de atribuir prerrogativas y potestades en favor de*

la Administración, y la de defensa y tutela del individuo?

AVB: Aquí cabe mencionar la existencia, desde el punto de vista teórico, de un núcleo dogmático del Derecho administrativo como disciplina. En Derecho administrativo son tres los ámbitos o temas que esencialmente conforman la disciplina y que constituyen su «núcleo dogmático». Estos fluyen de los siguientes tres hechos coligados:

i) De la existencia de la Administración como hecho jurídico, y de su regulación normativa, que la configura como un poder sujeto a control jurídico (primera base dogmática del Derecho administrativo); surge el principio del control judicial de toda actuación administrativa, principalmente para evitar la autorregulación de la Administración. Es la antesala para asegurar la plena vigencia de los principios siguientes.

ii) Del hecho de la existencia de Administración y personas («administrados» en clave dogmática), y de la correlativa acción administrativa en su regulación normativa, se configuran técnicas para crear, y a su vez, limitar las potestades de la Administración (segunda base dogmática del Derecho administrativo). Para su despliegue existe el principio de juridicidad de la actuación administrativa⁷.

iii) En fin, de la ineludible dignidad e intangibilidad patrimonial de las personas que actúan como «administrados» en su relación con la Administración; titularidades que quedan configuradas, en su regulación normativa, y que pueden verse afectadas por la Administración. Son las garantías que en clave de dogmática administrativa se transfiguran en «derechos públicos subjetivos» (tercera base dogmática del Derecho administrativo), y para su protección se articula el principio de la protección de los derechos del administrado.

En base a estos tres hechos regulados, instituciones y principios; que especifican los tres temas esenciales de la relación jurídico-administrativa, se produce la construcción del Derecho administrativo.

⁷ Recogido en los artículos 6 y 7, inciso 3° de la CPR y artículo 2 de la LOCBGAE, si bien éste último, más apegado al respeto hacia la legalidad.

A partir de lo cual la doctrina y la jurisprudencia ha desarrollado de manera conteste ambas misiones del derecho administrativo: por una parte, atribuir competencias a los órganos de la Administración y, por otra, la tutela de los derechos subjetivos de los administrados.

2. *Por ejemplo, respecto de Argentina se dice que el Derecho administrativo se integra con otros principios y técnicas que no implican el ejercicio de la potestad pública (p.ej. teoría de los actos favorables). ¿Cuáles serían esos principios y técnicas?*

AVB: parece atinente únicamente para el caso argentino. Salvo que la referencia sea a los principios generales del derecho como técnica integradora de las lagunas legales; lo que es plenamente aplicable en Chile, y suele ser la técnica a través de la cual, por ejemplo, se incorpora a la regulación el principio de la confianza legítima, el que, por cierto, no está contenido en legislación alguna, pero es la base de mucha jurisprudencia, considerado como derecho vigente (por su condición de principio general de derecho).

3. *Por ejemplo, respecto de Chile se dice que "lo que afecta al común de los ciudadanos debe regirse por normas especiales, diferentes de las normas privadas". ¿Quiere decirse entonces que a través del Derecho privado, tanto la Administración como determinados sujetos privados próximos a la Administración (como en los sectores regulados) no estarían afectando "al común de los ciudadanos"?*

AVB: No se quiso significar lo último, pues la regulación de derecho privado igualmente afecta a la comunidad de particulares relacionados entre sí. Se quiso significar que las finalidades de las potestades administrativas están dirigidas a cuidar el bien común, lo que es característico de la relación administrativa; no así el derecho privado, en que rige la autonomía de la voluntad.

4. *¿Puede decirse en el respectivo ordenamiento jurídico que el Derecho Administrativo es la rama del Derecho que se ocupa de organizar la vida en sociedad, y que para ello sigue técnicas de actuación muy variadas, y que unas veces serán manifestación de ejercicio de autoridad y otras no?*

AVB: Efectivamente, por una parte, existe atribución de potestades a autoridades administrativas, y por otra la existencia de

limitaciones y controles que tienen por fin último el respeto de los derechos públicos subjetivos. Pero lo más usual es el ejercicio de potestades de autoridad. De otro modo, sin potestades, no se trata de la actuación de un órgano administrativo.

VII. *Actividad material, Derecho blando (actividades que no producen efectos jurídicos hacia terceros)*

Cuando la Administración se sujeta al Derecho administrativo, pero no ejerce autoridad (y su actuación no produce efectos jurídicos vinculantes), como, por ejemplo, en el caso de que una Administración recomiende seguir una dieta sana, ¿se habrá de someter esa recomendación a reglas específicas previas, aun cuando no ejerza poder (por ejemplo, motivando las razones de esa recomendación, siguiendo un procedimiento en el que participen expertos, dándole la publicidad debida)?

AVB: En ese caso, sigue siendo una actividad administrativa, en la medida que existan potestades de por medio, pues la existencia de una potestad es el rasgo esencial del sujeto denominado órgano administrativo. Sin potestad no hay propiamente relación jurídico-administrativa.

VIII. *Manifestaciones de la "cultura del Derecho Público"*

¿En qué medida está interiorizado en el respectivo ordenamiento jurídico que la "cultura del Derecho público" se traduce en la "cultura de la justificación" y que, por tanto, exige que todo poder público, y en concreto el Ejecutivo y la Administración, se justifiquen por medio de la legitimación democrática (i) y de la motivación de sus decisiones (ii)?

1. *¿Se entiende por legitimación democrática de la Administración que las decisiones sean atribuibles en última instancia al pueblo, bien porque la cúpula de la Administración ha sido elegida por el parlamento y ésta aplica leyes democráticamente aprobadas, o bien porque la Constitución o la ley ordinaria le reconocen a una Administración una cierta autonomía funcional, como sucede en Administraciones de carácter corporativo?*

AVB: En nuestros días el carácter democrático sigue siendo un ideal, aunque las condiciones en las que se desarrolla son radicalmente distintas a las que se planteaban para el gobierno de Atenas, dado que el concepto de ciudadanía está ampliamente extendido, de que existe una

primacía de la representación por sobre la participación directa y, finalmente, los márgenes espaciales de acción gubernamental no se reducen solo a la *polis*. Es por esto, que al hablar de este concepto se hará alusión a la idea de democracia de gran escala, la cual se acopla de manera más adecuada a la realidad a la que se enfrenta el Derecho administrativo en nuestros días, y que permite la legitimación de las acciones de los órganos del Estado. A continuación, se revisan, brevemente, los estándares a los que debe sujetarse todo órgano del Estado para considerarse legitimado democráticamente en el contexto sociopolítico, tanto en lo relativo a funciones de gobierno como de Administración.

i) Cargos políticos electos y limitados según la ley. Cabe entender que los Estados democráticos son gobernados y administrados a través de decisiones político-administrativas tomadas por cargos públicos elegidos por los ciudadanos. Al operar de esta manera, se entiende que en virtud de la gran magnitud que ha debido atender la democracia, existe un principio representativo que se impone por sobre la participación directa, el cual se expresa principalmente en altas esferas de los poderes ejecutivo y legislativo;

ii) Elecciones libres, imparciales y frecuentes como garantía de representatividad. Para que haya una manifestación de la representatividad, es menester que las autoridades electas lo sean en elecciones frecuentes y conducentes a la imparcialidad. Solo a partir de esto es que se puede decir que existe una legitimidad democrática. Al adquirir legitimación de carácter representativa, esta no solo se acota a las elecciones, sino que también se extiende a cada una de sus decisiones, incluyendo a los actos de órganos administrativos bajo su dependencia, haciendo plausible la idea de que quien llegue al poder se hará del control del sistema administrativo y empleos públicos. Sin embargo, es posible poner en actualidad los términos en que se desenvuelven los órganos públicos y cabe reconocer que la Administración no adquiere su carácter democrático únicamente en razón del sufragio, sino que por su eficacia, razonabilidad, e incluso su autonomía.

iii) Libertad de expresión. En términos amplios, esto supone que las personas

tienen derecho a expresarse, sin riesgo de castigo severo, sobre las materias y asuntos públicos, el gobierno, el régimen político, el orden socioeconómico y la ideología dominante. Este estándar, a nivel de la relación entre los particulares y la Administración, debe ser comprendido dentro de las posibilidades que tienen los primeros para presentar peticiones ante los órganos de la Administración. Un ejemplo de la consagración de este estándar a nivel nacional, se encuentra en los arts. 19 N° 3 y N° 14 CPR, que consagran el derecho de defensa y de petición ante la autoridad.

iv) Autonomía de las asociaciones. A través de este estándar se entiende que para la obtención de ciertos derechos, incluyendo aquellos requeridos para la efectividad de las instituciones políticas democráticas, las personas tienen el derecho a constituir asociaciones u organizaciones independientes. En el ámbito del derecho administrativo, este estándar se manifiesta a través de la constitución de entidades particulares de autogobierno, que asumen funciones de carácter público bajo estructuras organizacionales que operan con prescindencia de la Administración, aunque reguladas mínimamente por este. En el sistema chileno, el ejemplo más palmario se encuentra en las organizaciones de usuarios de aguas, las cuales operan en orden a tomar las aguas de un caudal y repartirlas entre los titulares de derechos de aprovechamiento de acuerdo a criterios de eficacia.

v) Ciudadanía inclusiva. Este estándar dice relación con que ningún particular que resida permanentemente dentro del territorio del Estado, y que esté sujeto a su ordenamiento jurídico, le pueden ser negados los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes. Dentro de esto destaca, para efectos de las relaciones reguladas por el Derecho administrativo, el ejercicio de libertades y acceso a oportunidades que puedan ser necesarias para el funcionamiento efectivo de las instituciones de los Estados democráticos de gran escala.

vi) Acceso a fuentes alternativas de información. Finalmente, en lo que refiere a este estándar, se señala que los ciudadanos tienen el derecho de acceder a medios de comunicación e información independientes, que se encuentren fuera del

control del gobierno u otro grupo político que intente influir en sobre los valores y actitudes políticas públicas, para lo cual se protegerá debidamente mediante ley.

Todos esos objetivos, en la medida que tengan cabida en la regulación, permitirán la consagración de una relación de derecho administrativo democrática. Su efectividad, en todo caso, no está siempre asegurada.

2. *En su caso, ¿qué entiende la doctrina y/o la jurisprudencia por legitimación democrática de las decisiones y de las acciones de la Administración?*

AVB: No hay un desarrollo doctrinario o jurisprudencial del punto, desde la perspectiva del derecho administrativo, salvo aspectos muy genéricos, como la necesidad de la separación de poderes y la garantía de los derechos subjetivos de los administrados.

Por nuestra parte, podemos decir que cabe concebir la idea de que el poder que ejercen los órganos administrativos, en cuanto es ejercido, no puede ser arbitrario, toda vez que emana del pueblo, operando este como fundamento directo de las limitaciones que el ordenamiento jurídico le impone al ejercicio del poder. Gracias al viejo concepto de soberanía, acuñado por Bodin, se genera una sinergia que explica que la radicación del poder en el pueblo le otorga legitimidad social a quien ejerce el gobierno, en la medida en que las normas por las que esta se manifiesta recogen, en primer término, las costumbres propias de la sociedad en la que se funda. De esta manera, la noción de soberanía ya no solo supone una desnuda estructura de poder, sino que la misma implica una explicación de esta en consideración a su radicación en el pueblo. En el sentido expuesto, es dable decir que las características de la soberanía son: 1°) su carácter perpetuo y absoluto; 2°) se manifiesta, esencialmente, en el ejercicio de la función legislativa; y, 3°) Su fruto se encuentra tanto en la ley positiva como en el respeto de las costumbres de ese pueblo, las que se perciben, hoy, a través de la técnica de los principios generales del derecho (los que a su vez, identifican jueces y juristas).

3. *En el respectivo ordenamiento, ¿se considera que el principio de legalidad y de vinculación de la Administración a la ley y al Derecho guarda relación con el principio*

democrático y ello en la medida en que la Administración quedaría sometida y sujeta a una legislación democrática, cuya ejecución o aplicación le está confiada, esto es, la Administración cuenta con legitimidad democrática porque aplica normas democráticamente aprobadas?

AVB: A lo señalado anteriormente, podemos añadir lo siguiente:

i) Tanto autoridades como funcionarios públicos de todos los niveles deben ejercer las facultades conferidas de buena fe, de manera justa y de acuerdo a la ley, en orden al propósito para el que fueron conferidos, sin exceder los límites legalmente establecidos y en aplicación de la razonabilidad. El principio de legalidad se pone en movimiento en el Parlamento, desde donde emanan las leyes que definen el marco de competencias de cada autoridad y funcionario, así como el margen de discrecionalidad permitida en orden a la promoción de los objetivos fijados por la ley.

ii) Además, debemos hacer referencia, nuevamente, a la estricta sujeción que debe tener la Administración con el principio de juridicidad, consagrado en la CPR.

4. *En el respectivo ordenamiento, ¿se entiende que el procedimiento administrativo de carácter participativo (trámites de alegaciones, encuestas, consultas, referendos locales, por ejemplo) contribuye a fortalecer la legitimidad democrática de las decisiones que ulteriormente adopte la Administración? En su caso, ¿en qué condiciones podría extraerse esa conclusión de una "legitimación mediante el procedimiento"?*

AVB: Eso es efectivo, y ha sido así recibido en la *praxis*. En Chile solo desde el año 2003 existe una Ley de procedimiento administrativo, lo que ha contribuido a la legitimidad democrática (de ejercicio) de las autoridades administrativas. Ha contribuido igualmente a la cultura del derecho administrativo, pues esa ley vino a incorporar un nuevo lenguaje y unos nuevos conceptos directamente relacionados con las garantías procedimentales.

5. *¿Se admite que toda decisión del poder público, y en concreto de la Administración, ha de ser racional y racionalizable, y, en definitiva, motivada? ¿Se reconocen principios a nivel constitucional que directa o indirectamente se vinculen u orienten en esa dirección*

(por ejemplo, principio de interdicción de la arbitrariedad, principio de transparencia, proporcionalidad, etc.)?

AVB: La motivación tiene que ver con los argumentos que se establecen en el acto para tomar una u otra decisión.

i) de acuerdo a la regulación vigente toda decisión administrativa será fundada (como lo exige el art. 41, inc. 4° LBPA). Para no incurrir en arbitrariedad, la decisión entonces debe estar respaldada por una fundamentación que incorpore tanto los elementos formales como los elementos materiales o de contenido jurídico, pues cada elemento del acto ataca una parte distinta de éste y en conjunto lo dotan de coherencia de frente al ordenamiento jurídico o al Derecho. Es decir, el control de legalidad del acto administrativo, verificará si el acto administrativo es coherente, si es razonable con la realidad jurídica y además ha cumplido con la formalidad que la ley exige.

ii) La motivación constituye una formalidad, hoy considerada esencial del acto administrativo, que puede ser explicitada o no. Entonces, en cuanto a la motivación, existen dos fases normales del nacimiento del acto, que cabe distinguir:

1°) Antes de la producción del respectivo acto. Debe contar la autoridad respectiva con una habilitación legislativa, con una potestad, un poder jurídico para hacer algo; y dentro de esa habilitación legislativa pueden estar insertas ciertas exigencias, tales como tratarse de un cierto procedimiento, un cierto tipo de acto, y la necesidad, o no, de motivación. Pero lo que deberá existir siempre es: 1° una habilitación legislativa, por necesidad jurídica; y 2° un motivo, por necesidad natural, pues nada en la vida de los hombres carece de motivo.

2°) En la formalización del acto. Lo que ocurre es que los motivos, en los actos administrativos, y cuando la ley lo exige, deben exteriorizarse. Por lo demás, deben ser legítimos, lícitos, o, en otras palabras: ni ilegales ni arbitrarios.

Cabe distinguir, por tanto, entre los motivos y la motivación:

1° Motivos siempre existirán, pues ellos constituyen la causa del acto administrativo; esto es, aquel conjunto de hechos por los cuales se toma la decisión administrativa; y es esta causa la que no debe ser,

nunca, ni ilegal ni arbitraria. Por tanto, para verificar la ilegitimidad de un acto, deberá enjuiciarse su fondo, su causa, su motivo.

2° Por otro lado, la motivación (esto es, la expresión de los motivos, el fundamento de la decisión) es un aspecto formal, que puede o no puede concurrir en el acto de exteriorización de la voluntad administrativa, y ello ocurrirá en la medida que el ordenamiento jurídico lo exija. Hoy es un estándar la necesidad de expresar las motivaciones, los fundamentos de la decisión administrativa. En efecto, el art.41 LBPA exige que las resoluciones sean fundadas, de lo cual cabe colegir que el acto decisorio debe contener las motivaciones.

iii) Podría señalarse además que uno de los principios que se vincula en esta dirección es el de juridicidad, ya que la Administración debe sujetar su actuación a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Por ende, si la ley exige la motivación de los actos administrativos, esta obligación tendría como origen último los arts. 6 y 7 de la CPR.

iv) Un principio constitucional adicional vinculado con la motivación es el principio de transparencia, consagrado en el art. 8 de la CPR.

6. Además de la legitimación democrática y de la motivación, la doctrina, ¿la jurisprudencia o la legislación han consagrado algún principio que se considere fundamental y distintivo del derecho público que rige a la Administración?

AVB: Cada vez más el legislador –siguiendo por cierto tendencias foráneas, tales como la española– ha venido dando plasmación positiva a ciertos «principios», olvidando que su papel es crear reglas y no principios.

i) En el ámbito administrativo, ejemplos paradigmáticos de principios “legislados” se encuentran en los arts. 4 a 16 de la Ley N° 19.880 (LBPA), de 2003, los cuales contemplan doce «principios» a los que está sometido el procedimiento administrativo. Otro caso es el frontispicio de la Ley N° 20.285 de 2008, de acceso a la información pública, declara que “la presente ley regula el principio de transparencia (...)” (art. 1); y, como si eso fuera poco, más adelante declara que “el derecho al acceso a la información (...)”

reconoce, entre otros (sic), los siguientes *principios* (...)” (art. 11), capturando así una expresión que los juristas han venido asignando a ese delicado papel de jueces y juristas de ir, precisamente, más allá de la ley (rellenando lagunas), lo que no se condice con el papel del legislador de crear o dictar reglas. Este uso que el legislador efectúa de la expresión «principios» origina ambigüedad, pues se confunde con los principios jurídicos, que son ofrecidos por la jurisprudencia y la doctrina, y no por el ordenamiento positivo. Y tal confusión, en definitiva, priva a jueces y juristas del reconocimiento de la tarea que cumplen en la sociedad: rellenar las lagunas de las reglas. Por otra parte, no debe olvidarse que los intentos de positivización de principios están normalmente destinados al fracaso, particularmente, cuando los mismos no han culminado su proceso de maduración histórica. Entonces, debemos distinguir:

1º) Los «principios» que dice crear el legislador, que no son más que reglas/regulaciones, cuyo contenido cabe interpretar de frente a otras reglas, y verificar si hay lagunas.

2º) Los principios que crea la jurisprudencia y la doctrina, como superadores de las reglas, incorporando a las lagunas valores jurídicos distintos y separados de las reglas. Tal distinción tiene efectos desde la hermenéutica: mientras aquéllas (las reglas) se interpretan; estos (los principios) se ponderan; tratándose en definitiva de mecanismos distintos.

En realidad, los denominados «principios» a que alude la ley son, más bien, auténticas reglas. En tal caso, estaríamos ante una verdadera «captura» terminológica del legislador de una expresión propia de la dogmática, que cabe advertir y no confundir.

ii) Por otra parte, cabe considerar que el Derecho administrativo se estructura en base a tres principios vinculados entre sí: 1º) principio del control judicial de toda actuación administrativa; 2º) principio de juridicidad de la actuación administrativa (Recogido en los artículos 6 y 7, inciso 3º de la CPR y artículo 2 de la LOCBGAE, si bien éste último, más apegado al respeto hacia la legalidad); y, 3º) principio de protección de los derechos del administrado.

iii) A nivel constitucional, además, encontramos el principio de servicialidad del

Estado frente a la persona humana, consagrado en el art. 1º, inc. 4º

iv) En cuanto al reconocimiento jurisprudencial de principios distintivos del derecho público que rige a la Administración, debe tenerse presente que en la práctica, es cada vez más recurrente que los tribunales de justicia adjudiquen el derecho administrativo (esto es, en la solución de controversias contenciosas administrativas) mediante la aplicación de principios jurídicos. Por ejemplo: el principio de trascendencia en relación a los vicios formales irrelevantes del acto administrativo; o, el principio de confianza legítima. Es por lo demás usual el control judicial de la arbitrariedad de la Administración a través de principios jurídicos.

B. Sobre la posición de los actores “intermedios”

1. Si se parte de la idea de que la Administración pública -en sentido estricto- no tiene el monopolio para definir y hacer realidad los intereses generales, cabe reconocer entonces que hay toda una amplia gama de actores privados que se hallan igualmente involucrados en este proceso. ¿Cabría establecer en el respectivo ordenamiento una escala similar a la que apunta en su libro el profesor Schmidt-Assmann? Es decir:

a) *Empresas en forma de empresas privadas (por ejemplo, sociedades anónimas), pero cuyas acciones están en manos del Estado: empresas públicas.*

b) *Empresas en forma de sociedades privadas (por ejemplo, sociedades anónimas) cuyas acciones están en parte en manos del Estado y en parte en manos de particulares: empresas de economía mixta.*

c) *Empresas que son de propiedad totalmente privada pero que desempeñan funciones públicas en virtud de una concesión estatal o sobre la base de un contrato con la Administración.*

d) *Empresas que realizan tareas que se consideran importantes para el Estado y la sociedad sin la participación o concesión del Estado.*

AVB: En el ordenamiento jurídico chileno sí se puede establecer una escala similar a la planteada por el profesor Schmidt-Assmann, en la cual podemos distinguir distintos tipos de empresas:

1. Empresas en forma de empresas privadas, pero cuya gestión está en manos de la Administración del Estado (a través del fisco, como propietario), como es el caso de las empresas Cochilco, ZOFRI o ENAP.

2. Respecto de empresas de economía mixta (tienen forma de sociedades privadas, y su propiedad se encuentra en parte en manos del Estado y en parte en manos de particulares), encontramos en Chile el caso de Codelco, la mayor empresa mundial de cobre.

3. En cuanto a empresas de propiedad totalmente privada, que desempeñan funciones públicas en virtud de una concesión administrativa o sobre la base de un contrato con la Administración, vemos en Chile el caso de los concesionarios de obra pública.

4. Por último, en lo relativo a empresas que realizan tareas que se consideran importantes para la sociedad sin la participación o concesión, encontramos en nuestro país el caso, por ejemplo de las mencionadas ISAPRES: son importantes para la sociedad como prestadoras de servicios de salud, las cuales actúan como co-opción al sistema público de salud, FONASA, y que han sido indirectamente reconocidas en la propia Constitución. En verdad, están desempeñando un rol importante de servicio público. Lo mismo que acontece con las Administradoras de fondos de pensiones, AFPs, que son empresas privadas, las que – con mayor incidencia- se presentan como opción obligatoria como sistema de pensiones – muy cuestionadas, no obstante-.

2. Pues bien, ¿hasta qué punto o en qué medida estos actores privados están sujetos a vinculaciones constitucionales específicas, previstas en realidad para la Administración? En Alemania, la respuesta a esta pregunta se encuentra en el artículo 1, apartado 3 de la Ley Fundamental (vinculación a los derechos fundamentales)⁸, en el artículo 20, apartado 2 (mandato de legitimidad)⁹ y en el artículo 20, apartado 3 (vinculación a la ley)¹⁰. Estas tres

⁸ Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

⁹ Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

¹⁰ El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho.

exigencias (que llamamos vinculaciones o sujeción) se han establecido para el "poder ejecutivo". ¿Cuáles de los actores descritos en el número romano anterior forman parte a estos efectos del "poder ejecutivo" (son state actors o actores estatales)? La respuesta a estos interrogantes ha de venir de la mano de una adecuada interpretación constitucional.

AVB: La respuesta a esta interrogante, viene de la mano de la categorización anterior realizada por el profesor Schmidt-Assmann, esto es, en la medida en que ciertas empresas u organizaciones puedan ser importantes para el Estado, o para los ciudadanos, la instauración de ciertas vinculaciones constitucionales específicas, deviene necesaria. En este sentido, como desarrollo al inicio (*supra* A, I, 2) existen criterios a tomar en cuenta de cara a establecer grados de compromiso con los principios constitucionales, a cuyo desarrollo me remito.

3. En ese sentido, ¿se sujetan todos esos actores al derecho público o (tan sólo) al derecho privado? Y si esos actores privados se someten al derecho privado, ¿han de extraerse o inducirse del derecho público normas adicionales de protección para esos actores privados a fin de hacer efectivas las exigencias constitucionales? ¿Cuáles son las disposiciones o preceptos que en cada país cabe encontrar y cuya finalidad radica efectivamente en completar lo que el derecho privado dispone?

AVB: El texto constitucional chileno parece delegar en la Administración del Estado el cuidado del respeto por las exigencias constitucionales y legales hacia tales entes que no necesariamente pertenezcan a éste, y que presten servicios de interés, a través de la tarea ordenadora.

Respecto a la complementación del derecho privado a partir de preceptos constitucionales, podemos atender la respuesta anterior, así:

1º) En cuanto a las empresas y organizaciones que, no estando participadas por el Estado, ni teniendo ningún servicio u obra concesionados, pero que representen un pilar importante en el desarrollo de un país, el grado de sujeción a las normas constitucionales aplicables a la Administración, necesariamente debería verse matizada al cumplimiento de las reglas comunes que la Constitución prevea para todos (en este caso, se está pensando en una empresa que no esté cumpliendo con un rol fundamental en la satisfacción

del interés público, tal como lo hace la propia Administración, o los entes que se relacionan con ella en la satisfacción de las necesidades colectivas).

2º) Si bien no pertenecen ni colaboran con la Administración, por su carácter permanente y el fundamental papel que desempeñan, deberían también someterse a determinadas reglas de derecho público, además de las propias del derecho privado: transparencia, protección de los derechos, y, sobre todo, que su servicio esté abocado a cubrir la específica necesidad pública, justificando de esta forma su existencia. Precisamente, por el importante rol que cumplen, tampoco pueden siempre parapetarse en su forma de organización privada: en concreto, el principio de autonomía de la voluntad, debería verse matizado si ello entrase en colisión con la justificación de su existencia (prestación de necesidades públicas) y la efectividad de sus servicios.

3º) En las previsiones de la Constitución chilena, en primer lugar, en cuanto al desempeño de actividades económicas, encontramos el artículo 19, numeral 21 el cual dispone la existencia del derecho "a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan" (llama la atención que parece referirse a la ley ordinaria), y que "el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza", que "en tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado" (por lo tanto, previendo la posibilidad de que esta «actividad empresarial estatal» deba someterse a las normas imperantes en el derecho público).

4. *¿Cuál es el régimen jurídico de los medios de comunicación de titularidad pública (radio y televisión)? ¿Cuáles son las directrices normativas y/o jurisprudenciales a que se sujetan? ¿Se establecen garantías y mecanismos para asegurar el pluralismo? ¿Y el régimen de los medios de comunicación de titularidad privada (prensa, radio, televisión...)? ¿Se establecen limitaciones y deberes específicos? ¿Se aproximan de algún modo el régimen aplica-*

ble a los medios de titularidad pública y a los de titularidad privada?

AVB: Respecto a las garantías existentes sobre el pluralismo en los medios de comunicación, encontramos el art. 19 N° 12 inc. 2º, que establece que "La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.". Además. El inciso 4º de la señalada disposición garantiza que "Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley.". Respecto a los canales de televisión, el inc. 5º del mismo artículo dispone que "El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión."

En cuanto a su regulación, encontramos la Ley 19.132, que crea la empresa Televisión Nacional de Chile, cuyo art. 1º la define como "(...) una persona jurídica de derecho público y constituye una empresa autónoma del Estado, dotada de patrimonio propio."

En general, tanto medios de comunicación públicos como privados se encuentran sujetos la garantía consagrada en el art. 19 N° 12, señalada anteriormente.

Espero de este modo haber respondido a todas las cuestiones planteadas.

Bibliografía citada

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2012): Las relaciones entre el Derecho administrativo y el derecho común: derecho positivo, doctrina y jurisprudencia. Santiago: AbeledoPerrot, 127
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2021). La dicotomía público/privado: Estado de la cuestión y su función en Derecho administrativo. *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), Chile, 89 (N° 250), 163-218.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2010): El Derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como «derecho común». Santiago, AbeledoPerrot, 136 pp. [Véase ahora su 2ª.0 edición en: Madrid: Tirant lo Blanch, 2023, 270 pp.]

Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 17 de septiembre de 2005 (Chile).
- Ley N° 18.575 del 2000. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 13 de diciembre de 2000. D.O. No. 41.984.

