

 UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

XLI Jornadas Chilenas
de Derecho Público
2011

200 AÑOS DE
DERECHO PÚBLICO
CHILENO
1811-2011

Comisión de Derecho Administrativo
Comisión de Derecho Internacional Público

REVISTA DE

Derecho
Público

PUBLICACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO / FACULTAD DE DERECHO / UNIVERSIDAD DE CHILE

volumen 77
2º Sem. 2012

REVISTA DE
Derecho **77**
Público

*La Revista de
Derecho Público*
Nº 77
2º sem. 2012

Publicación del
Departamento
de Derecho Público,
Facultad de Derecho,
Universidad de Chile.

revista@derecho.uchile.cl

La *Revista de Derecho Público* es una publicación semestral, editada por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Toda correspondencia, solicitudes de compra, suscripción, canje y colaboraciones deben dirigirse a:

Revista de Derecho Público
Universidad de Chile
Pío Nono N° 1
Casilla 94 - Correo 22
Santiago, Chile
FAX: 978 5250
e-mail: publico@derecho.uchile.cl

Suscripción anual US\$ 40 Extranjero
\$ 20.000 (IVA incluido) Universidades e Instituciones.
\$ 15.000 (IVA incluido) Académicos y Abogados.
\$ 10.000 (IVA incluido) Estudiantes.

Enviar cheque nominativo a nombre de *Revista de Derecho Público*.

Registro de propiedad intelectual N° 44.200-1975
Código internacional ISSN 07160267
Representante legal, Prof. **Roberto Nahum Anuch**
Decano de la Facultad de Derecho.
Directora responsable, Prof. **Ana María García Barzelatto**

Los puntos de vista manifestados en la *Revista de Derecho Público* expresan el concepto de los autores que en ella escriben, y no representan, por consiguiente necesariamente la opinión de la Institución.

Impreso en Gráfica LOM
Concha y Toro 25, Santiago

Derecho
Público 77

**XLI JORNADAS
CHILENAS DE DERECHO
PÚBLICO**

**200 AÑOS DE DERECHO PÚBLICO
CHILENO 1811- 2011**

**Comisión de Derecho Administrativo
Comisión de Derecho Internacional Público**

CONSEJO EDITORIAL

Enrique Navarro Beltrán
Director Departamento de Derecho Público

Ana María García Barzelatto
Directora Revista de Derecho Público

Rolando Pantoja Bauzá
Paulino Varas Alfonso
Juan Colombo Campbell
José Luis Cea Egaña
Mario Fernández Baeza
Carlos Carmona Santander
Pablo Ruiz – Tagle Vial
Teodoro Ribera Neumann
Claudio Moraga Klenner
Francisco Zúñiga Urbina

David Ibaceta Medina
Secretario de Redacción

CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL

Susan Rose Ackerman
*Professor of Law and Political Science
Yale Law School*

Gaspar Ariño Ortiz
*Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid
Profesor de Derecho Administrativo*

Miguel Ayuso Torres
*Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Pontificia de Comillas*

Víctor Bazán
*Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Cuyo*

Alan Brewer Carías
*Doctor en Derecho por la Universidad Central de Venezuela
Profesor de la Universidad de Columbia*

Miguel Carbonell
*Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Investigador del Instituto
de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México*

Gerardo Eto

*Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra
Ministro del Tribunal Constitucional del Perú*

Eduardo Ferrer Mac Gregor

*Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra
Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad
Autónoma de México*

Rodrigo Gil Escobar

*Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid
Miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

Agustín Gordillo

*Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires
Profesor Emérito de Derecho Administrativo en la Universidad de
Buenos Aires*

Matthias Herdegen

*Profesor de Derecho Público
Universidad de Bonn*

Dieter Nohlen

*Doctor Phil.
Profesor Emérito de la Universidad de Heidelberg*

Antonio Carlos Pereira – Menaut

*Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Santiago de
Compostela*

Jaime Rodríguez – Arana

*Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de La Coruña*

Humberto Sierra

*Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid
Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Externado de
Colombia*

Antonio Torres del Moral

*Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid
Doctor en Filosofía por la Universidad Complutense de Madrid*

Michel Troper

*Profesor de Derecho Público Universidad de París X-Nanterre
Catedrático de Derecho Público y Filosofía del Derecho, Moral y Políti-
ca en la Universidad de París X Nanterre*

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Víctor Pérez Vera
Rector de la Universidad de Chile

Roberto Nahum Anuch
Decano de la Facultad de Derecho

Pierino Perazzo Gagliardo
Vicedecano

Álvaro Fuentealba Hernández
Director de Escuela

COMISIÓN ORGANIZADORA DE LAS XLI JORNADAS CHILENAS DE DERECHO PÚBLICO

Enrique Navarro Beltrán
Presidente
Director Departamento de Derecho Público

Rolando Pantoja Bauzá
Paulino Varas Alfonso
VicePresidentes

Ana María García Barzelatto
VicePresidenta Ejecutiva

Mario Ramírez Necochea
Mario Fernández Baeza
Salvador Mohor Abuauad
Teodoro Ribera Neumann
Pablo Ruiz-Tagle Vial
Gladys Camacho Cepeda
Carlos Carmona Santander

David Ibaceta Medina
Secretario Ejecutivo

Editorial	11
Ana María García Barzelatto	
ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO	
Felipe Bravo Alliende	
El ejercicio de la facultad del artículo 9º de la ley N° 18.918 como ejemplo de desviación de poder en una potestad administrativa	15
Gladys Camacho Cepeda	
Transparencia pública y protección de datos personales en Chile	37
Pablo Carrasco Fuentes	
Elementos básicos de la arquitectura normativa de la discrecionalidad administrativa	67
José Fernández Richard	
Historia del derecho urbanístico chileno	79
Gonzalo Guerrero Valle	
La evaluación ambiental estratégica: Desafíos y propuestas tras su incorporación al ordenamiento jurídico chileno.	99
Ramón Huidobro Salas	
Reserva en materia militar y acceso a la información pública.	121
Jaime Jara Schnetler	
Caducidad y notificación del reparo en el Juicio de Cuentas	135
Claudio Moraga Klenner	
El estado en tres momentos	163
Julio Pallavicini Magnere	
El Principio de Jurisdicción en tiempos de catástrofe	185
Rolando Pantoja Bauzá	
El Derecho Administrativo y la Administración del Estado en Chile en los doscientos años de vida republicana.	201
Julia Poblete Vinaixa	
Sistema de identificación, documentos de identidad, de viajes y servicios relacionados: una reflexión necesaria sobre los principios y deberes de la Administración	217
Jorge Precht Pizarro	
Un problema no resuelto: El Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia, su independencia y la subrogancia de su Presidente	237

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Raúl Campusano Droguett Control de constitucionalidad en Japón y Países Bajos	247
Regina Ingrid Díaz Tolosa Derecho Internacional y Derechos Internos: jerarquía o coordinación?	263
Luis Valentín Ferrada Walker Consideraciones generales sobre la normativa chilena antártica (1939-2011)	277
Liliana Galdámez Zelada Incidencia de los tratados y del ius Cogens internacional en el tratamiento de graves violaciones a los derechos humanos en Chile.	295
Ximena Gauché Marchetti Pensando en los cambios a la educación en Chile desde el paradigma internacional de la educación en derechos humanos.	321
María Teresa Infante Caffi Antártica y la jurisprudencia marítima de los Estados.	355
Jeannette Irigoín Barrenne La Corte Penal Internacional y las operaciones de paz	371
Francisco Jara Bustos El derecho a la prueba y la prueba ilícita en el derecho internacional de los derechos humanos.	387
Victor Luke Seguridad informática y derecho internacional público en el siglo XXI: Desafíos jurídicos frente a la protección de infraestructuras informáticas.	405
Sergio Peña Neira Las fuentes del derecho internacional público, diversidad de tribunales internacionales y generación del Estado de Derecho Internacional Público	425
Francisco Rojas Aravena y Daniel Soto Muñoz Estándares internacionales y seguridad pública	441
Claudio Troncoso Repetto Derecho Internacional, Constitución y derecho interno.	453
Alberto Van Klaveren ¿Existe un régimen internacional para la defensa y promoción de la democracia?	463

vol. 77

Los trabajos contenidos en esta revista fueron recibidos por la Comisión Organizadora durante el mes de marzo de 2012 y aceptados a publicación por los evaluadores en el mes de mayo de 2012.

Claudio Moraga Klenner*

El Estado en Tres Momentos

The State in three moments

Resumen

El Estado y, por lo mismo, de su Administración, cambia con el tiempo, según los cometidos que le impone la Constitución y las leyes, y las necesidades contingentes de la población. En este proceso hemos puesto variados nombres al Estado: Estado Absoluto o Policial, Estado Liberal-Constitucional, Estado Social o Benefactor, Estado Cooperador, Estado Regulador, Estado Garante, Estado de Prevención. Actualmente, el Estado se encuentra exigido por nuevas circunstancias sociales y jurídicas, por lo que cabe preguntarse si él deberá mudar nuevamente de tipo y carácter. Nos referimos en particular a la congregación de actividades públicas y privadas; de las nuevas capacidades de actuación y de decisión de las personas; y del cambio de paradigma asociativo.

Conceptos clave

Poder del Estado. Proto-Estado. Estado Moderno. Mancomunidad.

Abstract

The State and, therefore, its Administration, changes through the time, according to the duties imposed to them by the Constitution and the laws and the contingent necessities of the population. In this process we have put several names to the State: Absolute or Police State, liberal-constitutional State, Social or Benefactor State, Cooperative State, Regulator State, Guarantor State, State of Prevention. Currently, the State is demanded by new social and legal circumstances; for so it is questionable the State should change again its kind and character. We are referring in particular to the congregation of public and private activities; of the new capacities of acting and decision of the people; and the change in the associative paradigm.

*Abogado, Profesor Asociado de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Magister *Berum Publicarum* por la Hochschule für Verwaltungswissenschaften, Speyer, Alemania. Correo electrónico: cmoraga@eml.cl.

Key words

Power of the State. Proto-State. Modern State. Commonwealth

El Estado se ha transformado a lo largo del tiempo; más pausadamente antes, más rápidamente en la actualidad. En este proceso, el Estado no tan sólo ha ido modelando su propio carácter y orientación, sino que también la manera como alcanzar un bien común al que se debe, puesto que sólo en él es capaz de justificarse. En el intento de describir y explicar este proceso hemos puesto al Estado una serie de nombres: Estado Absoluto o Policial, Estado Liberal-Constitucional, Estado Social o Benefactor, Estado Cooperador, Estado Regulador, Estado Garante, Estado de Prevención. Pero, en contraposición a la diversidad de nombres del Estado, en la perspectiva histórica las problemáticas sociales que subyacieron han sido básicamente dos: la titularidad y organización del poder del Estado y el servicio a la persona humana. La primera cuestión ha durado tanto como la organización social; la segunda no alcanza a cumplir 150 años.

En ambas es posible advertir problemáticas referidas a acopio y transmisión de información, tensión y participación social. Separado en tres momentos, una primera época, en la que no existía el Estado que hoy conocemos, muestra esfuerzos de organizaciones sociales por la titularidad del poder; luego, la segunda etapa, que perdura hasta hoy, se ha encargado de organizar y contener el ejercicio del Poder. En la tercera fase, de reciente inicio, el paradigma del poder, su titularidad y organización, están comenzando a modificarse de un modo nunca antes visto. Si históricamente las personas se contentaron con mantener relaciones con el Estado para la defensa y protección de sus derechos, y luego en la procura de un nivel adecuado de existencia, hoy, el Estado se enfrenta a personas que, manteniendo esas mismas necesidades, tienen información y capacidad de organizarse, manifestarse y mostrarse. Y esto hace la gran diferencia: si en el inicio se procuró contar con infraestructura y personas que facilitaran un poder más o menos formalizado; y luego, a través de las revoluciones, el pueblo exigió para sí tener una cuota de poder de decisión, a lo menos respecto de la elección de las más altas autoridades; en el tercer momento, el Estado ha comenzado a compartir su poder con las personas, en una medida apreciable de modo voluntario y pacífico. Los hechos le han exigido proceder de esa manera.

1. El proto-Estado (moderno): un esfuerzo de más de 2000 años.

El proto-Estado es el momento en que se buscó titularizar e institucionalizar el poder con el objeto de hacerlo más eficiente y eficaz, es decir, más útil a su titular. Para lo anterior, se necesitó crear una infraestructura a partir de medios del siguiente tipo: militar, ideológico (sacral), social o de clase (aristocracia), económico (sistema monetario que sirviera para sustentar el cobro de impuestos¹) y cultural (escrituración y censo)². No obstante, de nada serviría la infraestructura si no se contaba con el ele-

¹ MANN (1994a), p. 44.

² Cfr. MANN (1994b), p. 313.

mento fundamental del poder: las personas comunes y corrientes. Ellas daban sentido al poder, en cuanto cumplieran la función de receptores de las decisiones del poder, es decir, de personas que obedecieran: los grandes imperios abarcaron no tan sólo vastos territorios de donde extraer riqueza, sino que sobre todo personas sobre las que ejercer control. Este fue el caso de los imperios de la antigüedad, graficado tanto por el Imperio Romano y, más tarde, incluso por la Iglesia. En efecto, incluso en la Edad Media (1000 d.C.), al atomizarse el poder en muchos titulares (emperadores, reyes, condes, duques, obispos, etc.) y en muchas organizaciones territoriales (la ciudad, el castillo, el pueblo, el convento, la hermandad, el gremio, etc.), no hubo caos, porque siempre rigió el orden propiciado por una mano invisible: la de Jesucristo³. En definitiva, las personas buscaron paz social y seguridad dentro de un sistema fragmentado, donde no existía un imperio poderoso que pudiera garantizar dichos bienes públicos de forma permanente. Por ello, se entregó al señor feudal un poder formal, en un tipo de contrato de carácter político-militar: el vasallo juraba al señor lealtad y servicio personal, incluso en materia militar, a cambio de protección y una asignación de tierra⁴. Todo esto representó un adecuado equilibrio de intereses que duraría varios siglos.

Un segundo gran cambio se sucedió con la centralización territorial y de recursos públicos; la concentración de la función jurisdiccional en manos de tribunales nacionales, que aplicaron un *re-descubierto* Derecho Romano que entregaría reglas universales y codificadas, aptas para darles vigencia en todo un vasto territorio; pero, por sobre todo, los avances técnicos fueron la causa principal del cambio: el papel (s. XIII), más barato que otros soportes materiales (v.gr.: el pergamino), facilitó la comunicación y, por tanto, la posibilidad de ejercer el poder de manera más rápida, extensiva, difusa y descentralizada⁵. En este momento, y básicamente guiados por las experiencias británicas, los monarcas se convencen de que no podrán gobernar a la sociedad civil si es que no lo hacen aceptando que en la práctica, su poder fuere ejercido conjuntamente con el apoyo de terceros, v.gr: los príncipes y otros notables, una aristocracia o el clero. Estas elites compartirán entonces, con mayor y menor intensidad, el poder. No obstante, todavía faltaba mucho para que aparecieran los Estados modernos: disponer de un territorio determinado, sobre el que se ejercen acciones de centralización de la producción normativa para abarcar a toda la población o sociedad civil, y que detentan el monopolio de la fuerza sobre los cuerpos militares⁶.

Fue el siglo XVIII el que dio inicio a las tensiones entre la *monarquía absoluta* vs. la *monarquía constitucional* y, más tarde, con las repúblicas y la democracia; esta es una época en que los países comienzan a distinguirse según el nivel de derechos políticos y civiles que reconocían a su pueblo, así como por el universo de personas que podían llamarse *ciudadanos* (quienes primero cambiaron dicho estatus fueron los colonos norteamericanos: de súbditos de la Corona Británica pasaron a ser ciudadanos de la

³ MANN (1994a), p. 241.

⁴ *Ibid.*, p. 230.

⁵ *Ibid.*, p. 307 y s.

⁶ *Ibid.*, p. 423 y 430.

República⁷). A lo anterior, comienzan a sumarse los proyectos de inversión en infraestructura física y cultural que permitirán a los gobernantes conocer a sus súbditos o ciudadanos, a los territorios sobre los que se gobierna y a los problemas que acaecen en aquéllos. A finales del mismo siglo XVIII toma una importancia trascendental el acopio y transmisión de información, visualizándose en Francia, por ejemplo, que las torres del telégrafo (v.gr.: *Chappe Telegraph*) serían un instrumento de poder en cuanto permitirían que el gobierno extendiera su influencia más directa, oportuna y permanentemente sobre toda la república⁸; y en Londres, John Graunt comenzó a compilar información sobre nacimientos y muertes, agrupando a las personas por sexo, estado, edad, religión; por lo que se dice de él que podría haber inventado el concepto de “investigación de mercado” y que seguramente fue la primera fuente que usó el gobierno para estimar el número de personas que podrían cumplir con el servicio militar⁹. Más tarde, a partir del siglo XX, la información y la capacidad de transmisión modelarían definitivamente las Administraciones nacionales en organizaciones altamente capacitadas para cumplir con casi cualquier función que se le asignara por la Constitución o las leyes. Y esto durará hasta hoy.

En esta época de la *proto-nación*, de algún modo el poder social –si bien no político– comenzó a ser difuminado desde las autoridades y elites hacia la clase media, a través de la escritura y la estandarización del idioma que se usaría dentro de un territorio y en el propio gobierno. Luego, el mercantilismo secularizaría la escritura por medio de sus contratos, actos administrativos, libros contables, la educación militar y los protocolos de negocios¹⁰. El conocimiento de la Administración de los espacios, poblaciones y territorios, y la tendencia de monopolizar la generación de normas jurídicas, constituyen probablemente la demostración más palpable de que en esta época aparece ejerciendo poder un nuevo actor: el *Estado nacional*, titular de unas atribuciones que le permitirán ejercer poder efectivo desde un punto de vista social y jurídico. En otras palabras, de un Estado que estará en condiciones de controlar eficazmente las demás organizaciones y redes sociales de carácter político, militar, económico e ideológico; todas las cuales, por cierto, siempre existieron en número bastante reducido.

Finalmente, las ideas revolucionarias serían transportadas, en el caso de Estados Unidos de América, a través de artículos en la prensa escrita, ensayos y *panfletos*, es decir, por amateurs (v.gr.: abogados, ministros, comerciantes, agricultores), quienes, si bien estaban completamente concentrados en sus propios asuntos y negocios, poco a poco las cuestiones políticas comienzan a llamarles su atención, por lo que respecto de ellas querrán opinar y debatir¹¹. Aquello será la punta de iceberg de lo que sucedería a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX: el pueblo comenzaría a ser tratado por primera vez como un actor dentro del sistema estatal: él condicionaría no solamente al gobierno,

⁷ Cf. OSTERHAMMEL (2009), p. 852.

⁸ GLEICK (2011), p. 131.

⁹ BERNSTEIN (1998), p. 76.

¹⁰ MANN (1998), p. 117 v.s.

¹¹ Cf. BAILYN (1992), p. 1–21.

sino que también la forma como el Estado se organizaría institucional, funcional y territorialmente. Si bien en sus inicios, el pueblo que actuaba se representaba evidentemente por la clase dominante, las luchas políticas venideras –terminando en el mismo siglo XX– abrirían los espacios para que las demás clases (clase media, de trabajadores, de campesinos) también actuaren en un mismo escenario, ejerciendo derechos políticos en planos de igualdad. Por las mismas razones, los negocios y asuntos que debieron llamar la atención del Estado del siglo XIX serían mucho más complejos que los del siglo precedente: a la Independencia de Estados Unidos de América y la Revolución Francesa, se sucederían fenómenos políticos que movilizarían a los partidos de masas en contra de las elites, a unas clases en contra de otras clases, a la iglesia en contra del Estado secular y a la periferia en contra del centralismo¹². Y a lo anterior se agregaría un nuevo espacio de difusión libre de ideas –los medios de prensa– que rápidamente obtendrían, a través de la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, de 1791, carta de garantía para el ejercicio de su actividad incluso, si fuere necesario, constituyéndose en un contrapeso del mundo privado frente al gobierno¹³.

En fin, el período que sucedería luego, servirá para asentar esos procesos sociales y políticos y para, sobre todo, contener las posibles manifestaciones del poder dentro de un texto jurídico especial: la Constitución.

2. El Estado moderno: esfuerzo de los últimos 200 años por constitucionalizar el poder.

Los desarrollos estructurales que se venían sucediendo desde el siglo XVI en Europa, al interior de la sociedad y en el Estado, llevarían a los estudiosos a tratar de resolver o explicar cuál sería la manera más perfecta de ordenar o distribuir el ejercicio del poder público. Es en este escenario donde se mencionaría el Principio de División de Poderes, cuyo nombre evoca la idea de un correcto posicionamiento de las funciones públicas entre diversos órganos constitucionales. Porque, lo que hoy a muchos pudiere parecer de perogrullo, no siempre fue así. Hasta antes de la Revolución Francesa, el Poder Ejecutivo dictaba leyes; el Parlamento dictaba reglamentos dentro de su competencia y fungía como órgano jurisdiccional a los efectos de garantizar las “leyes fundamentales”¹⁴, y los tribunales tenían por función ejecutar las leyes y cumplir cometidos administrativos de todo tipo en cuestiones relativas al orden público, a la salud pública, a los mercados públicos, a la vigilancia de cabarets, etc.¹⁵ Cuando en 1790, Francia prohibió por ley que los tribunales pudieran dictar *decretos regulatorios* –*arrêts de règlement*–, esta función fue asumida por el Parlamento (la Asamblea), ocasión en que fusionó en sí todo el

¹² MANN (2001), p. 229.

¹³ OSTERHAMMEL (2009), p. 65.

¹⁴ ALLI ARANGUREN (2008), p. 74 y s.

¹⁵ Cfr. ZÖLLER (2008), p. 226.

poder legislativo y el ejecutivo¹⁶. Solamente al dictarse la Constitución de 1795 (Año III), la potestad reglamentaria pasó finalmente a manos al Ejecutivo (art. 44)¹⁷. Esta fue quizás la primera vez que en un país de Europa Continental, los tres principales órganos o poderes del Estado radicaban las distintas funciones públicas con arreglo a una idea moderna de racionalización del trabajo público.

Como venimos diciendo, el Principio de División de Poderes estructura una forma racional de organización del ejercicio del poder estatal con base en un texto constitucional. Él es conocido en todos los Estados constitucionales y democráticos, si bien no en todos ellos es entendido de una misma manera, ni cumple iguales fines: la tradición y las experiencias de los países son causa de ello. Montesquieu, el gran artífice del principio, escribe sobre éste en una parte especial de su *El Espíritu de las Leyes*, que es un verdadero tratado sobre teoría del gobierno y la legislación: el autor explica el *gobierno despótico* como aquél que ejerce una sola persona y donde no existe una verdadera Constitución ni leyes, ni órgano alguno que pueda controlar la observancia de esas disposiciones. Por ello, una monopolización de todo el poder en una sola mano (rey, parlamento, asamblea, etc.); la falta de reglas objetivas que sirvan como parámetro de enjuiciamiento del poder y la inexistencia de un ente con efectiva capacidad de controlar, son ideas que debían ser combatidas puesto que ellas provocaban principalmente una afectación de la vida y libertad de las personas. A partir de lo anterior, en la Francia de fines del siglo XVIII, la división de poderes no sería otra cosa que la prohibición de que una misma persona ocupara múltiples posiciones públicas a un mismo tiempo¹⁸.

a) La organización del poder del Estado en la experiencia histórica chilena.

Con la llegada de 1810, Chile no estaba establecido ni como nación ni como Estado, por lo que todo tuvo que ser formado a partir de lo poco que existía. De la Colonia tampoco habían quedado ideas enraizadas en la sociedad chilena que sirvieran para formular una Constitución popular y libre¹⁹.

Allí estaba el nuevo Estado enfrentándose a unos mismos problemas de 2000 años de antigüedad: cuál era el ámbito espacial y subjetivo sobre el que se ejercería poder. La necesidad de reconocer sobre qué territorio y personas sería posible ejercer poder público pudo haber sido la razón para que en la primera constitución de la nueva República independiente, se estableciera cuáles eran sus provincias (artículo primero, Título IV); y en la Constitución Política del Estado de Chile de 1822, inclusive se

¹⁶ *Ídem*.

¹⁷ *Ibid.*, p. 227.

¹⁸ *Ibid.*, p. 173.

¹⁹ Cfr. BELLO, p. 94.

establecía su territorio (art. 3). Con todo, en poco tiempo se comenzó a formar una nación y la sociedad se hizo consistente²⁰.

En esa época, las elites ilustradas no tuvieron más opción que asumir las instituciones públicas de origen colonial, que estaban establecidas en el país, y desde allí ejercieron poder público, al mismo tiempo que buscaron nuevas formas de organizarlo e institucionalizarlo. Por lo mismo, las primeras constituciones, y no obstante la corta vida de muchas de ellas, al organizar una pequeña y sencilla Administración y al establecer reglas para el ejercicio del poder, centralizándolo, cumplieron una función formadora de la Nación, a partir

- de reconocer a los miembros de la clase dominante derechos políticos así como su facultad para ocupar cargos públicos (meritocracia);
- de hacerse concientes de que el nuevo Estado actuaría dentro de un concierto internacional, donde también actuarían otros Estados y naciones en planos de igualdad (diplomacia y geopolítica); y
- de sentirse obligados a asumir, en cuanto organización estatal, una serie de funciones civiles nuevas para ser desplegadas, en lo posible, a lo largo de todo el país (*Estado hacedor*).

En este escenario, era evidente que muchas cuestiones y problemas tuvieron que ser establecidos y resueltos de un modo autoritativo y que serían las constituciones y leyes del nuevo Estado las que cumplirían entonces una función trascendental. De entre aquellas funciones, las gravitantes dirían relación con el orden y la seguridad pública y la protección de los derechos civiles y unos incipientes derechos políticos de las personas.

En resumen, las ideas norteamericanas de 1776 y las revolucionarias francesas de 1789 se propagaron rápidamente por el mundo, en cuyos rincones se escuchaban voces que hacían referencia a sus principios de libertad, igualdad, autodeterminación y derechos fundamentales²¹. Chile no permanecería ajeno a ello. Por lo mismo, las constituciones chilenas también estructuraron el poder público teniendo en consideración las ideas esenciales del Principio de División de Poderes o de Separación de Funciones.

En términos generales, esos órdenes constitucionales del siglo XIX y XX se articularon a partir de una asignación funcional de tareas, pero no mediante la radicación exclusiva de cada función en un único y excluyente órgano constitucional: la distribución de funciones fue concurrente o conjunta, entregando algún tipo de atribución legislativa al Gobierno, algún tipo de función jurisdiccional al Parlamento y algún tipo de función administrativa a los tribunales de justicia. Esta forma de articular el poder se transmitiría, finalmente, a la Constitución Política de la República, cuyo texto contiene una cantidad suficiente de disposiciones que evidencia o reflejan la recepción del Principio de Separación de Funciones (v.gr.: arts. 7.2, 24, 32 N° 1, 46 y 76). El art. 24 confía

²⁰ GALDAMES (1925), p. 964.

²¹ OSTERHAMMEL (2009), p. 761.

el gobierno y la administración del Estado al Gobierno; los arts. 32 N° 1 y 46 dejan la función legislativa concurrentemente en manos del Presidente de la República y de las cámaras del Congreso Nacional; y el ejercicio de la función jurisdiccional se confía a los tribunales establecidos por la ley (art. 76), independientemente de si ellos se insertan dentro del Poder Judicial o no (v.gr.: la Justicia Electoral).

De especial relevancia nos parece el arts 5 de la Constitución, que modela de una forma particular el principio de división de poderes o de separación de funciones, a tal punto, que nuestra doctrina considera que la Carta Fundamental establece un nuevo principio, el de la “distribución de competencias”.

La “Comisión de Estudios de la Nueva Constitución” trató el tema de la *división de poderes o de funciones* en su vertiente clásica de los contrapesos entre órganos constitucionales. Sin embargo, con el tiempo comenzó a analizar el problema en la perspectiva de cómo hacer posible el ejercicio del poder público de un modo efectivo. En el inicio de la labor de la Comisión, ésta consideró a la división de las funciones como un elemento del Estado de Derecho, al aseverar que aquél implicaba el respeto de las competencias establecidas²². Lo anterior hacía derivar una estrecha relación entre la división de poder y el principio de juridicidad. No podía extrañar este acercamiento al tema, ya que no solamente estaba en coincidencia con la teoría política clásica, sino que tenía una connotación de actualidad para los comisionados de la Comisión, considerando que ellos estaban convencidos de que el quiebre constitucional había comenzado ya con el Gobierno de la Unidad Popular (1970–1973).

En varias oportunidades, la Comisión debatió el texto de una disposición constitucional que plasmaría explícitamente que las funciones del Estado se ejercen, de acuerdo con la Constitución, por *órganos diversos e independientes* entre sí (art. 6). Inicialmente la idea se recogió en el borrador del art. 5, en los siguientes términos: “Los poderes del Estado son independientes y corresponde especialmente al Poder Ejecutivo cautelar el pleno y libre ejercicio de las atribuciones que a aquéllos compete y el cumplimiento de sus decisiones, acuerdos, resoluciones y sentencias.” Bien se advertirá que la segunda parte de la disposición echaba por tierra la totalidad de la primera idea, lo que llevó a su supresión en la sesión N° 50, de 1974.

En esa misma oportunidad se explicó qué significaba la “independencia” de los órganos del Estado: “los órganos son independientes en cuanto no dependen unos de otros; no es tanto que sean independientes en el cumplimiento de una función, sino que lo son como órganos: no emana uno de otro. Por eso emplea las palabras “por órganos diversos”, para dar la idea de la distribución del Poder, e “independencia entre sí”, para significar que los órganos, como tales, no están subordinados unos a otros”²³. Por lo que venimos señalando, el acento de la cuestión quedaría puesto, de ahora en adelante, en la *competencia*, es decir, en sostener que lo preponderante era distribuir

²² Acta Comisión de Estudios de la Nueva Constitución N° 11, 30.10.973, p. 5.

²³ Comisionado Jaime Guzmán Errázuriz, Acta de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución N° 50, 02.07.1974, p. 5.

ámbitos competenciales entre órganos constitucionales que pueden estar llamados al unísono, pero también conjunta o concurrentemente, a desarrollar una misma función estatal. No se trata ya más de buscar una división del poder que permita contenerlo o, incluso, debilitarlo, sino que de maximizar ese poder en la búsqueda de medidas y decisiones que adopten los órganos constitucionales y que favorezcan la creación de condiciones que permitan la prosecución del bien común. El Tribunal Constitucional, refiriéndose a esta cuestión, planteó que "...la Constitución otorga y distribuye potestades limitadas a los órganos del Estado para garantizar que su actuación sea en defensa de la persona y de su dignidad, pero suficientes para la consecución del bien común en materias que exigen regulación y fiscalización estatal, ..." (Sentencia Rol 480/2006 c. 21).

En otras palabras, el principio de distribución de competencias pasó a ser entendido como un instrumento puesto a disposición del Estado para concretizar su deber de *servicialidad a la persona* (art. 1 inciso 4 de la Constitución).

Pero, la Constitución removió en otra parte los fundamentos constitucionales que históricamente habían sido consagrados en las Cartas anteriores, y lo hizo en un sentido que solamente adquirirá importancia pasados 30 años. Nos referimos al problema de la ausencia de vinculación entre titularidad de poder público y la sociedad. En efecto, la actual Constitución adolece de una deficiencia originaria, que dice relación con la titularidad del poder público. Uniformemente se ha expresado este tópico en el Mundo Occidental bajo la idea de un poder soberano titularizado por el Pueblo o la Nación pero que, al ser imposible para éstos ejercerlo directamente, deben delegar ese ejercicio en los órganos que dispone la Constitución. El art. 2 de la antigua Constitución Política del Estado establecía que la soberanía residía en la Nación, y que ésta *delegaba* su ejercicio en las autoridades que la Constitución establecía. Pero, el art. 5, inciso 1º de la actual Carta ya no hace referencia a una *delegación de ejercicio del poder* desde la Nación a los órganos constitucionales. Ahora, por el contrario, se radica derechamente el ejercicio de la soberanía en los electores (pero solamente cuando son llamados a elecciones populares y plebiscitos) y en los órganos constitucionales. Entonces, no pareciera ser posible sostener que los órganos constitucionales actúan en representación de la Nación, sino que lo hacen por directa habilitación competencial de las normas constitucionales y otras de rango inferior, pero dictadas conforme a aquélla (art. 6), para el cumplimiento de los fines particulares que esas mismas disposiciones les imponen. En palabras más claras aún, el Congreso Nacional, por ejemplo, al dictar una ley, realmente no está declarando una supuesta *voluntad general*, como lo había concebido Sieyès; antes bien, declara simplemente su "propia voluntad legislativa", expresada como resultado de unas reglas procedimentales y de un juego de mayoría. En otras palabras, la voluntad legislativa deja de ser tenida como una real o hipotética voluntad del pueblo²⁴.

²⁴ Cfr. KLEIN (2000), p. 207.

La Nación no es ya más la fuente de todo el ejercicio de la soberanía; ésta es, ahora, la propia Constitución Política, fuente legitimadora del ejercicio del poder público. Las opiniones de los comisionados de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución apoyan lo dicho: el comisionado Sr. Guzmán propuso que el art. 5 fuera redactado de una manera tal que no provocare entrar en discusiones doctrinarias sobre si el ejercicio de la soberanía era o no delegable por su titular y en qué carácter ello se efectuaría. A esta posición se sumó la del comisionado Sr. Bertelsen:

“...no se puede sentar el principio de que el pueblo delega la soberanía, pues lo que hace, sobre la base de ella, es aprobar una Constitución, invistiendo de cierta autoridad a las personas que elige para representarlo. Señala que, por lo mismo, no le parece razonable introducir un concepto como “delegación”, el cual siempre se ha prestado para sostener que los gobernantes son mandatarios del pueblo, lo que representa o constituye cierta incongruencia, ya que es perfectamente legítimo, a su modo de ver, que el Jefe de Estado adopte una medida de carácter internacional, aun cuando la mayoría del pueblo se oponga a ella, por ignorancia de los antecedentes que la justifican y que aquél no puede darle a conocer por razones de seguridad o de estrategia, como sucede con los tratados”²⁵.

La segunda idea deducible del art. 5, y que es derivación necesaria de la que acabamos de enunciar, es que las autoridades y órganos constitucionales son *gobernantes*, que no *mandatarios del pueblo o nación*. Los comisionados Sres. Evans y Guzmán dan luz sobre lo que aquí subyace: que la soberanía se ejerce “mediante autoridades, vale decir mediante quienes mandan, mediante quienes gobiernan, mediante quienes ejercen el poder”; las autoridades establecidas en la Constitución “no son mandatarios sino gobernantes”²⁶. Frente a estas palabras, resulta de toda lógica que ni el sistema institucional ni las autoridades y órganos públicos visualicen al pueblo como el verdadero dominus del interés general²⁷.

En conclusión: dentro del margen de poder formal que es titularizado por el Estado, el pueblo o la Nación no son soberanos, ya que detentan una posición similar a la de cualquier otro órgano constitucional. Quienes integran al pueblo o Nación solamente son llamados de tiempo en tiempo para votar por personas y corrientes políticas que, a su turno, integrarán algunos pocos órganos constitucionales (Presidente, Cámara de Diputados, Senado y Municipalidad), pero cuyas decisiones no serán reconducibles a aquéllos.

²⁵ Acta Comisión de Estudios de la Nueva Constitución N° 402, 14.07.1978, p. 3205 y s.

²⁶ Acta Comisión de Estudios de la Nueva Constitución N° 49, 27.06.1974, p. 12 y s.

²⁷ RODRÍGUEZ-ARANA (2011), p. 115 y s.

3. El momento actual: la inflexión hacia un nuevo tipo y carácter de Estado.

La historia del poder, contrapuesto entre el Estado, por un lado, y la sociedad y las personas, por el otro, se ha concentrado en (1) generar un marco regulatorio y atributivo de facultades de los órganos públicos –una Constitución–, que contenga el ejercicio del poder público y atribuya o reconozca derechos a las personas que les permitan gozar un margen más o menos apreciable de libertad, y (2) garantizar a las personas un trato igualitario; de que no se verán afectadas por actuaciones arbitrarias de parte de los órganos del Estado, y de asegurar que este último propiciará condiciones básicas que permitirán a cada cual su desarrollo personal con igualdad de posibilidades²⁸. Como se aprecia, en (1) se representa el Estado liberal–constitucional, y sus premisas máximas: el Estado de Derecho y la democracia. En (2) se representa el Estado Social y su instrumento esencial: el servicio público.

Este esquema ha permitido mantener separados completamente los ámbitos de interés y actuación del sector público (regulación–servicios de interés colectivo) de aquellos propios de la sociedad y los particulares (economía–mercado). Ello, graficado fielmente en el texto constitucional, por un principio de subsidiariedad y una autonomía de los cuerpos intermedios. Sin embargo, hay muchas cuestiones o fenómenos de reciente data que ponen en duda si el sistema puede seguir funcionando satisfactoriamente sin entrar a una revisión de sus bases. Hace ya mucho tiempo que la persona había dejado de ser solamente un súbdito para pasar a ser ciudadano; y hace ya largo tiempo que las personas han podido imponer al Estado la idea de que el ejercicio del poder público no justifica atentar contra sus derechos esenciales. Pero, ahora, y de la mano de la *www*, el pueblo pasó a ser algo concreto, en todo sentido de la palabra²⁹: es una persona activa que opina, participa, fiscaliza, comenta y actúa a través de organizaciones civiles, tanto a nivel cibernético como en las calles³⁰. Con lo anterior, no debe extrañar que los sistemas político–constitucionales de muchos países –incluyendo por cierto el caso chileno– no ofrezcan al ciudadano común maneras útiles y eficientes de actuar: allí están las elecciones políticas, los plebiscitos y, también, la libertad para emitir opiniones políticas y para manifestarse políticamente. Pero, estas instancias formales muestran sus limitaciones frente a nuevas formas de interacción social y política que están basadas en las facilidades de la comunicación y transmisión de información a través de medios privados y globales, es decir, que no son controlados por el gobierno ni dirigidos por los medios de prensa.

Es que ahora, a decir verdad, se han dado unas condiciones tan especiales que las personas pueden ganar espacios de poder sin necesidad de actuar desde lo público.

²⁸ Roman Herzog, ex Presidente de Alemania Federal, afirma que la protección social ayuda en la creación de márgenes de libertad de las personas: esa libertad es la medida de posibilidades de desarrollo que le quedan luego de pagar habitación, alimentación, vestuario e impuestos. HERZOG (2008), p. 121.

²⁹ Cfr. FUCHS (2004), p. 22.

³⁰ Cfr. SIFRY (2011).

La ganancia neta de influencia en toda clase de problemas, áreas y temáticas no está causada por cambios especialmente relevantes en el sistema jurídico, antes bien, el cambio está generado por la forma como se utiliza una tecnología de la información que, de un modo nunca antes visto, ha hecho gráfica y permanentemente visibles a personas que antes el Estado y el *establishment* no veían o, peor aun, ni tan siquiera sabían que estaban ahí.

En el contexto que esbozamos, son al menos tres las cuestiones que nos llaman la atención: a) Congregación de actividades públicas y privadas; b) las nuevas capacidades de actuación y de decisión de las personas; y c) el cambio de paradigma asociativo.

a) Congregación de actividades públicas y privadas.

“Grupos intermedios” y “principio de subsidiariedad” van tomados de la mano. Ellos han servido por mucho tiempo para explicar por qué se debía separar aguas entre los sectores públicos y privados; entre el Estado y la sociedad civil. En efecto, allí donde no fuera necesario ejercer potestades públicas, sería el particular – y más precisamente, las organizaciones intermedias, entendidas éstas como agrupaciones voluntarias de personas que buscan cumplir su fin propio de un modo autónomo al Estado – quien preferentemente actuaría; allí donde el privado no actuare por desinterés o incapacidad, sería entonces el Estado quien asumiría el papel. Esta era, como se aprecia, expresión evidente de la dicotomía “esfuerzo de un particular” (mercado) vs. “esfuerzo del Estado” (normación, servicio, dirección y planificación).

Hoy, esas ideas no resultan ser tan nítidas como antaño. A decir verdad, ellas sufren de obsolescencia.

De partida, afirmamos que ni el Estado ni los particulares pueden, cada uno por sí solos, hacer todo lo que quieran o decidan en ejercicio de la autonomía de la voluntad asegurada por la Constitución, o de la competencia conferida por las leyes.

En efecto, ahora, cuando las posibilidades de alcanzar las metas que se pueden proponer son mayores que las de antes, debido a los recursos, conocimientos, medios o instrumentos que suponemos están disponibles, extrañamente el Estado nos parece ser cada vez más ineficaz; por lo que requiere contar con la colaboración de los particulares en prácticamente cualquier actividad que despliegue, sea potestativa, normativa o servicial. Precisamente, utilizamos el concepto de “asociación público-privada” en diversos sentidos y ámbitos, que escapan de la simple órbita de la transferencia de actividad del Estado hacia el particular, para pasar a ser una idea en la que subyace la necesidad de una actuación mancomunada de esfuerzos públicos y privados en casi todo el quehacer nacional. Hablamos de esta especial clase de asociación en materia de contratación pública, es decir, en instituciones que permiten el reparto de actividades, deberes y gestiones entre el sector público y el privado en pos de la satisfacción de necesidades de interés general (servicios públicos concesionados; producción de bienes

públicos o de uso fiscal): conectividad terrestre, desarrollo portuario y aeroportuario, agua potable, tratamiento de aguas servidas, etc. Pero, a lo anterior se suman otras tantas instancias de acercamiento de actores públicos y privados en materias tales como la conservación del medio ambiente, el fomento de actividades de turismo, la protección del patrimonio nacional, la innovación tecnológica, el transporte público, la educación, la salud, la vida sana e, incluso, la seguridad pública.³¹

Y, por otro lado, a los particulares, que con esfuerzo declaman acerca de su derecho preferente de emprender actividades sociales y económicas por sobre cualquier intención de la Administración de inmiscuirse o proceder en esas mismas áreas, se les presentan dos problemas medulares. El primero, que cuando se formuló el principio de subsidiariedad, se entendía que el ordenamiento jurídico del Estado pasaría a ser el marco jurídico de contención de la actividad privada, básicamente por medio de instrumentos clásicos, tales como las “autorizaciones o licencias”, las “prohibiciones” y las “sanciones”; pero con el tiempo aquella actividad normativa se transformó en “regulación”, es decir, en un complejo instrumento del poder público que permite a la Administración no tan sólo cumplir lo anterior, sino que, además, dirigir o direccionar, normar y condicionar y, en resumen, “arbitrar” muchas de las actividades que despliegan los particulares. El segundo problema, y tan palpable como el anterior, dice relación con la apreciación de que los particulares, para y en el despliegue de sus actividades propias, necesitan arrimarse al Estado en busca de medios, seguridades, auxilios y colaboraciones que estiman esenciales, a tal punto, que sin ellas advierten públicamente con no emprenderlas. En otras palabras, ya no se trata de contener al Estado justificado en que los particulares están desarrollando sus propias actividades de un modo *adecuado*; ahora se entiende que si no es conjuntamente con el Estado, la actividad privada no puede desplegarse *adecuadamente*. Lo anterior muestra el debilitamiento del principio de subsidiariedad y el fortalecimiento de otro principio, que sería el de colaboración (de lo público–privado).

Nos parece que el desarrollo de la vieja institución *ius–administrativa* de la concesión es reflejo de lo que venimos comentando. La concesión, independientemente si ella se arroja de acto administrativo o de contrato de la Administración, ha dejado de ser vista como una simple decisión de la autoridad, potestativa o convencional, que otorga al particular –concesionario– un derecho nuevo que le permite realizar una actividad específica. Más profundamente, la concesión es hoy en día uno de los instrumentos técnicos que permiten al Estado entregar gestiones públicas (y, por tanto, transferir responsabilidad en el control del riesgo³²) bajo cargo de un particular, por lo que grafican una forma distinta de cumplimiento de cometidos y tareas administrativas, previa decisión legislativa de que ellas sean asumidas por la Administración de manera directa (para lo cual cuenta con la organización administrativa que denominamos “servicio público” –art. 28 Ley N° 18.575–) o indirecta (para lo cual cuenta con la concesión y

³¹ MORAGA KIENNER (2010), p. 721–723.

³² CARRILLO DONAIRE (2009), p. 104.

otros emprendimientos no formalizados de “participación público–privada”). Además, la concesión trasunta, por regla general, una situación jurídica especialísima de beneficio para el concesionario, en cuanto le permite desarrollar sus instalaciones, redes e infraestructuras usando bienes públicos y privados. En otras palabras, el concesionario puede utilizar bienes que integran el dominio público para beneficio o promoción de su propio proyecto, negocio o emprendimiento, de un modo extraordinario y, a veces, exclusivo y excluyente. Es decir, existe aquí una forma de aprovechamiento de bienes y recursos públicos que no es predicable igualmente para los demás particulares.

b) Capacidades de actuación y decisión de las personas.

El Estado de Chile aún no se ha atrevido a normar mecanismos de democracia directa³³. A lo sumo, a través de la Administración se han abierto sus procedimientos administrativos, normativos y regulatorios a los particulares, no tan sólo porque no puede negar la existencia de derechos públicos subjetivos, sino que, ante todo, lo ha hecho porque necesita imperiosamente de esa participación ciudadana. Lo dicho es aplicable en sentido inverso: se ha formalizado la participación de los particulares, actuando individualmente o a través de organizaciones sociales, titularizando verdaderos derechos dentro de los procedimientos administrativos (art. 17 Ley 19.880) y normativos (v.gr: Ley 19.300)³⁴. En otras palabras, las personas ejercen derechos en procedimientos administrativos destinados a generar actos administrativos o, también, cuerpos normativos.

Vinculado con lo anterior, está el reconocimiento más amplio del derecho de las personas de participar en la gestión pública, y que no sea excluida o discriminada sin razón justificada. Se comprende aquí la facultad de usar las instancias formales de participación que debe implementar todo órgano administrativo para ese preciso efecto; el derecho de tomar conocimiento oportuno y completo de información relevante en materia de políticas, planes, programas, acciones y presupuestos; el derecho de formular observaciones, planteamientos o consultas a las cuentas públicas que deben dar los órganos de la Administración; el derecho de emitir su opinión en materias de interés ciudadano, a través de consultas informadas, pluralistas y representativas (opiniones que deben ser recogidas, evaluadas y ponderadas por el órgano respectivo); así como la obligación que pesa en los órganos de la Administración del Estado de establecer en su interior los “consejos de la sociedad civil” (Título IV, arts. 69 a 75 Ley N° 18.575). No obstante, esta clase de participación es de una menor calidad, si se considera que queda inalterada la idea de que son los “representantes” de grupos intermedios los que actúan, no las personas individualmente consideradas. Por lo mismo, y como mera

³³ Cfr. SOTO BARRIENTOS (2011), p. 188.

³⁴ Un artículo del Servicio de Evaluación Social aparecido en El Mercurio, D23, de 04.12.2011, afirma que durante el año 2011, ese servicio fue el único organismo del Estado que efectuó consultas nacionales en el marco de la elaboración de un reglamento: una pública nacional y otra indígena.

propuesta, debiera analizarse la posibilidad de que los “consejos de la sociedad civil” (Ley 20.500) se integren, en medida igualitaria, por ciudadanos comunes y corrientes elegidos al azar, por un tiempo definido, y con igual voz y voto que los que hoy día se les reconocen a los representantes de las organizaciones civiles que actúan dentro de aquellos consejos³⁵.

Al interés histórico del Estado de conocer a los particulares sobre los que ejerce su autoridad, se ha creado el interés de estos últimos de observar y escudriñar en los organismos estatales. En gran medida, ello es causado por el derecho de acceso a la información pública (art. 8 Constitución de 1980 y Ley 20.285), que ha permitido a las personas conocer con una intensidad que no podría haber sido prevista 10 años atrás, el interior formal de casi todos los organismos públicos así como los perfiles individuales de muchas autoridades. Al mismo tiempo, es de reconocer que en la misma medida el Estado ha desplegado acciones de transparencia de sus actuaciones y decisiones, probablemente porque ha entendido que explicar de la mejor manera posible el porqué de las decisiones públicas, es la manera más útil de lograr que esas decisiones sean aceptadas por sus destinatarios.

De resultas de lo dicho se puede afirmar que la información ya no es un privilegio de pocos funcionarios o autoridades, y ni tan siquiera un monopolio de los expertos, profesores, asociaciones gremiales o administraciones. Antes bien, el derecho de acceso a la información pública, en conjunto con las instancias formales de participación en los procedimientos administrativos, normativos y en la propia gestión pública, abren un poco más las posibilidades de actuación de las personas, de las organizaciones y de los grupos de interés, esta vez, no desde la vereda del frente, sino que al lado de las instancias políticas y administrativas que deben tomar las decisiones. En otra perspectiva, el panorama actual muestra que de a poco se están insertando personas dentro de instancias formales de participación donde por mucho tiempo interactuaron unos mismos actores políticos con unos mismos actores sociales; y donde unos mismos actores de prensa daban cuenta de los avances y retrocesos entre los primeros.

¿Podría este fenómeno llegar a constituir un beneficioso contrabalance político y social?

³⁵ V.gr. en el Diario Oficial del 03.12.2011 se publicó la Resolución (E) N° 7.916, que designa Representantes del Consejo de la Sociedad Civil del Ministerio de Vivienda y Urbanismo para la Participación Ciudadana. Sus integrantes representan al Colegio de Arquitecto de Chile, al Colegio de Ingenieros de Chile, a la Asociación Chilena de Barrios y Zonas Patrimoniales, a la Asociación Chilena de Municipalidades, a la Sociedad Chilena de Ingeniería de Transporte, a la Asociación de Facultades de Arquitectura, a la Confederación Nacional de Uniones Comunales de Juntas de Vecinos de Chile, a las Asociación de Municipalidades (Comisión Vivienda), a la Agrupación Defendamos la Ciudad, También Somos Chilenos, Fundación Futuro, Fundación Hábitat para la Humanidad, Desafío Levantemos Chile, Fundación un Techo para Chile, Fundación para la Superación de la Pobreza, Corporación Ciudad Accesible, Instituto de la Construcción, Cámara Chilena de la Construcción, Fundación Instituto Indígena, Fundación San Vicente de Paul.

En lo medular, el óptimo es alcanzar un estado superior de participación, en que se permita a los amateurs y a los legos expresarse incluso dentro de las instancias decisorias para el ejercicio del poder público. Ellos ya han demostrado su capacidad de construir sistemas o ecosistemas en los que son actores principales (wikipedia³⁶) o de hacer que las noticias ya no sean puramente reflejo de una línea editorial de la prensa escrita o hablada, sino que cada vez más son generadas por cualquier persona, la que puede obligar a los medios de comunicación a considerar noticias que, de otro modo, no lo habrían sido. Es probable que la comunidad de los políticos, comentaristas, expertos y científicos, se vea obligada en algún momento a reconocer el valor y legitimidad de la “comunidad práctica”³⁷, conformada por cualquiera que quiera opinar, colaborar y participar. Carácter esencial de la “comunidad práctica” es su descentralización, en el sentido de que hay personas de distintos orígenes y capacidades, pensando, opinando, enjuiciando o tomando decisiones. Considerarlos a ellos, incluso a los que están en desacuerdo, facilita transitar por un enmarañado camino de mega-información en busca de una decisión satisfactoria³⁸.

c) *Nuevo paradigma asociativo.*

La idea de la “asociación” ha cambiado. Ella sigue siendo, en un contexto jurídico-político, una prolongación de las libertades de pensamiento, expresión y reunión, pero ahora la gran diferencia está en que el “costo de formación” de las asociaciones se ha desplomado³⁹. Nunca antes había costado tan poco formar y constituir asociaciones y organizaciones de toda clase y de participar de ellas del modo que más satisfaga y acomode a quienes estén interesados. Por añadidura, nunca antes la “aprobación social” había tenido menos valor en la hora en que una persona decide fundar o integrar una asociación.⁴⁰ Esto ha significado para el Estado y para otras instituciones de antigua data (v.gr.: partidos políticos, iglesias, sindicatos), apreciar una competencia más o menos creciente en los canales y formas de participación y comunicación que están usando los privados.

Es que las nuevas formas de organizarse y asociarse presentan ventajas incomparables: primero, algunas de ellas pueden adquirir fuerza suficiente para actuar incluso con oposición del Estado (poder público) o del mercado (poder económico), ya que no actúan bajo premisas de poder jerarquizado ni les motiva directamente el dinero⁴¹; y segundo, cuando esas organizaciones fallan, lo hacen de manera rápida, limpia y sin

³⁶ “Wikipedia invites us to do the following disorienting math: (1) a chaotic process, (2) with unpredictable and wildly uneven contributions, (3) made by nonexpert contributors (4) acting out of variable motivations, (5) is creating a global resource of tremendous daily value”. SHIRKY (2009), p. 139.

³⁷ *Ibid.*, p. 100.

³⁸ WEINBERGER (2011), p. 86.

³⁹ SHIRKY (2009), p. 18.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 205.

⁴¹ *Ibid.*, p. 43 y s.

mayores costos para nadie: o cuando esas organizaciones dejan de ser incentivadas por sus adherentes o integrantes, muchas veces ellas no se diluyen sino que quedan latentes esperando un nuevo momento para activarse, y el costo de activación es igualmente bajo.

Nada de lo recién dicho podría decirse del Estado: como las acciones de las asociaciones privadas no promocionan grandes acciones ni alcanzan grandes logros y metas, antes bien, se trata de objetivos más o menos simples o modestos a nivel agregado, cuando ellos no se alcanzan no se generan consecuencias muy graves. En cambio, tratándose del Estado, sus fracasos son verdaderos golpes demoledores, puesto que la gente sabe que precisamente para que no ocurra el fracaso se le ha entregado el poder público.

Venimos afirmando que las organizaciones de privados están disputando el mismo ámbito en que ha actuado históricamente el Estado; y ello, en parte, se genera por una actitud que encuentra su causa en el propio comportamiento de este último. Sólo por mencionar un ejemplo, los nuevos actores están dictando normas, jurídicas o técnicas, recomendaciones, guías de acción y *soft law*, que penetran las fronteras de los Estados Nacionales, o que nacen en su mismo interior, para incentivar a veces un ejercicio colaborativo entre las organizaciones públicas y privadas y, en otras oportunidades, más bien para reflejar un fenómeno normativo no controlado por el Estado⁴², y que está en *competencia* con la potestad regulatoria estatal⁴³. Es como una vuelta atrás, a la época mucho más larga en que el derecho subsistió sin necesidad de tener un Estado.⁴⁴ Piénsese en cualquier otra actividad que históricamente fue considerada como *ratio essendi* del Estado (v.gr.: jurisdicción, orden público, prevención delictual) y no resultará difícil visualizar cómo es que los particulares, organizados fundamentalmente en empresas, también se han ido haciendo con partes de ellas.

En definitiva, el comportamiento de las personas ya no está únicamente condicionado por el poder público y el mercado; ahora, también lo condiciona la coordinación social, reflejada en fenómenos asociativos, muchos de los cuales están fuera del alcance del Estado.

4. Superación de estructuras deficientes a través de la acción.

Los fenómenos a que nos referimos en 3. son causa, pero también, consecuencia de que, sin importar el tiempo que el Estado lleva dedicado a informarse sobre el grupo social que gobierna y a satisfacer directa o indirectamente demandas sociales o de interés general, no ha podido complacer adecuadamente a las personas. Existe un grupo relevante de ellas que consideran que los sacrificios que hacen son mucho mayores que cualquier servicio o contraprestación que reciben del Estado y, por tanto, a los efectos

⁴² Cfr. NYE (2011), p. 119.

⁴³ Cfr. HOFFMANN-RIEM (2005), p. 19.

⁴⁴ Cfr. KANDELBACH y GÜNTHER (2011), p. 14.

sociales, visualizan la relación Estado–persona como naturalmente desequilibrada⁴⁵; o que están convencidos de que la riqueza y bienestar de unos pocos privilegiados, más que resultado del esfuerzo personal, es fruto de beneficios obtenidos desde el Estado, en conjunto con el sacrificio de muchos otros. Por largos años el Estado ha exigido de sus ciudadanos el *favor legis y fiscalis*, ahora, estos últimos le exigen a aquél el *favor civis*.⁴⁶

Como se aprecia, hay un problema netamente social: la deficiencia (y, a veces, verdadera ausencia) de condiciones que otorguen una justicia social aspirada por unas personas comunes y corrientes que al tiempo que se hacen cada vez más visibles, provocan cierta perplejidad en el Estado.

¿Por qué ello?

Bueno, porque siempre ha habido discusión sobre políticas públicas del Gobierno y partidos políticos, y sobre agendas de intereses de asociaciones privadas, pero no sobre intereses y anhelos de personas comunes y corrientes. A esto se suma una especie de error común sobre la capacidad de la Administración, a partir de su propia actividad infinitamente repetida, de tomar decisiones correctas, siendo que solamente puede haber un mejoramiento si la decisión no es automática. En otras palabras, la Administración cree tener la capacidad, los recursos y el conocimiento para poder predecir la regularidad del comportamiento humano, así por lo demás lo manifiesta su potestad de ejecución de la ley. Sin embargo, no debe olvidarse que el comportamiento humano no se rige por las mismas leyes de la naturaleza. La Administración debe aprender que está siempre trabajando sobre “inexactitudes”.

Hoy se puede afirmar que ser Estado no es un asunto fácil: no tan sólo tiene que cumplir con las tareas que el Constituyente y el Legislador encomienda, sino que, además, debe organizarse como tal, sujeto a unas reglas y principios singulares y en una buena medida diferenciados de los que rigen entre los particulares, y debe otorgar –o permitir que a través de terceros se otorgue– bienes y servicios de interés general que las personas perciban como útiles y beneficiosos para ellas; y de no otorgar él directamente esos bienes públicos, tiene, entonces, que garantizar que un tercero lo hará bajo unas condiciones mínimas y satisfactorias, y sin provocar la exclusión o marginalización del grupo de personas más débil. Por algo se dice que esos bienes públicos son no excluyentes y sin rivalidad.⁴⁷ A lo anterior se suma una segunda cuestión que no debe ser soslayada: la agilidad y rapidez. Las demoras de la Administración en reaccionar frente a nuevas necesidades, harían suponer que ella está apostando a mantener el statu quo –que es lo que conocen–, pero las personas están apostando al cambio. La persistencia de estos anhelos puede hacer que una de las dos partes termine desilusionada o, si se quiere, vencida. Lo mejor es que sea la Administración.

⁴⁵ Cfr. SUROWIECKI (2005), p. 116 y s.

⁴⁶ Cfr. DENNINGER (2008), p. 90.

⁴⁷ WULF (2012), p. 9.

En la encrucijada que hemos esbozado, el Estado sigue siendo esa organización que conduce y fija la ruta del bien común, pero, también es un articulador y un árbitro entre grupos sociales y al interior de ellos mismos, que espera que cooperen, lo que estos últimos harán en tanto crean que recibirán un trato justo y razonable, tanto de parte del mismo Estado como de grupos dominantes. Pero ahora, el Estado se nos muestra, también, como un promotor neto de acción conjunta de lo público con lo privado. Y en este empeño, el Estado echa mano a todos sus recursos, antiguos y nuevos. Innegables resultan los auxilios económicos, tales como aportes directos a emprendimientos de privados, subvenciones o subsidios. Todos ellos prueban la persistente vigencia de la actividad de fomento. Pero, eso no es todo. Considérese, por ejemplo, grandes ámbitos económicos que muestran la concreción de un espacio de libertad de emprendimiento por los privados (la respuesta social y legal a las normas constitucionales que establecen el principio de subsidiariedad (art. 1.2 y 19 N° 21 Constitución). Pero, donde más se evidencia verdaderamente una invitación del Estado a los particulares es en materia de prestación de servicios de interés general y en la producción de bienes y servicios básicos, incentivados por una oferta de uso de infraestructura pública que les hace el propio Estado.

En otros términos, el Estado llama a los privados y a las instituciones intermedias, no solo a cumplir sus propios fines específicos, sino que intenta que esas organizaciones particulares asuman como fines específicos los propios del Estado expresados en la Constitución y, si para ello fuere necesario, acepta poner a disposición de esos particulares bienes y activos públicos que, por largo tiempo, se supuso que serían usados privativamente por el mismo Estado para la creación directa de servicios de interés general, o por los particulares de un modo igualitario, no preferente ni excluyente. Presenciamos, entonces, una nueva forma de relacionarse lo público y lo privado: el Estado está dejando de ser el gran productor de bienes públicos, porque un grupo de particulares ha asumido esa tarea, auspiciada o promovida por el propio Estado; es parte de ello, la misma idea de “asociación público-privada”.

Tenemos un déficit, sin embargo, en la circunstancia de que esos particulares están casi en un 100% organizados de forma empresarial, mientras que los demandantes de esos bienes están organizados socialmente o no lo están del todo; es decir, el centro de gravedad de los primeros está dado por las reglas del mercado; y el centro de gravedad de los segundos por las reglas de justicia, suficiencia en la satisfacción de necesidades y equilibrio social.

Por largo tiempo prevaleció el mercado sin contrapesos. Ahora, debe tenerse en cuenta que ha salido gente al camino: los “consumidores” requieren la entrega de bienes y servicios de interés general bajo condiciones mínimas de calidad, suficiencia, costo y seguridad. Esto ha motivado que en la función de arbitraje de intereses generales, colectivos y privados, el Estado no tan sólo debe impedir que los “productores” de bienes y servicios se destruyan entre sí, sino que ahora comprende que también es su deber proteger de ellos mismos a los consumidores. Si con el principio de subsidiariedad, el Estado creía que debía proteger la libertad económica, hoy en día es incontestable que

también debe asegurar condiciones mínimas que permitan al consumidor maximizar su bienestar y garantizar que las condiciones sociales y ambientales no se deteriorarán.⁴⁸

Estas son ideas preliminares de lo que podría ser el nuevo apellido del Estado: el Estado de la Mancomunidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- ALLI ARANGUREN, JUAN-CRUZ (2008): *Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*, Navarra, Upna, 751 pp.
- BAILYN, BERNARD (1992): *The Ideological Origins of the American Revolution*, edición extendida, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 379 pp.
- BELLO, ANDRÉS: *Publicidad de los juicios*, en "Escritos jurídicos, políticos y universitarios", Santiago.
- BERNSTEIN, PETER L. (1998): *Against the Gods*, Nueva York, John Wiley & Sons, Inc., 352 pp.
- CAMACHO CEPEDA, GLADYS (2007): "La legitimidad de la potestad administrativa sancionadora", en: *Revista de Derecho Público Vol. 69*, pp. 9-23.
- DENNINGER, ERHARD (2008): "Prävention und Freiheit", en: HUSTER, STEFAN y RUDOLPH, KARTEN (coord.), *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*, Frankfurt, Suhrkamp, pp. 9-22.
- FUCHS, DIETER (2004): "Modelle der Demokratie: Partizipatorische, Liberales und Elektronische Demokratie", en: KAISER, ANDRÉ, y ZITTEL, THOMAS (coord.), *Demokratietheorie und Demokratieentwicklung*, Wiesbaden, VS Verlag, pp. 19-53.
- GALDAMES, LUIS (1925): *La Evolución Constitucional de Chile*, Santiago, Chile, Balcells & Co.
- GLEICK, JAMES (2011): *The Information*, Nueva York.
- HERZOG, ROMAN (2008): *Das Dilemma der Demokratien*, Stuttgart, Hohenheim, 193 pp.
- HOFFMANN-RIEM, WOLFGANG (2005): "Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch—Zur Qualität—Gewährleistung durch Normen", en: *Archiv des öffentlichen Rechts* N° 130, cuaderno 1, pp. 5-70.
- JACKSON, TIM (2011): *Prosperity without growth*, 2da. edición, Londres, Earthscan, 276 pp.

⁴⁸ Cfr. JACKSON (2011), p. 167, y CAMACHO (2007), p. 10.

- KANDELBACH, STEFAN, y GÜNTHER, KLAUS (2011): "Recht ohne Staat?", en: KANDELBACH, STEFAN, y GÜNTHER, KLAUS (coord.), *Recht ohne Staat?*, Frankfurt, Campus, pp. 9–48.
- KLEIN, HANS HUGO (2006): *Das Parlament im Verfassungsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 604 pp.
- MANN, MICHAEL (1994a): *Geschichte der Macht*, tomo II, Frankfurt, Campus, 461 pp.
- MANN, MICHAEL (1994b): *Geschichte der Macht*, tomo I, Frankfurt, Campus, 399 pp.
- MANN, MICHAEL (1998c): *Geschichte der Macht*, tomo III, parte I, Frankfurt, Campus, 360 pp.
- MANN, MICHAEL (2011d): *Geschichte der Macht*, tomo III, parte II, Frankfurt, Campus, 335 pp.
- MORAGA KLENNER, CLAUDIO (2010): "Asociación público–privada en la contratación administrativa chilena", en: Asociación Peruana de Derecho Administrativo y Pontificia Universidad Católica del Perú, *Modernizando el Estado para un país mejor*, Lima, Palestra, pp. 721–740.
- NYE, JOSEPH S., Jr. (2011): *The future of Power*, Nueva York, Public Affairs, 282 pp.
- OSTERHAMMEL, JÜRGEN (2009), *Die Verwandlung der Welt—Eine Geschichte des 19. Jahrhunderts*, 3a. edición, München, C.H. Beck, 1420 pp.
- RODRÍGUEZ–ARANA, JAIME (2011): "La mediación en el Derecho Administrativo", en: *Revista de Derecho Público Vol. 74*, pp. 113–131.
- SHIRKY, CLAY (2009): *Here comes everybody*, Estados Unidos, Penguin Books, 336 pp.
- SOTO BARRIENTOS, FRANCISCO (2011): "La eventual recepción de fórmulas participativas en Chile", en: *Revista de Derecho Público Vol. 74*, pp. 159–194.
- SIFRY, MICAH L. (2011), *Wikileaks and the Age of Transparency*, Estados Unidos de Norteamérica.
- SUROWIECKI, JAMES (2005): *The wisdom of crowds*, Nueva York, Anchor Books, 305 pp.
- VON BOGDANDY, ARMIN (2000): *Gubernative Rechtsetzung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 496 pp.
- WEINBERGER, DAVID (2011): *Too big to know*, Nueva York, Basic Books, 218 pp.
- WULF, MARTIN, columna en www.pulso.cl (25.01.2012).
- ZÖLLER, ELISABETH (2008), *Introduction to Public Law: a comparative study*, Estados Unidos, Martinus Nijhoff Publishers.