

Julio Pallavicini Magnère

El principio de juridicidad en tiempos de catástrofe

The principle of legality in times of disaster

Resumen

El presente trabajo sostiene que aun bajo condiciones excepcionales, como son las derivadas de desastres naturales, el Estado y en particular los Órganos de la Administración del Estado deben someter su actividad al marco estricto de la ley. Para ello, el ordenamiento jurídico ha previsto una serie de mecanismos destinados para enfrentar estos eventos, los que también consideran reglas sustanciales de responsabilidad para quienes toman decisiones administrativas para paliar sus consecuencias.

Palabras clave

Principio de juridicidad. Catástrofes.

Abstract

This paper argues that even under exceptional conditions, such as those arising from natural disasters, particularly the State Administration Bodies are subject to strict rule of law. For this, the law lays down a series of mechanisms to address these events, which also considered substantive rules of liability for administrative decision makers to mitigate its consequences.

** Master of Laws,
Cornell University
(NY). Profesor Asistente
del Departamento de
Derecho Público de la
Facultad de Derecho de
la Universidad de Chile.
Jefe de la División Jurídica
de la Contraloría
General de la República.*

Keywords

Principle of legality. Disasters.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho público, al menos en su vertiente constitucional, plasma las grandes decisiones políticas de la comunidad organizada: qué sistema de gobierno y qué forma de Estado son los que consideramos correctos, cuáles –y con qué profundidad– son las garantías que acordamos reconocer a los ciudadanos en sus relaciones mutuas y para con el Estado y cuáles son las normas conforme a las cuales vamos a sujetarnos para producir las reglas –estatales y paraestatales– a las que vamos a sujetarnos, entre muchas otras.

En el derecho administrativo, quizás por tratarse de un sistema normativo que regula directamente lo prestacional y materializa la promoción del bien común y la servicialidad del Estado, los dilemas son esencialmente prácticos: dónde es conveniente instalar un colegio, qué sectores de la población deben ser favorecidos con un subsidio, cómo proveer el orden público y la seguridad nacional y quién (y cómo) debe hacerse cargo de la infraestructura vial. Como es evidente, los problemas son variados e imposibles de cuantificar y son causados tanto por los seres humanos como por la naturaleza. Estos últimos son los desastres naturales y son estos eventos en los que este trabajo se centra.

En estas circunstancias, las decisiones de la Administración del Estado son particularmente complejas, pues debe tomar y adoptar medidas de urgencia, que a primera vista se ven dificultadas por las reglas del Derecho. Es así como los tiempos de catástrofe presentan varias características singulares.

En primer lugar, los desastres son sumamente costosos en términos humanos y financieros. Humanos porque generan una serie de daños para la población y en especial a las clases más pobres, que por sus condiciones de vida –o de subsistencia– son siempre los más expuestos a sufrir con estos eventos. Son costosos financieramente hablando, porque involucran para el Estado la necesidad de hacerse cargo de los gastos de atención inmediata y, una vez normalizadas las cosas, de reconstrucción. Estos recursos, como todo gasto público, emanan de la Ley de Presupuesto y del endeudamiento público, los cuales deben gastarse de acuerdo con el principio de legalidad del gasto público¹. Pero además la comunidad internacional suele contribuir con ayuda a los países devastados por estas pérdidas. La ayuda suele canalizarse a través de países y de donantes internacionales y su control es complejo, por los riesgos de mal uso de estos fondos y en especial por su falta de rendición, por su desperdicio y, eventualmente, por la corrupción a que puede llevar su manejo. El tsunami del año 2004 dio lugar

¹ En otro trabajo, he sostenido que “de conformidad con el ordenamiento presupuestario, los servicios de la Administración del Estado sólo pueden efectuar aquellos desembolsos que estén autorizados por la ley, de modo tal que los recursos asignados en sus respectivos presupuestos, deben ser empleados con sujeción a las normas legales que regulan su inversión, destinándolos al cumplimiento y desarrollo de las funciones y actividades que el ordenamiento jurídico ha radicado en cada organismo”. Pallavicini Magnère, Julio, El principio de legalidad del gasto público en materia financiera, en Anuario de Derecho Público 2011. Universidad Diego Portales (2011), pp. 215–216.

una ayuda aproximada de US\$ 13 billones, aportada por 56 países y una multiplicidad de organizaciones, lo que da cuenta del peligro del uso ineficiente de estos dineros.

Además, la Administración del Estado se encuentra en la obligación de salvar vidas y de atender las necesidades urgentes de la población que es afectada por la catástrofe, en particular las de los sectores más vulnerables. En estas condiciones debe actuar rápida, urgente y, ojalá, eficientemente. Sin embargo, el artículo 7° de la Constitución Política señala que ninguna magistratura ... puede atribuirse, *ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias*, otra autoridad ... que las que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. ¿Puede la autoridad darse el lujo de perder el tiempo consultando a sus asesores si tiene la potestad para adoptar tal o cual medida si la ciudad se encuentra inundada, en el suelo y sin energía eléctrica?

En tercer lugar, las catástrofes nublan el juicio de la comunidad y las autoridades no están exentas de perder la calma. Pero precisamente es la institucionalidad gubernativa la que no puede descontrolar. Las catástrofes naturales afectan a todos los habitantes de una zona geográfica específica y suspenden la provisión de servicios básicos: agua, electricidad, teléfono, entre otros, lo que produce inseguridad y angustia en la población, que puede verse aislada y con problemas de abastecimiento. En este contexto, la ansiedad por solucionar estos problemas puede dar lugar a malas y equivocadas decisiones.

Finalmente, el ordenamiento jurídico público es un derecho eminentemente formalista; exige un respeto estricto por las solemnidades que él impone, bajo sanción de nulidad y con la correlativa responsabilidad administrativa, civil y eventualmente penal. Es por algo que la denominada regla de oro del derecho público consiste en que los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y *en la forma*² que prescriba la ley. En este caso, el dilema consiste en

² Sin embargo, las formas no son un fin en sí mismas y por lo mismo la tendencia no formalizadora del derecho moderno está conteste en que su inobservancia no necesariamente acarrea la nulidad del acto que las incumple. Si las formas no son esenciales o pueden ser cumplidas posteriormente o que sean saneables no resulta razonable que el acto en que recaen sea eliminado del ordenamiento jurídico. Las formas están subordinadas al fin para el que se instauran. Esta tendencia se ha ido recogiendo en diversos textos legales y en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República. Es así como el inciso segundo del artículo 13 de la ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (LBPA), señala que “El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recaer en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado”. Además, el artículo 144 de la ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, previene que “Los vicios del procedimiento no afectarán la legalidad de la resolución que aplique la medida disciplinaria, cuando incidan en trámites que no tengan una influencia decisiva en los resultados del sumario”. Diversos estatutos especiales contienen la misma regla, como sucede con el artículo 142 de la ley N° 18.883, Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

La jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha dicho que se consideran trámites que tienen una influencia decisiva en los resultados del sumario administrativo aquellos cuya omisión priva al afectado del derecho a defenderse oportunamente, como ocurre con la declaración del inculpado, la formulación de cargos concretos o su formulación tardía, la notificación legal de los cargos o la sanción que se pretende aplicar. En estos casos no procede dar curso a la resolución que aplica una medida disciplinaria por haberse omitido trámites que la ley considera esenciales. En consecuencia, la orden de sustanciar un sumario administrativo emanada de una autoridad incompetente, la omisión de los trámites de apercibimiento para recusar al fiscal y al actuario, y

decidir en qué medida la atención de necesidades urgentes debe hacerse respetando las formas que el ordenamiento jurídico demanda como condición de validez de los actos administrativos. En tiempos de catástrofes las decisiones deben ser rápidas y expeditas y en muchas ocasiones las formalidades no deben ser obstáculo para que los más necesitados reciban la ayuda que merecen. Al final del día, el problema de la autoridad pública es un dilema entre hechos y derecho.

Sin embargo, voy a sostener que este no es más que un dilema aparente, y que aun en tiempo de catástrofe las autoridades públicas no quedan excepcionadas del cumplimiento estricto de la ley. Lo que propongo es ver este asunto desde una perspectiva de suyo evidente: que las catástrofes naturales ponen a prueba las medidas preventivas y las medidas correctivas. Las primeras corresponden al diseño institucional, al sistema normativo que el Estado ha definido *ex ante* como las reglas que debemos seguir en casos de catástrofe y a la capacidad de respuesta que debe tener definida por anticipado la Administración del Estado. Las segundas conciernen al respeto que sus órganos y agentes muestran por el Derecho y a la eficiencia con que ellos responden a las contingencias. El respeto supone la generación de la regla y naturalmente el conocimiento de la misma –de la potestad que ella lleva implícita y del margen de acción que le confiere– y es, por lo mismo, un asunto de prevención, el segundo es un tema de capacidad de reacción y, en consecuencia, de eficiencia en la ejecución.

Suele ocurrir que los gobiernos se escuden en la falta de una regulación adecuada para hacer frente a los imprevistos –argumento sobre una mala institucionalidad precedente–, que las necesidades son múltiples y los recursos escasos y que las cosas no están para justificar la legalidad de cada gasto o de cada medida singular que se adopte –argumento de reacción–. A mi juicio ambas explicaciones son falaces. En un sistema presidencialista como el que opera en Chile, corresponde al Presidente de la República, como órgano colegislador, y al Congreso Nacional, diseñar un marco institucional y jurídico que permita reaccionar frente a los imprevistos, en especial en un país como el nuestro en que la naturaleza se ensaña de cuando en cuando. Además, la Administración del Estado debe tener una estructura organizativa que esté en

la circunstancia de no haberse decretado el cierre del sumario, son hechos que, por su naturaleza no esencial, no vician el procedimiento sumarial, y por ende, la legalidad de la resolución que aplica una sanción, siempre que ésta haya sido impuesta por una autoridad competente (dictámenes 32.949/95, 2.680/99 y 3.737/99). También ha sostenido que el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia ha definido el verbo subsanar, entre otras acepciones, como el acto por medio del cual se repara o remedia un defecto. Por lo tanto, concluye, es lícito que un Órgano de la Administración pueda rectificar un acto administrativo que ha sido dictado con vicios de procedimiento o de forma, enmendando la imperfección, siempre que con ello no se menoscaben intereses de terceros (dictamen 20.568/05).

En materia de contratación administrativa ha dictaminado que el principio de libre concurrencia de los participantes (del inciso segundo del artículo 9° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, LOCBGAE) “persigue considerar las ofertas de todos los proponentes que han cumplido con los pliegos de condiciones, *sin que por errores sin trascendencia y no esenciales* queden fuera de concurso, y que mientras más numerosas sean las ofertas válidas que concurran a una licitación, mayor es el ámbito de acción de la Administración para elegir la propuesta más satisfactoria al interés público, en la medida, naturalmente, que no se transgredan los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los licitantes” (dictamen 49.350/03. En el mismo sentido 34.051/05, 28.542/04).

condiciones de reaccionar rápida y eficientemente frente a las catástrofes. Después de todo, de eso se trata la Administración, de atender las necesidades públicas no solo en tiempos de normalidad sino que también en los tiempos de anormalidad.

II. LOS MECANISMOS NORMATIVOS

En el ordenamiento jurídico existen una serie de instituciones jurídicas extraordinarias, heterogéneas, dispersas y excepcionales, pero potentes e intensas, que regulan las medidas que la Administración del Estado puede adoptar. Algunas de ellas dicen relación con el quehacer urbanístico, las cuales se encuentran detalladas en un trabajo de José Fernández Richard, al cual me remito ya que no considero necesario ahondar sobre el particular.³

a. El decreto de emergencia constitucional

Esta medida está prevista en el artículo 32, N° 20, de la Constitución Política de la República. Conforme a este precepto es una atribución especial del Presidente de la República cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley. No obstante el marco presupuestario fijado por la ley de presupuesto, el Jefe de Estado puede decretar pagos no autorizados por la ley, para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas.

Esta declaración debe ser materializada mediante un decreto supremo firmado por todos los ministros de Estado. Al concepto de “calamidad pública” que utiliza la Carta Fundamental se le ha dado un sentido amplio, entendiéndolo por ella la que afecta a una región, provincia, comuna o a un sector de la ciudad, sin que sea necesario que su generalidad se extienda a todo el territorio de la República. De ello se sigue que comprende no solo hechos de la naturaleza, sino que también incluye hechos del hombre, los que, como expusimos, no son relevantes para efectos de este trabajo.⁴

Se han dictado aproximadamente 20 decretos de este tipo –bajo la vigencia de diferentes constituciones políticas– y en lo que a catástrofes naturales se refiere, dicen relación con asuntos tales como sismos o terremotos⁵, en que se ha establecido la destinación

³ Fernández Richard, José, “Los eventos catastróficos y en especial el terremoto frente al Derecho. La responsabilidad de los órganos administrativos”, en Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, volumen 74 (2011), pp. 241 a 256.

⁴ Fernández González, Miguel Ángel, Estados de Excepción y Reformas Constitucionales, en Ius et Praxis, vol. 8, N° 1, Universidad de Talca (2002), pp. 199–221.

⁵ Decreto N° 978 de 1971, del Ministerio del Interior; Decreto N° 1.087 de 1971, también del Ministerio del Interior (por una calamidad pública por sismo en las Provincias de Atacama, Coquimbo, Rancagua, Valparaíso, Santiago y O’Higgins); Decreto N° 207 de 1985, del Ministerio de Hacienda (por una calamidad pública por sismo en las Regiones V y VI y en la Región Metropolitana de Santiago y en las Provincias de Curicó y Talca).

de fondos para atender a los damnificados, sequías⁶ y erupciones volcánicas⁷. También se han dictado instrumentos de este tipo para proveer el restablecimiento de las comunicaciones rotas entre dos o más localidades a raíz de la erupción de un volcán, lluvias y nevazones⁸ o de vientos, lluvias, nevazones, rodados, inundaciones y derrumbes.⁹

En todo caso, los gastos por ese concepto no pueden exceder el 2% de los montos autorizados por la ley de presupuesto, bien sea en moneda nacional o en dólares. De este modo, el Presidente de la República se encuentra constitucionalmente habilitado para que, mediante la vía administrativa, altere una norma de rango legal. Este es el sentido de la expresión “montos no autorizados por la ley”. A primera vista, es curioso que un decreto pueda modificar una norma jurídica de rango superior como lo es la ley, sin embargo ello no es extraño en nuestro ordenamiento jurídico. En función del principio de flexibilidad presupuestaria la estimación de ingresos y gastos contenida en la Ley de Presupuestos es modificada permanentemente mediante simples decretos firmados incluso “por orden” del Presidente de la República.

Además, la misma norma constitucional contempla expresamente una regla de responsabilidad: los ministros de Estado y los funcionarios que autoricen o den curso a gastos que contravienen este numeral, incurren en responsabilidad civil y política. Dicho de otro modo, estos recursos extraordinarios sólo pueden ser destinados a este fin. En caso contrario, los involucrados incurren en responsabilidad.

b. El estado de excepción constitucional (artículo 41 de la Carta Fundamental y ley N° 18.415, Ley Orgánica Constitucional que regula los Estados de Excepción Constitucional)

En un estado de normalidad institucional el Estado de Derecho supone el pleno respeto a las garantías constitucionales, que emanan de la naturaleza humana. No obstante, es inevitable que en situaciones de emergencia sea necesario fijar restricciones a estos derechos. Así el artículo 39 de la Constitución Política de la República establece ciertos casos en que el ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado en circunstancias expresas que la misma norma

⁶ Decreto N° 1.514 de 1970, del Ministerio del Interior (por calamidad pública por sequía en comunas de Putaendo, Puchuncaví y Til-Til).

⁷ Decreto N° 1.250 de 1971, del Ministerio del Interior (por calamidad pública por violentas erupciones de lava, cenizas y rocas del volcán Hudson, las que a su vez provocaron el deshielo de las nieves eternas, motivando de esta manera aluviones continuos en la zona del Valle de Huemules y lluvia de cenizas en casi toda la provincia. Ello ha inhabilitado en forma permanente diversos territorios anteriormente aptos para la agricultura y la ganadería, produciendo un daño irreparable en la población y la economía de la zona.

⁸ Decreto N° 864/71, del Ministerio del Interior (calamidad pública por temporales de lluvia y nevazones en las provincias de Valparaíso, Santiago y O'Higgins).

⁹ Decreto N° 601/84, del Ministerio de Hacienda (calamidad pública por vientos, lluvias, nevazones, rodados, inundaciones y derrumbes, ocurridos en el mes de julio de 1984, que han provocado cuantiosos daños materiales y personales en las comunas de las Regiones III, IV, V, VI, VII y en la Región Metropolitana de Santiago).

previene y que se denominan estados de excepción constitucional. Uno de estos estados es precisamente el estado de catástrofe.

La Constitución Política previene un requisito básico para su dictación, y es que estos estados sólo pueden ser declarados “cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado”. El estatuto del estado de catástrofe se encuentra regulado en la propia constitución política y en la ley orgánica constitucional N° 18.415.

Pues bien, el estado de catástrofe es declarado por el Presidente de la República¹⁰ mediante decreto supremo firmado además por los Ministros del Interior y de Defensa Nacional.¹¹

Es importante destacar que los decretos supremos que declaren el estado de catástrofe comienzan a regir desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial. Esto significa en los hechos, que estos estados suponen la toma de razón por parte del Contralor General.

La vigencia de estos decretos no puede prolongarse más allá de un año. Para un período superior, el Presidente de la República necesita acuerdo del Congreso Nacional. Esta declaración procede por calamidad pública, que es la misma expresión que utiliza el artículo 32, N° 20, y debe señalar cuál es la zona afectada por la misma.

Como consecuencia de esta declaración “el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.”¹². De este modo, la Carta Fundamental exige un requisito sustantivo para la dictación de las medidas que puede adoptar el Presidente: el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.

Una vez declarado el estado de catástrofe, las zonas respectivas quedan bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional que designe el Presidente de la República. Este asume la dirección y supervigilancia de su jurisdicción con las atribuciones y deberes que la ley señala.

c. Ley N° 16.282, Ley de Sismos y Catástrofes

Esta ley permite al Presidente de la República declarar una zona afectada por sismo o catástrofe. Para estos efectos, su artículo 1° señala que en el caso de producirse en el país sismos o catástrofes que provoquen daños de consideración en las personas o en los bienes, el Presidente de la República dictará un decreto supremo fundado.

¹⁰ Artículo 41 de la Constitución Política, en relación con el N° 5 de su artículo 32.

¹¹ Artículo 8° de la ley 18.415.

¹² Artículo 8° de la ley 18.415.

La Contraloría General ha precisado que los desastres o calamidades públicas, son *todo imprevisto emanado de una catástrofe natural o causada por el hombre, que generan desgracias en las personas o daños en los bienes, como son los sismos, inundaciones, etc.*¹³

Este decreto debe señalar las comunas, localidades, o sectores geográficos determinados de las mismas, que hayan sido afectados, llamadas “zonas afectadas”. Existen varias disposiciones especiales. En particular, su artículo 3° previene que para resolver los problemas de las zonas afectadas, el Presidente de la República podrá, por decreto supremo fundado, dictar normas de excepción del Estatuto Administrativo y de las leyes orgánicas de los servicios públicos, de instituciones autónomas o semifiscales.

La ley señala otras normas de excepción que se pueden dictar y que sólo podrán ejercitarse en los casos que expresamente indica, tales como la designación de autoridades y determinación de sus atribuciones o facultades¹⁴ o la exención del trámite de propuesta o subasta pública o privada a las reparticiones fiscales, semifiscales, de administración autónoma, a las empresas en que el Estado haya aportado capitales o tenga representación y a las municipalidades.

Es posible, asimismo, ratificar medidas tomadas por los organismos señalados en los momentos mismos del sismo o catástrofe y que hubieren requerido de norma de excepción y también reglamentar las condiciones por las cuales las instituciones semifiscales, de administración autónoma, las empresas en que el Estado haya aportado capitales o tenga representación y las municipalidades procedan a vender, entregar, dar en uso, arrendamiento o concesión, o en cualquier forma o condición jurídica, casas, sitios, locales o parcelas con prescindencia de las exigencias legales o reglamentarias vigentes a la fecha.

Esta última figura se asemeja bastante a los Reglamentos de Necesidad que reconoce la doctrina española y que han sido definidos como el *conjunto heterogéneo de medidas adoptadas por el poder ejecutivo bajo el común denominador de su justificación en una situación coyuntural de anormalidad o excepción, legitimante de la concentración en la autoridad ejecutiva con la suspensión del principio de jerarquía normativa.*¹⁵ En estos casos, se apoderan a los órganos gubernamentales o administrativos para corregir los efectos de dichas situaciones.¹⁶ Algunos les han denominado erróneamente reglamentos *contra legem*. No obstante, dado que estas medidas están expresamente permitidas por la ley, no pueden ser calificadas de ‘ilegales’.

¹³ Dictamen 8.286/86.

¹⁴ Esta potestad no se condice con el artículo 65, inciso cuarto, N° 2, de la Constitución Política, el cual previene que es materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones. Esta es una de las razones que ha motivado a un sector de la doctrina a sostener la inconstitucionalidad de esta ley.

¹⁵ Parejo Alfonso, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, cuarta edición revisada y actualizada, Tirant Lo Blanch, Valencia (2011), p. 146. En el mismo sentido, García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Romás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, decimoquinta Edición, Editorial Civitas, Thomson Reuters (2011), pp. 227–228.

¹⁶ Parejo, pp. 146–147.

A propósito de la ratificación de medidas administrativas, la Contraloría General tomó razón de una resolución del Gobierno Regional Metropolitano, que aprobó, bajo la modalidad de trato directo, dos contratos de prestación de servicios para el retiro de escombros, ambos de fecha 9 de septiembre de 2010, “en el entendido que constituye una regularización de los mismos, acordados con motivo de la urgencia ocasionada por el sismo del 27 de febrero de este año”, lo que no había sido consignado en ese acto administrativo. Sin perjuicio de lo anterior, añadió que la autoridad ejecutiva del Gobierno Regional Metropolitano debe procurar observar los principios de eficiencia, eficacia, transparencia y publicidad, contemplados en el artículo 3° de la LOCBGAE, “toda vez que la prestación de servicios sin previa autorización de trato directo, ni la suscripción y aprobación del respectivo contrato, priva a la Administración del Estado del necesario instrumento que resguarde sus intereses, al no contar, convencionalmente, con la facultad de resarcirse de los eventuales daños por el incumplimiento de obligaciones.” Finalizó con un llamado de atención a la autoridad, precisando que “acorde con lo señalado en los dictámenes N°s. 27.815, de 2008; 32.749 y 43.322, ambos de 2009; y 19.404, de 2010, de esta Entidad de Control, el retardo en la suscripción de los mencionados actos configura una infracción, tanto al artículo 8° de la citada ley N° 18.575, que impone a los órganos de la Administración del Estado la obligación de actuar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, procurando la simplificación y rapidez de los trámites, como al artículo 7° de la ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, relativo al principio de celeridad, conforme al cual las autoridades y funcionarios deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites pertinentes”.¹⁷

La ley N° 16.282 plantea serias dudas de constitucionalidad, pero hay factores quizás justificativos que tener en cuenta. En primer término, este texto fue modificado mediante la ley N° 19.095 el año 1991, esto es, bajo la plena vigencia de la Constitución Política de 1980. Al analizar la constitucionalidad de esta ley, la Comisión de Constitución del Senado concluyó que ella era compatible con la Carta Fundamental, no obstante lo cual, hizo presente la necesidad de que el Ejecutivo procediera a una completa revisión de esa ley, con el objeto de adecuarla a la normatividad vigente.¹⁸ En segundo lugar, la Contraloría General ha sostenido que esta ley amplía la esfera de beneficios de los particulares con el fin de brindar apoyo o protección extraordinaria a los damnificados por sismos o catástrofes, facultades que presentan un carácter excepcional sólo en el marco de las competencias y procedimientos de la Administración del Estado. Agrega que esta ley incide en un ámbito ajeno y complementario de los estados de excepción constitucional y específicamente del estado de catástrofe

¹⁷ Dictamen 66.725/10.

¹⁸ Silva Bascuñán, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo X, Estados de excepción constitucional; gobierno y administración interior del Estado; reforma constitucional, Congreso Nacional, Editorial Jurídica (2004), p. 42.

y concluye que este texto legal, dictado bajo el amparo de la Constitución Política de 1925, es plenamente compatible con la actual Carta Fundamental.¹⁹

Es así como bajo la vigencia de la actual Constitución Política se han dictado 52 decretos supremos que han declarado zona de catástrofe, sin que ninguno de ellos haya sido representado por la Contraloría General. Vale decir, la práctica institucional ha confirmado la vigencia de esta ley N° 16.282.²⁰

En materia de responsabilidad de los funcionarios públicos, es importante destacar que pese a lo exorbitante de estas medidas, las autoridades conservan la obligación de rendir cuentas a la Contraloría General por la inversión de los fondos públicos, y que se encuentra regulada en la resolución N° 759 de 2003, de esa Institución. Es así como la ley previene que “El Ministerio del Interior dará cuenta a la Contraloría General de la República de la inversión de los dineros que haya recibido como donaciones. El examen de las cuentas que rindan los organismos fiscales, semifiscales, por los actos o inversiones que hubieren realizado con ocasión de sismo o catástrofe, se apreciará por la Contraloría General de la República en conciencia, cuando faltaren documentos o comprobantes de la inversión realizada”.²¹

También indica que “En el examen de las cuentas que deban rendir personas o entidades que hayan recibido dineros del Ministerio del Interior, sea con cargo a erogaciones particulares o al dos por ciento [...] contemplado en [...] la Constitución Política del Estado o con cargo a fondos del Ministerio del Interior, el Contralor General de la Re-

¹⁹ Dictamen 32.786/89. En el mismo sentido se pronunció el dictamen N° 25.544/99.

De hecho, el año 2001, mediante el dictamen 25.507, la Contraloría General remitió al Senado diversos dictámenes relativos a los estados de excepción constitucional: 77.564 de 1972, 13.481 y 58.643, ambos de 1973, 40.756 de 1976, 2.978 de 1977, 24.612 y 33.441, ambos de 1982, 951 de 1983, 23.605 de 1984, 32.786 de 1989, 2.924 de 1997, y 25.544 de 1999.

²⁰ Creo que es interesante señalar que a través del dictamen N° 60.713/11, la Contraloría General de la República atendió una consulta de la Municipalidad de Maipú, la cual expuso que con ocasión del sismo verificado el día 27 de febrero del año 2010, la empresa Constructora Los Andes S.A. efectuó trabajos de emergencia para la reparación de diversos estanques del Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Maipú –SMAPA–, durante el período comprendido entre la fecha anotada y el día 8 de marzo del mismo año. Esa entidad precisó que no firmó contrato ni orden de trabajo alguna que formalizara la aludida prestación de servicios y que, atendido que la empresa le cobrara un monto –en su opinión– excesivo por las obras realizadas, requirió la evaluación de estas por un profesional independiente. Añadió que la empresa entregó una cifra estimativa del precio que, a su juicio, correspondía pagar al efecto, suma que, siendo ofrecida a la constructora, no fue aceptada por el municipio. Pues bien, la Contraloría informó que la corporación, en cuanto órgano integrante de la Administración, debe actuar con pleno respeto a los principios de proporcionalidad, racionalidad y objetividad, implícitos en el principio de juridicidad, consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política y 2° de la LOCBGAE, como asimismo, observando los principios de eficiencia en la utilización de los recursos públicos, previsto en los artículos 3° y 5° de la citada ley, y de buena fe en materia contractual, regulado en el artículo 1546 del Código Civil, aplicable en la contratación administrativa (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s. 41.356 y 51.254, ambos de 2002, y 31.991 y 60.500, ambos de 2008). En este orden de consideraciones, concluyó, “debe tenerse especialmente en cuenta que, según se desprende de lo expresado por el municipio recurrente, las reparaciones de que se trata fueron efectivamente realizadas por la empresa aludida, es decir, han sido útiles para el municipio y la comunidad, por lo que resulta indispensable que la retribución de las labores ejecutadas se verifique a la brevedad, pagándose lo que corresponda por tal concepto a la mencionada sociedad, pues, de no existir dicha contraprestación, se produciría un enriquecimiento sin causa en favor del municipio, lo que no se ajustaría a derecho (aplica criterio contenido en el dictamen N° 57.642, de 2007).”

²¹ Inciso final del artículo 5°.

pública apreciará en conciencia la prueba cuando faltaren documentos o comprobantes de la inversión y en otras situaciones semejantes; igualmente, en casos calificados, los juicios de cuentas podrán ser fallados en conciencia”²².

Esto implica que también la ley contempla la responsabilidad (en este caso civil extracontractual) de quienes no hayan rendido satisfactoriamente sus cuentas, toda vez que de una rendición extraordinaria se puede, y se debe, instruir un juicio de cuentas en contra de los funcionarios que hayan recibido, custodiado, administrado o pagado fondos destinados a los fines previstos por esta ley.

Con ocasión del terremoto del 27 de febrero, en Chile se dictaron los siguientes instrumentos: Decreto N° 150 de 2010, del Ministerio del Interior, que declara como zona afectada por catástrofe derivada del sismo a las regiones de Valparaíso, Libertador Bernardo O’Higgins, el Maule, del Bío-Bío, Araucanía y Región Metropolitana; Decreto N° 328 del mismo año, también del Ministerio del Interior; y Decreto N° 148 de 2011, de la misma Secretaría de Estado, que extiende la fecha hasta el 27 de febrero de 2012.

d. Ley 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, artículo 10, inciso séptimo

Conforme a esta norma, el Contralor General, de oficio o a petición del Presidente de la República, podrá, por resolución fundada, autorizar que se cumplan antes de su toma de razón los decretos o resoluciones que dispongan medidas que tiendan a evitar o a reparar daños a la colectividad o al Estado, originados por terremotos, inundaciones, incendios, desastres, calamidades públicas u otras emergencias ... siempre que no afecten derechos esenciales de las personas. El decreto o resolución que se acoja a la autorización prevista en este inciso deberá expresar la circunstancia en que se funda.

Precisamente, para hacer frente al sismo del 27 de febrero de 2010, mediante la resolución exenta N° 817, del 8 de marzo ese año, el Contralor General autorizó que los decretos y resoluciones que tiendan a evitar o a reparar los daños a la colectividad o al Estado, originados en el terremoto y calamidad pública, se cumplan antes de su toma de razón.

e. Ley 19.886, artículo 8°, letra c), Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios

De acuerdo con la letra c) del artículo 8° de la ley N° 19.886, los Órganos de la Administración del Estado pueden evitar el trámite de la propuesta pública –la regla

²² Artículo 45.

general en materia de contratación administrativa, según lo ordena el artículo 9° de la LOCBGAE y que está explícita en toda la ley N° 19.886–, siendo posible recurrir a licitación privada o al trato directo o contratación directa “En caso de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante, sin perjuicio de las disposiciones especiales para casos de sismos y catástrofes contenidas en la legislación pertinente”.²³

Con ocasión de esta norma la Contraloría General de la República ha emitido una serie de pronunciamientos. Es así como el dictamen N° 58.020 de 2010, sostuvo que si bien la normativa aplicable a la Junta Nacional de Jardines Infantiles no contempla disposiciones relativas a la forma de contratación de obras públicas, resulta procedente aplicar, de manera supletoria, aquellas contenidas en la referida ley N° 19.886 y en su reglamento. Agregó que esa institución puede acudir al trato directo para los fines que invoca, siempre que se dé cumplimiento a las exigencias contenidas en la recién citada normativa. Concluyó precisando que “para los mismos efectos, que según lo previsto en el artículo 1° del decreto N° 328, de 2010, del Ministerio del Interior, a partir de la fecha que menciona y por el plazo que expresa, en las zonas a que alude el decreto N° 150, del mismo año y origen, que señala como zona afectada por catástrofe derivada del sismo de gran magnitud a las regiones que indica, las adquisiciones, provisión de bienes, insumos y servicios que realicen todos los servicios públicos e instituciones que integran la Administración del Estado, incluyendo las municipalidades, y que se destinen a la atención de los damnificados, a superar la situación ocurrida, y a procurar el restablecimiento de las actividades de dichas zonas, se efectuarán extraordinariamente con exención del trámite de propuesta o subasta pública o privada.”

También ha sostenido que las autoridades administrativas deben “arbitrar las medidas necesarias a fin de cautelar que contrataciones como la que se autoriza en la especie, se dispongan en forma oportuna y, de este modo, que las mismas se sujeten al procedimiento de licitación pública (aplica criterio contenido en dictámenes N°s. 20.852, 27.662 y 35.806, todos de 2009)”.²⁴

f. Leyes Relativas al Gobierno y Administración Territorial

La legislación territorial también contiene disposiciones que facultan a los intendentes y alcaldes a adoptar medidas en estas materias. El artículo 2°, letra ñ), de la ley N° 19.175 (LOGGAR) señala que corresponde al intendente, en su calidad de representante del Presidente de la República en la región, “Adoptar todas la medidas necesarias para prevenir y enfrentar situaciones de emergencia o catástrofe”.

²³ La misma regla se contiene en el artículo 10, N° 3, del decreto N° 250 de 2004, del Ministerio de Hacienda, reglamento de la ley N° 19.886.

²⁴ Dictamen N° 23.027/10.

El artículo 4°, letra i), de la ley N° 18.695 (LOCM) indica que corresponde a las municipalidades, en el ámbito de su territorio, desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con “La prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones de emergencia o catástrofes”.

A propósito de este precepto, y de la obligación de promover el bien común y dar cumplimiento a los principios de servicialidad y de continuidad de la función administrativa, la Contraloría General señaló que la ley “ha dotado a la autoridad alcaldía de atribuciones suficientes para resolver y adoptar directamente las medidas internas necesarias para la buena y continua gestión administrativa, tanto en lo que concierne a los recursos humanos como materiales y financieros de la municipalidad, de conformidad con lo dispuesto, entre otros, en los artículos 5°, letras b), c), d) y f); 8°; 63, letras b), c), e), f), h), k) y l), y 65, letras e), f), i) y l), de la ley N° 18.695, y 8°, letra c), de la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos de Suministro y Prestación de Servicios.”.

No obstante, añadió que “tratándose de zonas declaradas como afectadas por catástrofe –lo que aconteció en la especie, entre otras, con la Región Metropolitana, según lo establecido en el decreto N° 150, de 2010, del Ministerio del Interior–, tales atribuciones deben ser concordadas con la normativa especial prevista en la ley N° 16.282 –cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto N° 104, de 1977, de la aludida Secretaría de Estado–, que contiene disposiciones permanentes para casos de sismos o catástrofes, entre las cuales se encuentran normas relativas a la coordinación –distinta de la que corresponde mantener normalmente– que deben tener los organismos públicos en estas situaciones, a la reparación de inmuebles y a la exención del trámite de propuesta o subasta pública o privada a las municipalidades, entre otras entidades.” Enseguida, concluyó que una municipalidad –en este caso, la de Huechuraba– “deberá, ante la situación excepcional y de fuerza mayor en comento, adoptar todas las medidas conducentes a restablecer, en coordinación con los demás organismos públicos, la continuidad de sus funciones, resguardar los inmuebles que administra y evitar situaciones de riesgo para el personal y la comunidad, evaluando las diferentes condiciones que concurren en cada caso.”²⁵

III. CONCLUSIÓN

Es una falacia sostener que en situaciones de catástrofe el principio de legalidad o el régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos pueda ser puesto en duda. Lo que ocurre es que en estas condiciones el ordenamiento normativo se ve tensionado por las particulares circunstancias que rodean un desastre natural. Existen una serie de mecanismos, constitucionales y legales, a los cuales la autoridad, central o regional, puede recurrir para atender las necesidades públicas y cumplir su deber de servicialidad.

²⁵ Dictamen N° 23.027/10.

Si bien las instituciones enumeradas en el capítulo anterior están cimentadas sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados (calamidad pública, sismos o catástrofes), el uso de esta técnica legislativa tampoco es extraña al ordenamiento jurídico. De lo que se trata es de dejar un margen de libertad a la Administración, cuyas decisiones están siempre (o al menos casi siempre) sometidas al control judicial y administrativo.

Las estructuras de control tampoco están desplazadas. Sucede que el control posterior desplaza al control previo. Tampoco puede sostenerse que la responsabilidad ceda ante la presión de las circunstancias. Sigue existiendo la responsabilidad de los funcionarios involucrados, sea civil, penal o administrativa.

Lo que sí se puede razonablemente sostener es que la Administración no puede paralizarse frente a una calamidad pública y que, por lo mismo, la responsabilidad de los involucrados debe ser ponderada de acuerdo a las particulares circunstancias sobrevenientes, pero ello no es sino una manifestación de la razonabilidad de la decisión, elemento que siempre debe ser ponderado en el derecho administrativo. Por ello, el ordenamiento jurídico tolera un grado de flexibilidad de actuación que excede las condiciones normales.

La Constitución Política y las normas legales resguardan las garantías constitucionales, no obstante lo cual circunstancias extraordinarias pueden justificar afectarlas de algún modo y con una intensidad proporcional a los hechos que motivan la actuación administrativa limitadora de las mismas. Precisamente por el grado de afectación que se puede dar en las garantías constitucionales, es que la ley –y, por qué no decirlo, el sentido común– exige una expresa motivación de los actos administrativos que las disponen. El decreto de emergencia constitucional debe ser firmado por todos los ministros, quienes quedan solidaria y personalmente comprometidos por el manejo de los fondos; la declaración de zona de catástrofe debe realizarse mediante un decreto supremo fundado y la posibilidad de obviar la licitación pública debe ser fundada en los motivos que la ley expresamente establece. Por ello también los regímenes jurídicos son siempre excepcionales: rigen por períodos determinados y en zonas determinadas.

En suma, a mi juicio las catástrofes no significan en modo alguno que el respeto a la ley ceda a la tentación de actuar al margen de sus normas. Es precisamente en estas condiciones que la Administración del Estado actúa conforme a la Constitución Política de la República y a la ley.

BIBLIOGRAFÍA

- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, Estados de Excepción y Reformas Constitucionales, en *Ius et Praxis*, vol. 8, N° 1, Universidad de Talca (2002).
- FERNÁNDEZ RICHARD, José, “Los eventos catastróficos y en especial el terremoto frente al Derecho. La responsabilidad de los órganos administrativos”, en

Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, volumen 74 (2011).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Romás–Ramón, Curso de Derecho Administrativo, tomo I, decimoquinta Edición, Editorial Civitas, Thomson Reuters (2011).

PALLAVICINI MAGNÈRE, Julio, El principio de legalidad del gasto público en materia financiera, en Anuario de Derecho Público 2011. Universidad Diego Portales (2011).

PAREJO ALFONSO, Luciano, Lecciones de Derecho Administrativo, cuarta edición revisada y actualizada, Tirant Lo Blanch, Valencia (2011).

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo X, Estados de excepción constitucional; gobierno y administración interior del Estado; reforma constitucional, Congreso Nacional, Editorial Jurídica (2004).