REPUBLICA DE CHILE
PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA
Comisión Nacional de la Reforma
Administrativa (CONARA)

* * * * * * * *

INFORME SOBRE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

= = = = = = = =

MISION REALIZADA EN CHILE DURANTE LOS DIAS 1° AL 31 DE OCTUBRE DE 1979

POR

FRANCISCO GONZALEZ NAVARRO

Consultor de las Naciones Unidas en Procedimientos Administrativos del Proyecto CHI/77/001.- Reforma Administrativa y Desarrollo Regional.-

DOCUMENTO ANEXO

TOMO II

PRIMERA PARTE

ANTECEDENTES

[illegible]

[illegible]

Pág.

S E G U N D A P A R T E

INFORME

Pág.

TERCERA PARTE

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

PRIMERA PARTE

ANTECEDENTES

1.- INTRODUCCION

1.1 Ambito del informe a realizar

A) En el contrato suscrito por con Naciones Unidas, y que lleva fecha 25 de septiembre de 1979, el trabajo que, en mi calidad de consultor internacional, me comprometí a realizar durante mi estancia de un mes en Chile se concretaba en los siguientes términos:

a) Preparar un breve estudio de Derecho administrativo comparado que, comprendiendo algunas Administraciones públicas de características similares a las de Chile que hayan realizado estudios en materia de simplificación de procedimientos administrativos, sirva para definir la naturaleza, ámbito y proyecciones en tal materia.

b) Analizar someramente la organización de la Administración Central chilena, para colaborar con CONARA en la identificación de los procedimientos administrativos especiales de mayor relevancia y que potencialmente presenten posibilidades de simplificación que mejor puedan contribuir al actual proceso de desburocratización.

c) Recomendar la metodología que debe seguirse en los estudios de simplificación de procedimientos administrativos especiales, definiendo específicamente la forma en que CONARA y los organismos afectados podrían realizar conjuntamente dicha tarea, incluso con el concurso de firmas consjltoras locales que se contrataran a tales efectos.

B) Incorporado, con fecha 1 de octubre de 1979 a mi puesto de trabajo, para colaborar en el Proyecto correspondiente (CHI/77/001), en la Orden del dia 2 del mismo mes y año, la Vicepresidencia de CONARA ha concretado y matizado el planteamiento inicial, de forma que mi trabajo ha de abarcar lo siguiente:

a) Proposiciones para agilización de procedimientos especiales.

b) Bases para un proyecto de D-L sobre procedimientos administrativos.

c) Aspectos de organización y métodos (reforma de atención directa al usuario).

d) Conseptos generales sobre tribunales contencioso-administrativos.

C) Si se analizan los términos de la oferta contractual de Naciones Unidas, por mí aceptadas, y las Instrucciones recibidas de la Vicepresidencia de CONARA, es fácil observar que mientras los tres primeros apartados de estas instrucciones coinciden en esencial con el alcance que el informe ha de tener según lo pactado, el último apartado supone una adición importante: control judicial por los tribunales contencioso-administrativos.

En todo caso se trata de una adición que en mi opinión era necesaria pues viene a llenar una laguna facilmente detectable en aquella oferta, porque el análisis de la acción administrativa desde el ángulo jurídico no puede omitir el control de la misma por una organización imparcial e independiente cual es la judicial.

Por lo que respecta al estudio de Derecho comparado expresamente mencionado en la letra a) de la oferta contractual debe entenderse naturalmente implícito en las instrucciones de la Vicepresidencia, pues si algo puede aportar un consultor externo es evidentemente una información y una experiencia foráneas. Finalmente, la concreción del estudio a la Administración Central que sugiere la letra C) del contrato implica dar por resuelto, sin analizarlo, un problema que es fundamental, según se verá después, cuál es el del ámbito de aplicación de las posibles actuaciones -jurídicas o de otro tipo- en este campo. Por eso he analizado -someramente, como se me indicaba- la Administración Central chilena, pero tam-

bién las restantes Administraciones públicas, e incluso hago referencia a las Corporaciones de Derecho público que, aún debiendo ser consideradas en principio como personas jurídico-privadas, en la medida en que desenvuelvan funciones administrativas actuan bien en virtud de delegación de la Administración bien como resultado de una descentralización hecha a su favor. En el Anexo III he recogido asimismo unos organigramas sobre la organización ministerial chilena que aparecen en el recientísimo Manual (ed. agosto 1979) del Profesor Hugo Caldera Delgado, de la Universidad de Chile y que permiten obtener una visión global muy completa de la actual estructura de la Administración Central.

En definitiva, pues, he procurado no solo cumplir -como era obligado- los términos del pacto con Naciones Unidas sino que, además, me extiendo más allá analizando los problemas con referencia a todas las Administraciones públicas de Chile e incluyendo también en el marco de este estudio el control judicial de la acción administrativa por los Tribunales de lo contencioso administrativo.

1.2 Documentación utilizada para confeccionar este informe

El presente informe se hace de cara a una realidad muy concreta -la de Chile en este momento de su historia- realidad que he procurado conocer y comprender en la medida en que me ha sido posible. Es cierto que a un consultor externo se le han de escapar muchos matices y que rara vez puede captar en todo su alcance unos problemas que tienen una ubicación geográfica muy lejana a su entorno habitual. Máxime si, como ocurre en mi caso, se ha dispuesto de tiempo muy escaso para una tarea de por sí ardua incluso para los nacionales. Pero no es menos cierto también que, a veces, ese mismo alejamiento de la cotidiana peripecia interna permite apreciar aspectos que al nacional se le escapan. Es alejándose del valle y ascendiendo a la montaña como se puede tener una visión completa de aquél.

En todo caso, la información documental que he manejado, y que a continuación relaciono, ha sido completada con largas reuniones en las que los mandos y funcionarios de CONARA, con paciencia infinita, han ido contestando a mis preguntas, me han aclarado dudas, me han hecho sugerencias y, en su caso, me han formulado objeciones muy oportunas.

A los efectos de la indispensable adecuación de este informe a la realidad, me han sido particularmente útiles los siguientes textos:

a) "Declaración de principios del Gobierno de Chile", de 11 de marzo de 1974.

b) El documento "Objetivo nacional de Chile", de 23 de diciembre de 1975.

c) "Normas fundamentales del Estado de Chile", núm.2, textos al día 31 de octubre de 1976, edición preparada por los profesores E. Soto Kloss y G. Fiamma Olivares.

d) "Estatuto jurídico de la regionalización. Textos actualizados y concordados al 21 de mayo de 1977", de D. Hernandez Emparanza.

e) "La reforma administrativa integral chilena y el proceso de regionalización. Conceptualización, estado de avance y proyecciones", de J. Canessa Robert, I. Dobud Urqueta y A. Gonzalez Samohod, ed. CONARA, 1978.

f) "La regionalización chilena un proceso histórico. Bases jurídicas y conceptuales de este Sistema de Gobierno y Administración del Estado, en el contexto de la Reforma Administrativa de CONARA y su contribución a la nueva institucionalidad chilena", de A. Gonzalez Samohod, ed. CONARA, 1978.

g) "Lo contencioso administrativo", conteniendo las Ponencias de las jornadas celebradas en la Universidad Católica de Valparaíso presentadas por los profesores O. Oelckers Camus, P. Pierry Arrau, H. Pitto Dalmazzo y M. Daniel Argandoña, en noviembre de 1975.

h) "Manual de Derecho Administrativo", de Hugo Caldera Delgado, edición de 1979.

i) Decreto-ley 2345/78, que otorga facultades al Ministerio del Interior en materias de desburocratización y agilización de la Administración del Estado.

j) Diversas circulares del Ministerio del Interior que ejecutan el citado Decreto-ley, en particular la Circular Nº 13, de 30 de enero de 1979.

k) Tres proyectos de Ley de Procedimiento administrativo elaborados en CONARA, que se incorporan como Anexo II a este informe.

l) El documento "Programas Ministeriales 1979".

m) El Proyecto de nuevo texto Constitucional, remitido al Presidente de la República en 18 de octubre de 1978, por el Presidente de la Comisión de Estudio de la nueva Constitución política de la República, así como el Informe de la misma Comisión conteniendo la fundamentación e ideas precisas del anteproyecto, y que había sido remitido también al Presidente de la República en 16 de agosto del mismo año.

2. EL MARCO CONSTITUCIONAL

Punto de partida inexcusable en el estudio que aquí se hace es el marco constitucional, dentro del cual, necesariamente ha de discurrir la acción administrativa, cuyo cauce es el procedimiento administrativo.

Dos observaciones previas me interesa hacer aquí:

a) Que de los rasgos del Nuevo Estado chileno y de los principios que lo inspiran me limito a reseñar aquí aquellos que pueden tener interés desde la óptica elegida: el procedimiento administrativo. De aquí que, por ejemplo, resulte innecesario recoger aquí su beligerancia antimarxista expresa y reiteradamente proclamada (Of. Declaración de Principios, III, 5).

b) Que la expresión "Nuevo Estado" la utilizo en su propio y extricto sentido pues con toda claridad se ha dicho que se trata de iniciar una nueva etapa en el destino nacional: "...el actual Gobierno ha sido categórico para declarar que no pretende limitarse a ser un Gobierno de mera administración, que signifique un paréntesis entre dos Gobiernos partidistas similares o, en otras palabras, que no se trata de una "tregua" de reordenamiento para devolver el poder a los mismos políticos que tanta responsabilidad tuvieron por acción u omisión, en la virtual destrucción del país. El Gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden, aspira a iniciar una nueva etapa en el destino nacional, abriendo el paso a nuevas generaciones de chilenos formados en una escuela de sanos hábitos cívicos" (Declaración de principios, 6, letra a).

2.1 Rasgos del Nuevo Estado chileno que importa retener a efectos de nuestro análisis

2.1.1 Un Estado de Derecho.- Entre los valores esenciales en que se sustentan las Bases de la Institucionalidad chilena, se destaca "el concepto de Estado de Derecho, que supone un orden

jurídico objetivo e impersonal, cuyas normas inspiradas en un superior sentido de justicia obligan por igual a bogernantes y gobernados" (Acta Constitucional Nº 2, Considerando 4, letra c).

La trascendencia jurídica de esta proclamación no puede desconocerse porque el Derecho es condicionamiento y es límite del actuar de la Administración. El Derecho administrativo concretamente, que es el que aquí nos interesa, es el Derecho del Poder pero es también el Derecho de la Libertad. Por eso, cuando se afirma que el Estado de Chile es un Estado de Derecho se está contrayendo un compromiso de libertad. El profesor chileno Hugo Caldera ha expresado esto con una ecuación:

derechos individuales + principio de legalidad administrativa + control jurídico + responsabilidad del Estado = Estado de Derecho.

y en otro lugar añade: "...desde el punto de vista del gobernante, el Derecho constituye un freno, una barrera que entraba el libre y discrecional ejercicio de las funciones propias del poder, esto es, de la Administración." (Cpr. pág. 89 y también pág. 7 de su Manual, ed. de 1979).

Anotemos, pues, dos ideas de cara a las proposiciones que en este informe hay que formular: son la idea de control jurídico (esto es, control regulado por el Derecho) y la de responsabilidad <u>del Estado</u> (y subrayamos con intencionalidad que la responsabilidad va referida al Estado porque no basta con hablar de responsabilidad del funcionario).

2.1.2 <u>Un Estado democrático</u>.- Este rasgo se halla proclamado reiteradamente e incluso explicitado en términos que no dejan lugar a dudas sobre el sentido que se quiere dar al polisémico adjetivo: "Chile es una República que se estructura como una <u>nueva democracia</u> con participación de la comunidad y dotada de mecanismos que aseguren su protección, fortalecimiento y autoridad" (Acta Constitucional Nº 2, art. 5) "...La Junta de Gobierno entregará oportunamente el poder político a quienes el pueblo elija a través de <u>un sufragio universal</u>, libre, secreto e informado" (Declaración de Principios III, 6). "Nuestra discrepancia con los

opositores al Gobierno no está en el inexistente dilema entre democracia y disctadura o entre democracia o fascismo, porque la nueva institucionalidad política se ha inclinado siempre, resueltamente hacia la democracia, que mirará hacia modernas formas que se establecerán para la renovación de autoridades y poderes. Profundizando más, la verdadera diferencia con los opositores reside en los caracteres de la democracia a la cual debemos tender, y la forma de avanzar a su concreción. En efecto, para ellos la democracia es un fin en sí misma, del cual suponen que brotará necesaria y automáticamente esa sociedad libre, segura, progresiva y justa que anhelamos. Será el recurso mágico de solución inmediata a los males nacionales y sociales. Para nosotros, en cambio, la democracia -como forma de Gobierno- es un medio, que diseñado adecuadamente y acorde con la realidad a la cual deberá aplicarse, resulte eficaz para propender a los objetivos enunciados" (Mensaje del Presidente Pinochet, recogido en El Mercurio del 12 de septiembre 1979, C 7).

Desde el punto de vista de nuestro estudio este rasgo del Estado merece destacarse por lo que tiene la democracia de control y de participación. Subrayado ya el aspecto del control en el apartado anterior, debe aquí insistirse en el aspecto de la participación.

Porque aunque fuera posible aislar una decisión administrativa químicamente pura, sin contenido político alguno, (y cuantos se han ocupado del llamado "acto político" han podido comprobar lo utópico de semejante intento) es evidente que la esencia participativa de la democracia no tiene por qué detenerse en lo estrictamente político. En la elaboración de un plan de desarrollo o de un plan de urbanismo puede y debe darse participación a los interesados, aunque no puedan invocar un derecho subjetivo propíamente dicho, siendo el suyo -en la terminología jurídica- un interés simple, un interés no protegido jurídicamente, pero que por esos cauces participativos puede manifestarse y hacerse notar. Por ello, cuando en la declaración de principios se habla de una democracia orgánica, social y de participación (III, 6, letra C) hay que pensar también en la presencia de los grupos de intereses (patrones, obreros, intelectuales, universidades) en actuaciones administrativas que les afectan o pueden afectarles.

2.1.3 Un Estado unitario regionalizado.- "El Estado de Chile es unitario. El país se divide en regiones y su administración es funcional y territorialmente desconcentrada" (Acta constitucional Nº 2, Art. 1).

Al respecto debe subrayarse:

a) La regionalización de que aquí se habla está concebida como división administrativa del Estado. No se trata, por tanto, de crear unas nuevas personas jurídico-públicas sino de articular adecuadamente la gestión administrativa de la persona Estado.

b) La voz desconcentración está pues aquí correctamente empleada, pues se trata de transferir competencias de un órgano administrativo a otro órgano de la misma persona jurídica. La advertencia resulta oportuna por cuanto que en un primer momento, e incluso en textos posteriores a este Acta, se emplea con evidente imprecisión técnica, la voz descentralización junto a (o en lugar de) la voz desconcentración. Si las regiones tuvieran personalidad jurídica podría hablarse de descentralización. Al no tenerla, al tratarse meras divisiones administrativas, lo correcto es hablar de desconcentración.

Desde el punto de vista de nuestro estudio resulta importante añadir también:

a) Que esa "loca geografía" de Chile y su particular configuración que la hacen como una "vaina de espada angosta y larga", al decir de Góngora Marmolejo, o como un remo ancho en el Norte y afinado en el Sur, según lo veía Gabriela Mistral, no pueden ser olvidados a la hora de abordar la elaboración de una Ley que quiere regular una actuación administrativa que va a operar precisamente sobre tan original cuanto vasto y diverso territorio.

b) Que aparte de la desconcentración -transferencia interorgánica de funciones operada por norma jurídica-es de utilidad para dar agilidad a la actuación administrativa la delegación de funciones -transferencia realizada por simple acto- por lo que una Ley de procedimiento administrativo no debe omitir referirse a ella.

2.2 Principios inspiradores de la acción administrativa del Estado chileno que deben ser tenidos en cuenta aquí.

2.2.1 Principio de sujeción al ordenamiento jurídico.

La positivista fórmula -sujeción a las leyes- que aparece en las declaraciones gubernamentales, quizá debiera sustituirse por la más exacta y comprensiva de sujeción al Ordenamiento jurídico. Porque la ley, el Derecho escrito, no agota todo el Ordenamiento jurídico. Este se integra también de la costumbre -Derecho consuetudinario- y de los Principios Generales del Derecho, que dan sentido, orientan e informan la legislación de un país en un momento determinado.

En todo caso, si la Administración está sometida a la ley se impone la existencia de unos mecanismos que permitan controlar la adecuación de su actuar con lo dispuesto en aquélla.

Las consecuencias que se derivan de la formulación de este principio son, pues, a los efectos que aquí interesan, importantísimos. Porque en la medida que ese control es consecuencia de un principio general, por lo demás positivizado, mientras ese control no esté debidamente instrumentado, aquella declaración es pura retórica.

2.2.2 Principio de subsidiariedad

Se formula entérminos muy precisos en el apartado II, num.4 de la "Declaración de Principios del Gobierno de Chile", de 11 de septiembre de 1974: "Aplicado este principio al Estado, debemos concluir que a él le corresponde asumir directamente sólo aquellas funciones que las sociedades intermedias o particulares no están en condiciones de cumplir adecuadamente, ya sea porque de suyo desbordan sus posibilidades (caso de la Defensa Nacional, las labores de Policía o las Relaciones Exteriores), o porque su importancia para la colectividad no aconseja dejar entregadas a grupos particulares restringidos (caso de los servicios o empresas estratégicas o fundamentales para la nación), o porque envuelven una coordinación general que por su naturaleza corresponde al Estado. Respecto al resto de las funciones sociales, solo puede entrar a ejercerlas directamente cuando las sociedades intermedias que de suyo estarían en condiciones de asumirlas convenientemente, por negligencia o fallas no lo hacen, después de que el Estado haya adoptado las medidas para colaborar a que esas deficiencias sean superadas. En este caso el Estado actúa en subsidio, por razón de bien común". (Subrayados del original).

En aplicación de este principio, la Circular num.155, de 21 de diciembre de 1978, dispuso que por los distintos Departamentos se procediera a estudiar las funciones que actualmente realizan los Servicios, con el propósito de determinar cuáles de ellas podrían ser traspasadas al Area privada.

Es claro que el correspondiente traspaso de funciones a dicho Sector tendrá, como lógica consecuencia, la desaparición del cauce formal a través del que venga desenvolviéndose aquélla.

2.2.3 Principio de igualdad.- La idea de igualdad, tan cara al pensamiento revolucionario de todos los tiempos, expresamente proclamada en la nueva legalidad chilena es, ante todo, igualdad ante la ley. Es, después, igualdad ante las cargas públicas, que para serlo realmente ha de ser matizada por la incidencia del principio de la proporcionalidad. Es por último, igualdad de oportunidades, "no admitiendo otra fuente de desigualdades entre los seres humanos que las que provengan del Creador o del mayor mérito de cada cual" (Declaración de principios, III, 4, letra a).

Aparte de su vigencia inesquivable en toda la actuación administrativa, de forma que los mecanismos formales que encaucen aquella no pueden en ningún caso prever un trato desigual en perjuicio de un individuo, clase o grupo social, es posible extraer algunas aplicaciones prácticas de interés en nuestro campo, para evitar que el cumplimiento de las reglas procesales o el ejercicio de los derechos resulte más gravoso a unos ciudadanos que a otros.

Es una forma de ver, por ejemplo, el tema de la presentación de escritos y documentos administrativos evitando mediante la instrumentación de técnicas adecuadas, que los ciudadanos que no viven en la capital de la Nación o en alguna de las grandes aglomeraciones urbanas del país, tengan que realizar desplazamientos, siempre molestos y nunca gratuitos, para cumplimentar aquel trámite.

2.2.4 Principio de desburocratización

Reiteradamente se viene insistiendo por el Gobierno en este principio como una de las claves de su actuación. Con la voz "desburocratización" se quiere aludir a un conjunto -como tal coherente- de acciones tendentes a conseguir una Administración pública capaz de dar una respuesta ágil y eficaz a las demandas de los nuevos tiempos.

La Circular núm. 155 de 21 de diciembre de 1978, del Ministerio del Interior, órgano al que según luego se dice están ligados por relación de dependencia funcional los restantes Ministerios y órganos de la Administración del Estado en esta materia, contiene una descripción de medidas a adoptar para lograr aquellos fines. Aunque la enumeración que hace adolece de falta de sistema, vale la pena transcribirla pues permite hacerse una idea bastante aproximada del alcance que se da a aquella expresión. De las seis letras del número 2 de la referida Circular interesan a nuestros efectos las cinco primeras, pues la sexta -la f- hace referencia al principio de subsidiariedad:

a) Analizar trámites administrativos para suprimir los innecesarios, acortar plazos de entrega de informes, eliminar visaciones inútiles, descartar la petición de documentos o certificados inservibles, etc.

b) Examinar formularios vigentes para eliminar datos requeridos y que no sean indispensables, facilitar su uso al público, dejar espacios para la anotación de situaciones particulares. En relación a este punto, sería conveniente, estudiar las solicitudes exigidas a los usuarios con el propósito de que sean reemplazadas por simples formularios.

c) Analizar la delegación de funciones y la asignación de responsabilidades, específicamente los centros de decisión, a fin de evitar la concentración de éstas en un número reducido de funcionarios, asignar responsabilidades en forma clara y precisa determinando, incluso, plazos en cumplimiento de las tareas.

d) Estudiar los sistemas de procesamiento de información, tarjetas de registros, emisión de documentos, número de copias de éstos, flujo de informes, archivos y formularios en uso y mantención de documentación de años anteriores para introducir técnicas modernas de procesamiento, eliminar el registro de datos innecesarios, suprimir la emisión, despacho y archivo de copias de documentos inútiles y mantener sólo aquellos archivos indispensables.

e) Examinar los manuales de procedimiento en uso, reglamentos, instructivos e instrumentos legales que normen las prestaciones de servicios, con el objeto de modificarlos y actualizarlos, eliminando así, los impedimentos de índole legal que obstaculizan la agilización de la Administración del Estado.

2.2.5 Principio de servicialidad

Está declarado también expresamente y con reiteración: "La Administración Pública debe estar al servicio de la ciudadanía" (Objetivo Nacional, A,3,a,3). "...se propenderá a través de una profunda reforma de la Administración Pública a convertir a ésta en una carrera o escuela de servicio público" (Declaración de principios, III,5).

Sobre este principio descansa un nuevo concepto del funcionario público que de altanero ejerciente de una parcela más o menos amplia de poder se convierte en un servidor del ciudadano que paga ese servicio a través de los impuestos: "Todos los Jefes, cualquiera que sea su jerarquía, deberán atender en forma esmerada y cortés, cada vez que sean requeridos por algún interesado, teniendo presente que ésta es una de sus obligaciones más importantes. No podrá darse como excusa el hecho de que el Jefe está en reunión o que tiene las audiencias suspendidas" (Circular nº 13, 30 de enero 1979, Ministerio del Interior).

Este principio del carácter servicial de la Administración pública puede y debe tener además, una traducción jurídica sumamente importante en la consagración legal de la obligación de resolver que tiene la Administración y la introducción de la técnica del silencio administrativo de efecto negativo como defensa frente a la inactividad de la Administración.

Y por supuesto, la información al público y la recepción y tratamiento de sugerencias constituyen emanación de este principio.

3. REALIZACIONES Y PROYECTOS EN MATERIA DE REFORMA FUNCIONAL

3.1 Advertencia previa

La actuación del Nuevo Estado chileno en el campo de la reforma funcional ofrece manifestaciones muy diversas habiéndose operado en campos tan distintos como, pongamos por caso, la Administración financiera (Decreto-ley nº 1289, de 14 de enero de 1976, orgánico de la misma), o la extranjería y pase de fronteras (en particular el Decreto Supremo nº 1306 aprobando el Reglamento de extranjería).

Aunque, como es obvio, éstas y otras disposiciones han sido examinadas para confeccionar este informe, el mismo se apoya fundamentalmente en el análisis previo de aquellas realizaciones que se han hecho con visión general y de conjunto. En este aspecto importa tener en cuenta muy particularmente el Decreto-ley nº 2.345/78, por el que se otorgan facultades al Ministro del Interior en materia de desburocratización y agilización de la Administración del Estado, así como lo hecho en ejecución del mismo, bien por este Departamento, bien por los restantes Departamentos ministeriales a impulso de aquél.

Asimismo, me ha resultado útil la lectura de los Anteproyectos de Ley de Procedimiento Administrativo elaborados por la Comisión Nacional de la Reforma Administrativa (CONARA), los cuales son analizados luego en detalle y han sido incorporados como Anexo nº 2 a este Informe.

3.2 El Decreto-ley nº 2.345/78 y su ejecución. Análisis específico de la Circular nº 13 del Ministerio del Interior.

A) Con el propósito de introducir unos criterios de unidad en la llamada Reforma funcional, un Decreto-ley nº 2.345, de 1978, publicado en el Diario Oficial de 20 de octubre de 1978, atribuyó al Ministerio del Interior la función de "materializar, en forma unitaria, la política de desburocratización y agilización de la Administración del Estado" (art. 1º), con facultades para "disponer y controlar el cumplimiento de dicha política" (art. 4º).

Se atribuye pues, al Ministerio del Interior una posición de innegable supremacía, a estos efectos, sobre los restantes órganos de la Administración del Estado, en el sentido que esta expresión tiene en el citado Decreto-ley y que es el siguiente (art. 2º):

> "Por Administración del Estado se entenderán todos los organismos, a través de los cuales el Estado ejerce directa o indirectamente la función pública administrativa, y especialmente todos los Ministerios y reparticiones o entidades que de ellos dependan; todos los servicios públicos fiscales o semifiscales, sean de la Administración central o descentralizada; todas las empresas del Estado y las Municipalidades.
> Se excluyen de la expresión Administración del Estado, para los fines del presente decreto-ley, exclusivamente a las Fuerzas Armadas y de Orden, al Poder Judicial y a la Contraloría General de la República".

Incluso puede afirmarse, a la vista de las funciones que se le atribuyen, que más que de simple supremacía (cuya traducción sería la tutela) puede hablarse del establecimiento de una verdadera relación de dependencia funcional (o especializada) de los Departamentos ministeriales respecto del Ministerio del Interior (cfr. en este sentido los artículos 3° y 6°, aparte del ya citado artículo 4º).

B) Acatando la política desburocratizadora y de agilización impulsada desde el Ministerio del Interior, los Ministerios y órganos que a continuación se dicen han adoptado las siguientes medidas:

a) Ministerio de Hacienda.

-Publicación del D.S. nº 910 de 21.nov.979, cuyo objetivo fundamental radica en dar facilidades para que los contribuyentes puedan cumplir sus compromisos, especialemente en lo que respecta a uniformar las fechas de pago de tributos con diferentes vencimientos.

-Instrucciones a la Tesorería General y a la Casa de Moneda, para que coordinen un sistema que permita a la Tesorería, hacerse cargo de la distribución de las especies valoradas que encarga confeccionar, con lo cual la Casa de Moneda deja de desempeñar una tarea ajena a su función.

-Instrucciones al Servicio de Tesorerías y a la Superintendencia de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio para establecer un método de trabajo en que no se exiga a tales Sociedades en formación estar inscritas en el Rol respectivo, para poder extenderles el R.U.T. y para aceptarles el pago de determinados impuestos.

b) Tesorería General de la República

-Ha determinado que cuando las circunstanciss lo aconsejen, el horario mínimo de atención de público vigente, se prolongará de acuerdo a las necesidades del momento (vencimiento del IVA, Bienes Raíces, Rentas, etc.).

-Para la selección del personal que ingrese al Servicio o ascienda, ha establecido, además de los requisitos estatutarios, el cumplimiento de otros de eficiencia, a fin de obtener una dotación de funcionarios idóneos.

c) Ministerio de Educación Pública

Acogiendo una sugerencia de ODEPLAN, ha emitido una circular en queelimina la exigencia del Certificado de Residencia para obtener matrícula en los colegios.

d) Ministerio de Tierras y Colonización

-Ha concedido autorización para que los Jefes de Secciones firmen providencias de mero trámite.

-A fin de conformar un criterio uniforme en materia de plazos, ha dispuesto que los asuntos urgentes tengan un plazo de tramitación de 48 hrs.; que el de brevedad se sumpla en 8 días, siendo el máximo, el correspondiente a 30 días.

e) Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

-Ha simplificado el procedimiento empleado por los inspectores en sus visitas fiscalizadoras, confeccionándose un nuevo formulario que elimina el oficio de instrucciones, representando las infracciones constatadas.

C) La tarea de impulsión del Ministerio del Interior se ha manifestado normativamente en tres Circulares:

-la número 155, de 21 de diciembre de 1978 cuyo contenido ya ha sido transcrito al hablar del principio de desburocratización,

-la número 13, de 30 de enero de 1979, sobre inexigibilidad del llamado "certificado de supervivencia", y

-la número 14, de la misma fecha, que imparte instrucciones desburocratizadoras que, por su interés, merecen ser analizadas por separado.

D) Análisis de la Circular núm. 13, de 30 de enero de 1979, del Ministerio del Interior. Esta Circular ofrece interés, por cuanto en ella se advierte un a modo de boceto de lo que puede ser en su día una Ley de Procedimiento administrativo. Su contenido es, en síntesis, el siguiente:

a) Atención al público (Instrucción 1a.)
b) Reuniones periódicas con subordinados (Inst. 2a)
c) Quejas (Inst. 3a y 5a)
d) Sugerencias de funcionarios. Fomento de las mismas. (Inst. 4a)

e) Capacitación del personal (Inst. 5a)
f) Normalización de solicitudes (Inst. 8a)
g) Recepción de solicitudes y tramitación de las mismas (Inst. 7a, 9a, 11a)
h) Consignación del número de teléfono en las solicitudes (Inst. 10)
i) Extravío de antecedentes (Inst. 12)
j) Tiempo para resolver y control de insumplimiento (Inst. 13 y 14).
k) Delegación de firma (Inst. 15)
l) Responsabilidad por incumplimiento (Inst. 16)

La relación de cuestiones que se regulan en estas Instrucciones ponen de relieve una cierta ehetogeneidad de contenido y una atención a pequeños problemas cuya solución indudablemente contribuirán a mejorar la eficacia de la Administración y a crear una mejor clima en las relaciones entre el ciudadano y aquélla.

En todo caso, y sin negar lo certero del camino emprendido parece que queda aún largo trecho por recorrer antes de conseguir aproximarnos a la meta de una actividad administrativa agil y eficiente.

Gran parte de las Instrucciones se mueven en un terreno casi puramente pragmático y no se si la comunicación de eventuales responsabilidades contenida en la Instrucción 16 habrá servido, por ejemplo, para conseguir avanzar seriamente en materia de capacitación funcionarial.

Por lo demás, se advierte una casi total ausencia de atención al tema de las garantías del ciudadano, tema inesquivable en un auténtico Estado de Derecho, donde la Administración ha de moverse entre esos dos frentes de la garantía y de la eficacia, ideas a primera vista, opuestas pero finalmente conciliables.

3.3 Los proyectos CONARA de Ley General sobre la acción administrativa.

La Comisión Nacional de la Reforma Administrativa viene trabajando hace tiempo en este tema y esos trabajos se han concretado hasta ahora en tres proyectos distintos que me han sido facilitados.

Voy a hacer aquí un ligero comentario de cada uno de ellos. Para identificarlos los designo por el apellido de la persona que más directamente ha intervenido en su elaboración o que ha cuidado la última redacción del correspondiente texto.

Los tres Proyectos aparecen incorporados como Anexo II a este Informe.

3.3.1 Proyecto Alvarez.- Es quizá el menos elaborado de los tres. Consta de noventa y cuatro artículos, distribuídos en cinco títulos que, respectivamente, tratan de:a) ámbito de aplicación; b) competencia; c) normas generales; d)recursos; e) responsabilidades de los funcionarios en el procedimiento administrativo.

Sin entrar en el detalle de un articulado -que, como el de los otros dos Proyectos puede consultarse en el correspondiente Anexo- creo que pueden formularse al mismo tres observaciones:

a) Es discutible la conveniencia de incorporar definiciones a un texto legal, técnica que se sigue en el extenso art. 6. Desde luego el Derecho comparado ofrece algún ejemplo en este punto, concretamente la Ley estadounidense de procedimiento administrativo emplea también esa técnica. Pero de reputarse conveniente su uso debe cuidarse mucho el texto lo que no siempre se hace en el caso que comentamos.

b) Parece excesivo que en una ley de 94 artículos se dediquen nada menos que 25 -o sea, más de la cuarta parte del total- a regular el llamado recurso de queja (arts. 53 a 77).

c) En el título V, bajo la rúbrica general de "Responsabilidades de los funcionarios en el procedimiento administrativo" se dedica una sección a tratar de las "Audicneicas" (arts. 92 al 94) bajo cuyo nombre se trata también de los informes técnicos. Pero incluso las que propiamente serían "audiencias" tienen un sentido distinto del que suele tener esta expresión en Derecho comparado, viniendo a ser más bien un tiempo destinado a visitas.

3.3.2 Proyecto Vergara.- Es más extenso que el anterior pues consta de 155 artículos más dos disposiciones transitorias. El srticulado se halla dividido en seis títulos que respectivamente tratan de: a) Principios y reglas generales; b) Del proceso de formación del acto administrativo; c) Del acto terminal; d) De la revisión del acto administrativo y de los recursos de la Administración; e) Del abandono del procedimiento; de la prescripción extintiva de la responsabilidad de los funcionarios del Estado; f) Normas complementarias destinadas a asegurar una eficiente administración; g) título final. Los títulos aparecen divididos en párrafos, menos el final.

Técnicamente tiene un nivel muy aceptable, encontrándose en él elementos muy positivos.

Si se quisiera mejorarlo, debería:

a) Introducirse algunas correcciones en la sistemática, bien introduciendo nuevas subdivisiones en alguno de los títulos, bien alterando el contenido de algunos de ellos, bien, finalmente, agrupando ciertos párrafos de títulos independientes.

b) Evitando ciertas reiteraciones -lo que podría hacerse regulando sólo la categoría general que agrupa determinadas especies- y suprimiendo ciertos preceptos tal vez excesivamente reglamentarios, con los que podría obtenerse una considerable reducción en la extensión del texto.

3.3.3 Proyecto Larrainzar.- Lleva fecha 28 de septiembre de 1978 y fue redactado por D. Ricardo Larrainzar Yoldi, Experto Internacional del Proyecto CHI/77/001.

El citado experto internacional ha realizado una inteligente adaptación a la realidad chilena del texto publicado en España en 17 de julio de 1958 y que con ligeras correcciones introducidas en 1963 continúa hoy en vigor, habiéndose acreditado a lo largo de estos años -que ya pasan de veinte- como un texto sumamente valioso.

Las críticas que habría que hacer al proyecto Larrainzar serían por tanto, las mismas que cualquier especialista español haría a la Ley 1958, concretada a determinados puntos en que dicha Ley parece perfectible.

Así, pues, con ligeros retoques, el Proyecto de que hablo podría servir de excelente punto de partida para una definitiva Ley chilena sobre la acción administrativa.

Sin entrar en el detallado análisis de dicho texto, que no es del caso en este momento, se me ocurre, sin embargo, que podría ser mejorado si se tiene en cuenta al menos lo siguiente:

a) La delegación interorgánica -transferencia realizada por simple acto administrativo- ser regulada en sus rasgos generales.

b) Debe quedar clara la distinción entre institución interorgánica y la sustitución del titular del órgano (que algunos llaman suplencia).

c) No debe omitirse el tema de la avocación que, por cierto, la Ley española se limita a mencionar, sin más.

d) Puede resultar útil la incorporación del artículo 34 de la Ley española -acumulación obligatoria de procedimientos- para resolver un problema que preocupa en Chile: el de la obtención de una pluralidad de licencias administrativas.

e) No debe desaprovecharse la oportunidad de regular el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado.

f) Tampoco debe desaprovecharse la oportunidad de regular el control judicial de la actividad administrativa.

Sobre todos estos temas -y algunos más- se ha de insistir más adelante en otro lugar de este informe.

3.4 Valoración de conjunto. Ventajas de una Ley general sobre la acción administrativa.

Al margen de las observaciones que acabo de hacer sobre el material analizado en los apartados precedentes, parece oportuno hacer una valoración de conjunto de lo hasta ahora realizado.

Pues bien, en mi opinión la reforma funcional adolece de una cierta dispersión, de una excesiva preocupación por el detalle, y no pone suficiente énfasis en el aspecto de la garantía jurídica de los particulares frente a la actuación administrativa.

Concretándome a este último aspecto, que es el que como jurista más me interesa, creo necesario subrayar la trascendencia que una mayor, e incluso preferente, atención a la vertiente jurídica -garantías del particular- de la actuación de la Administración pública puede tener de cara, no solo a mejorar la imagen del Régimen en el exterior sino también y muy particularmente en orden a la captación de nuevas adhesiones en el interior.

En este sentido considero de suma utilidad insistir en la línea que marcan los diversos Proyectos CONARA de hacer una Ley General de Procedimientos administrativos.

Llegado a este punto debo hacer una observación importante a fin de dejar establecida mi posición con toda claridad.

Como jurista hace tiempo que dejé de profesar culto al viejo mito de la santidad de la ley. No creo en la Ley como fórmula santa. La historia nos enseña que bajo el rodaje de la ley pueden circular las más variadas mercancías, incluso las de uso peligroso e incluso vitando. Tampoco veo la Ley como una especie de bálsamo de Fierabrás que todo lo cura.

Pero pienso que la ley si responde a una filosofía humanista y es traducción de un ideal de justicia, constituye una herramienta indispensable en la ordenación de una Comunidad, en la medida en que -al establecer las reglas del juego- sirve de límite y freno al Poder constituído.

Por todo ello creo que es bueno que la Reforma funcional empiece estructurándose desde unos principios fijados por una Ley General de la acción administrativa, que sirva de referencia a todas las regulaciones que se dicten para ámbitos o sectores concretos de la Administración pública.

3.5 Las Terceras Jornadas chilenas de Derecho público

Un antecedente importante a tener en cuenta en este tema, por lo que tiene de revelador de un estado de opinión favorable a una regulación general del procedimiento administrativo y a la introducción del control de la actuación administrativa por tribunales contencioso-administrativos, lo constituyen las Terceras Jornadas chilenas de Derecho público, que, en base a un temario propuesto por el Seminario de Derecho público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, adoptó una serie de acuerdos que vale la pena recordar aquí.

Debo advertir que no me ha sido posible consultar las Actas de estas Jornadas, por lo que me limito a recoger la información que apareció en la Revista española "Documentación Administrativa", en el número 87 de la misma, si no recuerdo mal, pues no tengo a mano en el momento de confeccionar este informe el original y transcribo de una fotocopia.

Pues bien, según esta información, en las citadas Jornadas se tomaron los siguientes acuerdos:

1º Encargar a los seminarios de Derecho público de las escuelas de Derecho de Santiago, de las Universidades de Chile y Católica de Chile, la elaboración de un proyecto de ley sobre Procedimiento administrativo no contencioso, de acuerdo con lo que se expresa en la sexta de estas conclusiones, ya que el estudio de este procedimiento debe preceder al que recaiga sobre los Tribunales administrativos. Este proyecto deberá presentarse como documento de trabajo a las Cuartas Jornadas chilenas de Derecho público.

2° Con respecto al estudio de los problemas de Justicia administrativa, debe seguirse el siguiente orden:

a) Determinación de la materia contencioso-administrativa.
b) Integración de los Tribunales dentro de la organización institucional chilena.
c) Procedimiento.

3° La materia contencioso-administrativa debe determinarse desde el punto de vista objetivo, en relación con los actos de que deben conocer los Tribunales, y desde un punto de vista subjetivo, en relación con las pretenciones jurídicas de los

administrados y con las potestades del juez.

4° Objetivamente, la materia contencioso-administrativa debe determinarse sobre la base de la implantación de requisitos y la eliminación a priori de los actos de gobierno de las peticiones de anulación. Pero estos actos pueden dar lugar a reparación patrimonial cuando vulneren garantías constitucionales.

5° Los requisitos necesarios para que los administrados tengan acceso a los Tribunales, deben ser los siguientes:

a) Existencia de un acto administrativo.
b) Lesión de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, personal y directo. Se entiende que también tienen este interés las personas jurídicas cuando accionen en garantía de los intereses de sus asociados.
c) Agotar previamente la vía administrativa.
d) Interposición de las acciones o recursos en tiempo y forma.
e) Capacidad jurídica para comparecer a instancias jurisdiccionales.

6° La aceptación de los requisitos señalados en el número anterior implica la necesidad previa de legislar sobre el procedimiento administrativo interno, entendiéndose que debe darse especial importancia a la implantación de recursos administrativos y a la determinación de los efectos jurídicos del silencio de la Administración.

7° Ningún acto administrativo puede quedar exento de control jurisdiccional, por entenderse que es un acto de gestión o un acto discrecional.

8° Subjetivamente, la materia contencioso-administrativa está determinada por la impugnación de los actos administrativos, por las peticiones de indemnización de los administrados y por las facultades del juez para acceder a lo pedido.

9° Las facultades de anulación deben consagrarse en forma amplia con respecto a todo tipo de actos impugnables, sean generales o especiales, y pueden ejercitarse con respecto a la

totalidad o a una parte de los mismos.

10° Las sentencias que recaigan sobre actos administrativos de general aplicación deben producir efectos erga omnes, en caso de prosperar el recurso, y los fallos que se dicten sobre actos de alcance particular, efectos individuales.

11° Debe dejarse un margen de apreciación al juez para determinar el mantenimiento de un acto irregular. La solución, en tal caso, se haría efectiva bajo la forma de una indemnización de perjuicios de una medida disciplinaria impuesta por la autoridad competente, o de ambas a la vez.

S E G U N D A P A R T E

I N F O R M E

1. SOBRE LA AGILIZACION DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

1.1 Una precisión necesaria: qué debe entenderse por procedimiento administrativo y qué debe entenderse por procedimiento especial.

Un principio irrenunciable en toda Reforma administrativa planteada con seriedad es el de la coherencia. Es claro que la Reforma administrativa integral chilena quiere operar desde esa misma base. El adjetivo integral que la califica quiere subrayar no solo un propósito de abarcar todos los aspectos de la Administración pública sino también un ideal de coherencia para que todo este movimiento de reforma administrativa aparezca como un conjunto, esto es como una serie de actividades solidarias, recíprocamente interrelacionadas.

Esa coherencia irrenunciable obliga a poner sumo cuidado en el manejo de los conceptos y consecuentemente, de las palabras que expresan aquellos.

Piénsese, por ejemplo, la impropiedad con que durante algún tiempo se ha venido usando el vocable "descentralización" en algunos textos y declaraciones posteriores al 11 de septiembre de 1973, empleándolo en ocasiones como sinónimo del vocable "desconcentración" que es el apropiado para expresar la transferencia de funciones a meros órganos administrativos, carentes de personalidad jurídica distinta del Estado.

El lenguaje del Derecho es un lenguaje técnico que no se puede manejar alegremente, pues detrás de cada palabra hay todo un contenido normativo implícito.

Viene todo esto a cuento, porque observo que -al igual que ocurrió en España en 1958 cuando se publicó la nueva Ley de Procedimiento administrativo- se emplea con demasiada frecuencia la expresión "procedimiento especial" sin plena conciencia del alcance que quiere dársele.

Porque "especial" se contrapone siempre a "general" y si no hay término de referencia mal podemos saber en que consiste esa especialidad. Más bien parece que cuando se habla de procidimientos especiales se quiere aludir a la masa indiscriminada de actuaciones administrativas, algunas de las cuales tienen regulación normativa determinada, más o menos completa. Por ejemplo, la expropiación forzosa, regulada en sus lineas esenciales en el artículo 1, núm. 16 del Acta Constitucional nº 3, o el procedimiento de actuación del Consejo de Estado, cuya regulación se contiene en el Decreto-ley 1458, publicado en 1º de junio de 1976, y en el Reglamento del 30 de agosto del mismo año.

Pues bien, lo que aquí se sostiene es algo muy elemental: a) Que hablar de "especial" solo tiene sentido con referencia a "general". b) Que cuando nos ocupamos de procedimiento administrativo la especialidad hay que buscarla en la tramitación no en el fin público que trata de servir, pues si se atendiera al criterio de la finalidad habría que concluir que todo procedimiento es especial respecto de los demás.

1.1.1 Procedimiento Administrativo

El procedimiento administrativo ha sido definido alguna vez como el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin.

Por más que la fórmula transcrita pueda refutarse de superficial, no resulta fácil hallar otra más satisfactoria.

Porque cuando hablamos de procedimiento administrativo estamos refiriéndonos a actuaciones muy diversas y de complejidad muy diferente, desde el procedimiento de matriculación de un alumno en un Centro de enseñanza oficial al procedimiento de expropiación forzosa, desde la obtención de un certificado de antecedentes penales al procedimiento de selección de ontratistas, desde la obtención de un pasaporte a la concesión de una explotación minera.

En todo caso y desde una perspectiva jurídica, conviene destacar un elemento -el de la adecuación al ordenamiento jurídico- que en aquella definición aparece silenciado. Incorporando este dato y concretando algo más el resultado que se pretende obtener con esa serie de actos podríamos definir el procedimiento administrativo como aquella serie de actos emanados de la Administración y, en su caso, del particular, dirigidos a la declaración de un acto, una norma o un plan administrativos ajustados al Ordenamiento jurídicos, o bien a la ejecución de aquella declaración.

Implícita en esta definición hay ya una clasificación que más adelante he de utilizar al intentar catalogar la pluralidad de procedimientos administrativos: procedimientos declaratorios y procedimientos de ejecución.

1.1.2 Procedimiento formal y procedimiento aformal

La reciente Ley de Procedimiento administrativo de la República Federal Alemana, de 25 de mayo de 1976, bajo la rúbrica "aformalidad (Nichtformlickkeit) del procedimiento administrativo" establece que "siempre y cuando no existan disposiciones jurídicas que regulen la forma del procedimiento, éste no se vincula a formas determinadas. Se desarrollará sencilla y eficazmente". (Parte Segunda, Sección 1a., Párrafo 10).

Pues bien, cuando en este informe empleo la expresión "procedimiento aformal" la empleo en un sentido semejante aunque probablemente no idéntico al que le da la legislación alemana.

Lo que quiero decir al establecer la contraposición entre procedimiento formal y aformal es que hay casos en que el fin que persigue la actuación administrativa ha de lograrse siguiendo un cauce ritual diseñado por el legislador, el cual ha indicado en qué orden y en qué momento han de iniciarse todos y cada uno de los trámites que integran el procedimiento de que se trata (procedimiento formal), mientras que hay muchos casos en que el fin público a alcanzar no tiene legal ni reglamentariamente señalado el camino, sino que éste lo fija, según su arbitrio, en cada caso, atendiendo a las ideas de simplicidad, eficacia y garantía, el instructor del procedimiento (procedimiento aformal).

"No hay camino caminante, se hace camino al andar", decía Machado. Pues esto mismo ocurre en el caso del procedimiento aformal. Lo que ocurre es que esos procedimientos sin forma predeterminada, acaban inevitablemente formalizándose. De hecho, siempre, por la fuerza del precedente y ¡por qué no decirlo! por la fuerza también de la rutina. Y de derecho, muchas veces también, pues es inevitable que si una determinada forma de proceder ha acreditado su utilidad -porque es eficaz y porque no atenta a las garantías del particular- acabe recogiéndose en normas, a veces de uso permanente interno, y esto aunque sólo sea para enseñanza de los nuevos funcionarios.

Pero cuando hablo de procedimiento aformal no quiero decir que se prescinda en absoluto de la forma. La forma es la vestidura del Derecho y no debe ser eliminada radical-

mente. Lo que hay que evitar es que la forma ahogue, que la forma entorpezca, que la forma predomine sobre el fondo, que sacrifiquemos el fin en al altar de la forma. Pero esto, claro es válido tanto para los procedimientos formales como para el procedimiento aformal.

Por ello, lo que quiero decir al defender la aformalidad del procedimiento como relga , es que sólo debe regularse la completa andadura procesal con vistas a la consecución de un fin en quellos casos en que sea indispensable, pero en los demás el principio de preclusión debe reducirse al mínimo, y que sólo se deben realizar aquellos trámites que sean necesarios pero, eso sí, todos, absolutamente todos los que sean necesarios. Y estos trámites que se refuten necesarios se harán de acuerdo con las pautas que para el tipo correspondiente marque la Ley general de procedimiento administrativo.

Y lo que propongo es que -en la línea de la vigente Ley española de Procedimiento Administrativo- aquella Ley General debe ser a modo de un depósito de instrumental jurídico en el que el instructor pueda encontrar siempre la herramienta que necesite. De forma que utilizará, todas, algunas, o una sola, según las exigencias de cada caso. Y, además, el diseño que esa Ley haga de cada instrumento procesal (llámese prueba, audiencia, recurso, etc.) sirva de referencia a las regulaciones de los procedimientos formales en que los intereses en juego demandan una regulación detallada sujeta al principio de preclusión procesal.

1.1.3 Procedimiento general y procedimiento especial

La distinción establecida en el apartado anterior entre procedimiento formal y aformal permite afrontar desde una base más segura la más tradicional -y no por ello más clara- diferenciación entre procedimiento general y procedimiento especial.

Porque el procedimiento general es siempre un procedimiento formal establecido para encauzar una actividad administrativa determinada: imponer sanciones, expropiar bienes o derechos, otorgar licencias, etc. Los procedimientos especiales lo serán en relación a uno general determinado, en el sentido de que la totalidad o parte de sus trámites difiere del procedimiento formal con carácter general para el supuesto de que se trate: sancionar, expropiar, etc.

1.2 Un intento de catalogación de los procedimientos formales y, en su caso, de los correspondientes especiales

1.2.1 Propósito y alcance

Renunciando de antemano a cualquier pretención de exhaustividad, voy a intentar hacer una relación de los procedimientos administrativos, ordenándolos en dos grandes apartados, según que, de acuerdo con la definición formulada más arriba, persigan declarar un acto, una norma, o un plan administrativos (procedimientos declarativos), o se propongan ejecutar aquella declaración (procedimientos de ejecución).

Al intentar esta catalogación me propongo poner de relieve -y esto de forma muy incompleta- el enorme campo sobre el que debe proyectar su actuación la llamada Reforma funcional. Trato igualmente de llamar la atención sobre el grave riesgo de frustración que se corre si tan amplia tarea se aborda sin visión de conjunto, que sea resultado de un plan meditado de acción. Y busco, finalmente, llevar al convencimiento del mando de la necesidad de proceder de arriba hacia abajo, de lo general a lo particular, definiendo primero los criterios que han de orientar tan vasto análisis.

Por lo demás, y aunque en este informe he procurado tener en cuenta ante todo la legislación y Administración chilenas, en este caso, laenumeración la hago a la vista de los ejemplos que ofrece el Derecho comparado, por lo que bien puede ocurrir que alguno de los procedimientos aquí recogidos no tenga traducción inmediata a la realidad de este país. Esto será, sin embargo, lo excepcional, pues prácticamente todos los procedimientos aquí recogidos encuentran encaje en el Derecho administrativo chileno.

1.2.2 Procedimientos declarativos

Pueden, a su vez, agruparse en tres apartados según que vayan dirigidos a la producción de actos administrativos *stricto sensu*, a la producción de normas y planes, o a la revisión de actos, normas y planes.

1.2.2.1 Procedimientos declarativos de actos administrativos stricto sensu.

Se incluyen aquí:

A) Procedimientos de selección:
   a) de funcionarios públicos
   b) de contratistas

B) Procedimientos sancionadores:
   a) correctivos: cuando la potestad sancionadora se ejerce frente a todos aquellos -ciudadanos o extranjeros- que aparezcan ligados a la Administración por una relación general de sujeción.
   b) disciplinarios: cuando la potestad sancionadora se ejerce frente a quienes aparecen ligados a la Administración por una relación especial de sujeción (funcionarios, contratistas, estudiantes de centros oficiales de enseñanza, etc.)

C) Procedimientos expropiatorios
   a) de bienes y derechos, en general
   b) de bienes de valor histórico o artístico
   c) por razón de urbanismo
   d) por incumplimiento de la función social de la propiedad (expropiación-sanción).

D) Procedimientos autorizativos y habilitantes
   a) Licencias y permisos:
      -de pesca
      -de caza
      -de uso de armas
      -de conducir
      -de circulación de vehículos automóviles (matrícula o patente)
      -de importación
      -de exportación
      -pasaportes

b) Concesiones
-de servicio público
-de dominio público
c) Habilitaciones
-para acceder a Centros de enseñanza oficial (matrícula)
-para ejercer una profesión (expedición de título profesional)

E) Procedimientos de identificación
a) Identificación personal (documento o cédula de identidad)
b) Identificación real
-identificación de armas (numeración)
-identificación de vehículos automóviles (numeración del motor y del chasis)

F) Procedimientos autenticadores
a) Relativos a las personas
-Registro de estado civil
-Registro de Sociedades
b) Relativo a las cosas
-Registro de la propiedad inmobiliaria
-Contraste de metales preciosos
-Autenticación de pesas y medidas

G) Procedimientos electorales
a) Elecciones legislativas
b) Elecciones locales
c) Referenda

H) Defensa de bienes públicos
a) Deslinde administrativo
b) Recuperación de oficio

I) Otros procedimientos
a) Formación de voluntad de órganos colegiados
b) Relaciones "sociales" de la Administración
-Información
-Sugerencias
-Quejas

1.2.2.2 Procedimientos declarativos de normas y planes administrativos

A) Procedimientos de elaboración de actos normativos de la Administración

a) Elaboración de normas administrativas con fuerza de ley (Decretos legislativos).
b) Elaboración de reglamentos

B) Procedimiento de elaboración de Planes de actuación administrativa.

a) Elaboración de Planes de Desarrollo Económico
b) Elaboración de Presupuestos
c) Elaboración de Planes de Urbanismo

1.2.2.3 Procedimientos de revisión de actos, normas y planes administrativos.

A) Revisión de oficio:

a) De actos nulos
b) De actos anulables

B) Revisión a instancia de parte

a) Recurso de reconsideración
b) Recurso de alzada
c) Recurso de revisión

C) Rectificación de errores materiales o de hecho

1.2.3 Procedimientos de ejecución. Pueden agruparse así:

A) Procedimientos que dan lugar a una actuación formal:

a) Procedimiento de apremio
b) Multas coercitivas
c) Desahucio administrativo
d) Publicación de normas

B) Procedimientos que dan lugar a una actuación material:

a) Compulsión sobre las personas (actuación de las fuerzas del orden en caso de disturbios, etc.)
b) Ejecución de planes de urbanismo, etc.

1.3 Consecuencia: el tratamiento de los procedimientos especiales solo puede hacerse desde el plano superior de la reforma funcional de la Administración.

De lo que llevamos dicho, se deduce, por lo pronto, que cuando estamos diciendo que hay que dar agilidad a los procedimientos especiales y buscar fórmulas para ello, lo que estamos haciendo en realidad es preocuparnos de la total actuación administrativa. Porque, naturalmente, no es que creamos que deban ser ágiles solo los procedimientos de éste o de aquel sector, o bien, dentro de un sector determinado, los que tengan previstas actuaciones específicas que difieran de las del resto del sector.

Una Administración no se puede decir que sea moderna y eficaz si en unos sectores (expedición de pasaportes, recaudación de impuestos, etc.) se mueve con soltura y en los restantes se muestra pesada, lenta, anquilosada en suma.

El análisis y reforma en su caso, de los procedimientos especiales es solo un aspecto de la reforma funcional, simple aplicación a sectores administrativos determinados (industria, vivienda, educación, etc.) de técnicas generales de racionalización de la actuación administrativa, tanto en su vertiente jurídica como en la técnica.

Adelantando -y sintetizando- lo que en los apartados siguientes ha de ser extensamente tratado, diré ahora que la reforma funcional ha de proponerse dos metas: racionalización jurídica y racionalización administrativa (esto es, no jurídica).

La primera -racionalización jurídica- ha de abordar como primera tarea la elaboración de una Ley General de Procedimientos administrativos o, como prefiero llamarla, Ley General de la Acción administrativa. Esta Ley se concibe como cabeza de todo el conjunto o grupo normativo regulador de la acción administrativa, en el sentido -que luego será explicitado- de que lo informa, preserva y economiza.

Sin perjuicio de que en esta Ley se regulen algunos procedimientos formales e incluso especiales, si así se considera

oportuno, en ella se incluirá todo el instrumental jurídico que se considere necesario deba estar a disposición del instructor de un procedimiento administrativo cualquiera, con indicación, todo lo precisa que sea necesaria, de las reglas a tener en cuenta en el manejo de ese instrumental. Se trata, pues, de una Ley que regulará no un procedimiento propiamente dicho, esto es una serie de actuaciones articuladas entre sí y sometidas en su secuencia al principio de preclusión (procedimiento formal) sino de una Ley que contendrá únicamente la descripción de actuaciones aisladas, inconexas, las cuales deberán engarzarse unas con otras por el instructor de cada procedimiento según las particulares exigencias del mismo (procedimiento aformal).

En la vertiente de la que he llamado racionalización administrativa la Ley podrá contener una serie de previsiones tendientes a materializar los propósitos gubernamentales de eficacia administrativa, marcando criterios interpretativos frente a posibles opciones (economía, celeridad) y precisando funciones coadyuvantes a aquel fin (inspección de los servicios, capacitación del personal, etc.).

1.4 El papel de CONARA

Una cuestión que nos sale al paso y que creo que no debo eludir es el del papel que CONARA podría jugar en este tema.

En mi opinión, a CONARA no le corresponde, en principio, abordar en detalle el análisis de todos y cada uno de los procedimientos recogidos en el cuadro ensayado más arriba, cualesquiera que sean las adiciones o correcciones que en el mismo puedan hacerse.

Si se me permite un símil castrense, yo diría que CONARA es -o al menos forma parte- del Estado Mayor de la reforma funcional. A ella le corresponde prever las grandes líneas de la estrategia a seguir. La labor de avanzadilla, el asalto a las posiciones debe corresponder a los Ministerios y a los Servicios públicos correspondientes.

Otra cosa sería si un Ministerio conviene con CONARA la conjunción de esfuerzos para el análisis y racionalización de esa organización y su funcionamiento. En tal caso, CONARA, a través de su labor de asesoramiento puede descender a la cancha de juego a jugar la partida. Esto es, entrar a fondo en el análisis y eventual simplificación de los procedimientos administrativos. Pero, en todo caso, sin renunciar a su posición en las gradas. Solo así podrá, en verdad, cumplir el protagonismo que le corresponde en la reforma funcional.

2. SOBRE UNA POSIBLE LEY GENERAL DE LA ACCION ADMINISTRATIVA

2.1 Una idea a retener: la Ley proyectada debe configurarse como una Ley cabeza de grupo normativo.

En este apartado voy a exponer unas ideas de circulación poco frecuente pero cuya comprensión eliminaría muchas resistencias, con lo que, naturalmente, se facilitaría en la misma proporción el éxito de la reforma proyectada.

Lo que sostengo -y trataré después de explicar- es que la Ley que se proyecta debe concebirse como una Ley cabeza de grupo normativo, esto es como una Ley que, sin ser constitucional, es suprema en su ámbito respectivo. La Ley en cuestión hay que verla como informadora, preservadora y economizadora del conjunto normativo regulador de la acción administrativa del Estado.

Que informa, preserva y economiza el conjunto correspondiente quiere decir: a) que sirve para interpretarlo y hallar su sentido último; b) que lo protege frente a alteraciones no queridas, fortuitas o impensadas, porque la Ley cabeza de grupo es una Ley de mayor resistencia a la derogación; c) que permite evitar reiteraciones por simple remisión a lo regulado en dicha Ley.

Pero todo esto exige un desarrollo más extenso para que pueda ser entendido. Intentaré por ello desenvolver estas ideas en los apartados que siguen.

2.1.1 Conjuntos y grupos normativos

2.1.1.1 El ordenamiento jurídico y otras estructuras solidarias.- A) Ese producto cultural, limitado en el espacio y en el tiempo, que es el Ordenamiento jurídico vigente en un determinado Estado, constituye una estructura de estructuras, esto es una totalidad solidaria en la que se insertan otras totalidades igualmente dotadas de solidaridad interna.

Un observador medianamente atento puede ciertamente advertir la existencia de agrupaciones normativas dotadas de una coherencia interna peculiar, y en cierto modo conexas unas con otras. Así tenemos que, por lo pronto, las clásicas posiciones Derecho privado-Derecho público, se desglosan, al menos en los si-

guientes conjuntos: Derecho privado, Derecho procesal, Derecho penal y Derecho administrativo. Un conjunto jurídico viene a ser equivalente, en cierto modo, a rama del Derecho o disciplina jurídica.

Cada conjunto se integra en varios subconjuntos. Así, por ejemplo, en el Derecho privado encontramos el Derecho civil, el Derecho mercantil, el Derecho hipotecario, etc. Otro ejemplo: el Derecho administrativo se descompone en Derecho administrativo funcionarial, Derecho administrativo de los bienes, etc.

A su vez, cada subconjunto se integra por grupos normativos, y estos a su vez se pueden descomponer en subgrupos normativos, y así, por descomposiciones sucesivas llegamos hasta la regla jurídica más elemental: la que anuda una consecuencia jurídica a una determinada conducta. Esta regla elemental no admite ya división.

La terminología que empleo aquí es, por supuesto, puramente convencional. Pretendo solo dejar claro que hay unos conjuntos, grupos (o como quiera llamárseles) de normas que tienen coherencia interna y que sirvan de continente a otros grupos más pequeños de normas de características afines.

B) Pues bien, rasgo peculiar del Derecho administrativo lo constituye el hecho de que la producción de sus normas tiene lugar por concreciones sucesivas: Constitución, Leyes ordinarias (que con frecuencia adoptan la forma de Leyes de Bases, por las que el Parlamento asume , dentro de ciertos límites predeterminados, el contenido concreto que ha de fijar el Gobierno en el correspondiente Decreto legislativo), Reglamentos con forma de Decreto, REglamentos con forma de orden ministerial, etc. Puede afirmarse en verdad que son muy pocas las leyes administrativas que carecen de Reglamento por lo que la aplicación directa de la Ley al caso concreto puede reputarse insólita en Derecho administrativo.

Esta concreción sucesiva de la norma produce inevitablemente una dispersión en la regulación aplicable a un supuesto determinado por lo que no puede extrañar que el Derecho administrativo tenga fama de complicado.

Lo es efectivamente, pero no por capricho. Porque si la norma administrativa se produce en esa forma plural (no aislada), sucesiva (no simultánea) y escalonada (no igual en rango), es debido a la necesidad de separar lo que es (al menos, relativamente) permanente, de lo que es contingente y variable.

Mientras lo permanente se reserva a la Ley, o normas a ella equiparadas lo contingente se encomienda a la Administración. Incluso en el seno de ésta, todavía sigue operando esa exigencia de separar lo permanente de lo mutable, y es fácil comprobar que los Reglamentos se desarrollan en otros Reglamentos de rango inferior, apareciendo así nuevos escalones normativos.

Retengamos ya otra idea, antes de seguir adelante: la Ley proyectada debe incorporar sólo aquello que tenga carácter permanente, olvidándose de lo contingente, de lo fugaz, de lo episódico.

2.1.1.2 Grupo normativo y conceptos afines

A) El grupo normativo, encuanto totalidad solidaria, es -o mejor, debe ser- un bloque homogéneo de reglas jurídicas jerárquicamente articuladas y recíprocamente relacionadas que regulan un determinado supuesto de hecho bajo idénticos criterios.

B) Ahora bien, se incurriría en error si identificáramos grupo normativo con el bloque normativo que forman una Ley y las normas que la desarrollan. Esto podrá ser o no ser un grupo normativo, según los casos. Porque:

a) Puede ocurrir que no sean textos legales completos sino partes de los mismos los que integren el grupo normativo.

b) Porque, en consecuencia, una Ley puede pertenecer a diversos grupos normativos.

c) Porque pueden ser no una sino varias Leyes con sus correspondientes Reglamentos las que integren un grupo normativo.

C) Tampoco debe confundirse el grupo normativo con el concurso de normas jurídicas. Porque, mientras el grupo normativo implica siempre un concurso de normas, este último puede darse:

a) Sin que exista grupo normativo (caso del desarrollo reglamentario de una Ley, antes señalado).

b) Cuando exista un grupo normativo.

c) Cuando concurran varios grupos normativos para dar solución a un problema determinado. Porque, efectivamente, hay casos en que la solución de un problema jurídico exige el concurso de varios grupos normativos (sobre capacidad, sobre procedimiento, sobre organización, etc.)

2.1.1.3 Grupos normativos verticales y grupos y grupos normativos horizontales

A) Tiene gran interés práctico -según se verá seguidamente distinguir dos tipos de grupos normativos:

a) Grupos normativos verticales, en los cuales el presupuesto de hecho es de índole subjetiva: una organización y, más generalmente, una organización personificada. Veamos dos ejemplos referido a la Administración chilena:

-Organización no personificada: Consejo de Estado. El grupo normativo correspondiente se integra, al menos, de las siguientes normas: Acta Constitucional núm. 1 (Diario Oficial de 9 enero 1976); Decreto-ley 1458 (D.O. de 1 junio 1976); y Reglamento del Consejo de Estado (D.O. de 30 agosto 1976).

-Organización personificada: Administración del Estado. Su grupo normativo se integra por: Acta Constitucional núm. 2, en particular un artículo 1º (D.O. de 13 septiembre 1976); Estatuto del Gobierno y Administración del Estado (D.O. 12 julio 1974); Decreto-ley 575 (D.O. de 13 julio de 1974); Decreto-ley 1230 (D.O. 4 noviembre 1975); Decreto-ley 1317 (D.O. de 7 eneero 1976); etc.

b) Grupos normativos horizontales, en los que el presupuesto de hecho tiene carácter objetivo: un aspecto concreto de la actividad de una persona jurídico-pública: delegación, contratación, expropiación forzosa, etc. Por ejemplo:

-Grupo normativo relativo a la expropiación forzosa: se integra, al menos, de las siguientes normas: Artículo 1, núm. 16 del Acta Constitucional núm. 3 (D.O. de 13 de septiembre, 1976); Artículo 42, letra b), de la Ley Orgánica de Municipalidades (D.O. de 14 enero 1976).

B) La horizontalidad que se predica de los del segundo tipo hace referencia a su cualidad de secancia respecto de los grupos verticales, con los que, en consecuencia, intersicionan. Este entrecruzamiento de ambos tipos de grupos hace que -salvo exclusifn o regulación contraria- los grupos horizontales formen parte de los verticales. Es decir, que si consideramos el grupo normativo regulador de las Municipalidades, el grupo horizontal regulador de la expropiación forzosa formará parte de él a menos que en la legislación de uno u otro grupo exista norma excluyente o norma que establezca una regulación contraria. Y facilmente se advertirá que esto proporciona una herramienta de cara a la solución del problema que plantean las lagunas del Derecho.

Porque hay que insistir en que la utilización de este concepto teórico -grupo normativo horizontal- no se hace por puro entretenimiento intelectual, sino por la apremiante necesidad de dar solución a un problema práctico: evitar lagunas en el Ordenamiento.

El Derecho tiene "horror al vacío", tiende siempre a dar una respuesta al problema planteado. Ocurre a veces que la norma se nos presenta clara, sin veladuras. Su percepción es entonces inmediata y no presenta otra dificultad que la que resulte de la mayor o menor claridad con que esté redactada. Pero no siempre es así. En ocasiones, la norma se complace en ocultarse y un examen superficial del Ordenamiento no muestra otra cosa que desolación, vacío, ausencia de regulación. Pero si al juez se le impone la obligación de dar siempre respuesta -y respuesta jurídica- a la cuestión planteada, es porque se piensa que el Ordenamiento la contiene.

Pues bien, el concepto de grupo normativo horizontal y vertical, como la analogía, como la supletoriedad, no es sino una técnica al servicio de esa tendencia a la plenitud que tiene todo Ordenamiento.

El Derecho es una estructura solidaria de configuración reticular, y es del entrecruzamiento de grupos horizontales con los verticales de donde resulta su peculiar configuración. Como las celdas de una colmena, las mallas de la red jurídica están siempre llenas, porque por una u otra vía, utilización de un grupo vertical o de un grupo horizontal , el intérprete hallará siempre la respuesta que busca, aunque el legislador haya omitido regular el supuesto directamente o por vía de analogía o de supletoriedad.

2.1.1.4 Ley cabeza de grupo normativo

La Ley cabeza de grupo es la que da coherencia al mismo, la que lo inspira e informa, de manera que es en ella donde podrán buscarse los principios generales que dan unidad al grupo normativo con el que se opera.

Aunque no tiene normalmente carácter constitucional tiene vocación de supremacía afirmando ésta respecto de las restantes normas que integran el grupo aunque algunas de éstas pueden ser también leyes.

Voy a recurrir a un ejemplo de Decreto español para dejar establecido con claridad esto que digo. No se si en Decreto chileno es posible por el momento presentar una norma paralela a ésta a que voy a referirme. En todo caso, debe insistirse en que este concepto es perfectamente aplicable en cualquier Ordenamiento porque la operación por grupos normativos es la más adecuada cuando el operador jurídico tiene clara conciencia de la estructura del Derecho. El precepto a que me refiero es el artículo 9 de la Ley General Tributaria (ley española, repito), y dice lo siguiente:

1º. Los tributos, cualesquiera que sean su naturaleza y carácter, se regirán por:

a) Por la presente Ley, en cuanto ésta u otra disposición de igual rango no preceptúe lo contrario.

b) Por las Leyes propias de cada tributo.

c) Por los Reglamentos Generales dictados en desarrollo de esta Ley, en especial los de gestión, recaudación, inspección jurados y procedimiento de las reclamaciones económico-administrativas y por el propio de cada tributo; y

d) Por los Decretos, por las Ordenes acordadas por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y por las Ordenes del Ministro de Hacienda publicadas en el Boletín Oficial del Estado.

2º. Tendrán carácter supletorio las disposiciones generales del Derecho administrativo y los preceptos del Derecho común.

Como puede verse, el legislador español en este caso establece una graduación normativa en que una Ley -la General Tributaria, cabeza de grupo en este caso- aparece supraordinada a las restantes normas entre las cuales se prevé la existencia de verdaderas Leyes -las propias de cada tributo- que no obstante, aparecen subordinadas a aquella. Y así, en el Preámbulo de la Ley a que me vengo refiriendo se puede leer también que la misma "se propone incorporar ... un esquema de sistematización de las normas reguladoras de los tributos que oriente la legislación y, en un día, facilite modificación".

Habituados, como estamos, a operar únicamente con leyes constitucionales y leyes ordinarias, no puede por menos de producir extrañeza la existencia de estas leyes cabeza de grupo que pretenden afirmar su superioridad sobre otras que aparecen subordinadas a ellas. Y sin embargo, la realidad de su existencia es innegable. Y veremos dentro de un momento como la ley cabeza de grupo ofrece frente a las demás una mayor resistencia a la derogación.

Y esto aparece claro en las llamadas leyes orgánicas, que no son sino una variedad de las leyes cabeza de grupo. Pues bien las leyes orgánicas -de las cuales ofrece ejemplos el Derecho constitucional comparado y cuya existencia prevé el artículo 59 del Proyecto de nueva Constitución chilena- exigen unos requisitos especiales para su aprobación, modificación o derogación (quorum de mayoría reforzada). Con ello se trata de defender la coherencia interna del Ordenamiento obstaculizando los posibles intentos de desocupación. Su mayor resistencia a la derogación se manifiesta en la imposibilidad de ser derogadas tácitamente y en la necesidad de que la derogación expresa cumpla los requisitos previstos en la Constitución. Su supremacía sobre las demás leyes no constitucionales resulta, pues, evidente.

Pues bien, si la Ley que se proyecta debe concebirse como ley orientadora de toda la normativa reguladora de

la acción administrativa podría ser conveniente que adoptara la forma de ley orgánica con objeto de afirmar su supremacía dentro del grupo de forma incuestionable.

Pero aunque no cumpliera ese requisito formal en todo caso debe operar -si es rectamente entendida y aplicada- como ley cabeza de grupo con lo que esa consecuencia se produciría y así habría de entenderse por el juzgador y, en general, por el intérprete. Sobre este tema y otros relativos a la operación por grupos normativos voy a tratar en el apartado siguiente.

2.1.3 Consecuencias prácticas de la operación por grupos normativos.

2.1.3.1 En orden a la intepretación por el contexto.

Sabido es que las normas se interpretan según el sentido propio de sus palabras (interpretación gramatical), en relación con el contexto (interpretación sistemática), los antecedentes históricos y legislativos (interpretación histórica) y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas (interpretación finalista).

Pues bien, la operación por grupos normativos, implica, en el caso de la llamada interpretación contextual o sistemática, que dicho contexto ha de buscarse no ya, simplemente, en relación al resto del articulado de la Ley o Reglamento en que se halle incluída la norma que se trata de interpretar (contexto inmediato), sino con referencia a la totalidad de las normas que integran el grupo normativo correspondiente (contexto mediato).

Se comprende así lo peligroso que puede resultar dejar la labor de interpretación jurídica en manos inexpertas, esto es de quienes no tienen la adecuada preparación jurídica:

a) Porque no es una norma, sino un grupo normativo y en último término, un conjunto normativo, el que ha de ser analizado.

b) Porque el fenómeno que se ha dado en llamar "motorización legislativa" se hace particularmente agudo en Derecho administrativo por ser esta rama jurídica muy sensible a los fenómenos de la vida real, hasta el punto de que quizá en ninguna otra rama del ordenamiento pueda apreciarse como en ésta su naturaleza porosa, esencialmente apta para absorber lo que flota en el medio externo.

2.1.3.2 En orden a la validez del principio "lex posterior derogat anteriorem"

La operación por grupos normativos comporta asimismo una corrección del tradicional criterio interpretativo resumido en el principio "lex posterior derogat anteriorem".

La característica posición de supremacía de la Ley cabeza del mismo se traduce en una mayor resistencia frente a las agresiones que puedan resultar de su coincidencia -en el tiempo, en el espacio, o en el contenido- con otras normas.

En consecuencia, los preceptos de la Ley cabeza de grupo conservan su vigencia frente a los de las leyes posteriores, generales o especiales, a menos que expresamente sea derogada, o a menos que la contradicción sea tan patente que no quepa otra opción interpretativa que la derogación. Es decir que, en principio, hay que estar en favor de la vigencia de la ley anterior si esta es ley cabeza de grupo.

La operación por grupos normativos contribuye, por tanto, a dar estabilidad al ordenamiento (a no confundir con la rigidez, ya que las normas deben cambiarse cuando sea necesario, pero en tanto esta circunstancia no se dé, su inalterabilidad debe defenderse).

2.1.3.3 En orden a la economía normativa.- Una tercera consecuencia resulta de la operación mediante grupos normativos, y es la posibilidad de obtener una importante reducción en el número o en el volumen de las normas que regulan una determinada organización (conjunto vertical) o una determinada actividad (conjunto horizontal) mediante simples remisiones a la ley cabeza de grupo.

Si -en nuestro caso- la ley cabeza de grupo regula el cómputo de plazos, no es necesario que cada una de las regulaciones de los distintos procedimientos administrativos vuelvan a repetir aquellos preceptos. Basta con remitirse a ellos. O incluso pueden no decir nada ya que, en todo caso, los correspondientes preceptos de la ley cabeza de grupo serían aplicables.

2.2 Referencia al Derecho Comparado

A) Sabido es cómo el conocimiento y comprensión del Derecho extranjero es siempre difícil pues hay matices en la legislación que sólo el nacional puede percibir. Por lo demás, no basta con apreciar la perfección técnica que exteriormente pueda presentar un texto legal para valorarlo ya que lo que deja huella profunda en la vida de los pueblos suele ser más bien la maestría de aquellos que están encargados de aplicar la norma.

Por todo ello es posible afirmar que el Derecho comparado hay que verlo siempre como un instrumento que puede ayudar a perfeccionar el propio sistema jurídico, pero en ningún caso como un modelo insuperable que haya que aceptar ciegamente.

Con este valor instrumental, el conocimiento de las legislaciones extranjeras sobre Procedimiento administrativo puede resultar de utilidad, y por experiencia personal puedo decir que la lectura y análisis meditado de los textos legales vigentes en aquellos países que se han incorporado al grupo de los que han optado por codificar las normas sobre la acción administrativa me ha enriquecido siempre, sugiriéndome soluciones a problemas planteados en una órbita geográfica distinta.

B) Y en un momento como el que vive Chile, cuando se cuestiona por algunos la conveniencia de una Lay General reguladora de la acción administrativa no está de más subrayar que la tendencia codificadora en este campo parece irse afirmando en el Derecho comparado.

En el XIV Congreso Internacional de Ciencias administrativas, celebrado en Dublin en 1968, y al que tuve la oportunidad de asistir, uno de los temas discutidos fue el de "La protección de los ciudadanos en los procedimientos administrativos (con exclusión de los recursos jurisdiccionales)". En la Ponencia general elaborada a la vista de las distintas ponencias nacionales se formuló la siguiente clarificación sobre la situación del tema en el Derecho comparado:

Primer Grupo. Líneas directrices trazadas principalmente por vía de principios instaurados por la jurisprudencia contenciosa. Se incluyen aquí: Costa de Marfil, Dinamarca, Francia, Grecia y Turquía.

Segundo Grupo. Se admite el principio de un cierto procedimiento administrativo aunque el mismo no esté más que parcialmente sistematizado. Formaban parte de este grupo en ese momento: Alemania Federal, Finlandia, India, Italia, Japón, Países Bajos, Portugal, República Arabe Unida, Suecia, Suiza, la URSS y Zambia. También habría que incluir en este grupo a Argentina y Chile que, al no haber estado presentes en el Congreso no figuran en la Ponencia General.

Tercer Grupo. Países con un Código de Procedimiento administrativo. Se incluían en este grupo en ese momento: Austria, Estados Unidos, Hungría, Noruega, Polonia, Checoslovaquia, Uruguay, Yugoeslavia y España. Hoy habría que incluir también aquí a Alemania Federal que, después de más de doce años de estudios y discusiones, ha publicado una Ley de Procedimiento administrativo que lleva fecha de 25 de mayo de 1976. También ha pasado a formar parte de este grupo Argentina con una Ley Nacional de Procedimientos Administrativos que ha sido sancionada en 3 de abril de 1972 y publicada en 27 de abril del mismo año. Por lo demás, es de notar que en algunos países el texto ha sido revisado o reemplazado por otro más moderno. Así en España, la Ley de 1958 (que había sustituído a la de 1889) ha sido revisado en 1963. Y en Uruguay, el texto de 1966 ha sido sustituído por otro de 1973.

Aquí sólo voy a hacer algunas consideraciones, sobre la Legislación española que muy especialmente se va a tener en cuenta en este informe, y ello por dos razones: porque es la que más fácilmente puede servir de inspiración a una ley chilena, dada la comunidad cultural entre Chile y España; y porque es, en mi opinión, la más progresiva de las hasta ahora publicadas. Esto último no es puramente casual, sino que es el resultado de una experiencia vivida bajo una legislación hoy ya derogada a la que he venido a sustituir la vigente. Un poco más de historia parece necesario hacer aquí.

C) El Procedimiento administrativo cuenta en España con una tradición legislativa que se remonta al siglo pasado. En efecto, es posiblemente la Ley española de 19 de octubre de 1880 la primera Ley general de Procedimiento administrativo que aparece en el mundo. La afirmación es importante por cuanto que con frecuencia suele situarse por la doctrina extranjera el arranque de la codificación del Procedimiento administrativo en el año 1925 en Austria, donde se publica en esa fecha una Ley general sobre la acción administrativa.

La citada Ley de 19 de octubre de 1889 fue obra fundamental de un Profesor universitario, Don Gumersindo Azcárate. Suyas son estas palabras recogidas en la Exposición de Motivos: "Tiene el Poder legislativo un procedimiento señalado en la Constitución y en los Reglamentos de las Cámaras; lo tiene el Poder judicial en las Leyes de Enjuiciamiento civil y criminal; pero el Poder ejecutivo bien puede decirse que carece de él, pues no merece tal nombre el heteronéneo, incompleto y vicioso, que si por excepción establecen las leyes y reglamentos con relación a determinados ramos de la Administración, es, por lo general, fruto de precedentes y obra de la rutina, sin fijeza, sin garantía y sin sanción. Los males que semejante estado de cosas origina son bien notorios. Pendiente la tramitación de los expedientes del libre arbitrio de los funcionarios, aquéllos marchan con vertiginosa rapidez o se estancan, y su terminación se fascilita o se dificulta, según cuadre a las miras de los patronos con que cuentan los interesados;..."

El problema que se plantea al tratar de establecer una regulación general del Procedimiento administrativo es el de la dificultad de compatibilizar la multiplicidad de fines de la Administración pública y la diversidad de sus actuaciones con una regulación única que puede resultar entorpecedora y a la larga conferir rigidez a una gestión que cada vez exije mayor flexibilidad. Ya veremos después la inteligente respuesta que a este dilema ha dado el legislador español de 1958. El de 1889 creyó posible obviar la dificultad mediante el establecimiento de unos principios comunes a todos los Departamentos ministeriales que luego habrían de ser desarrollados -en el plazo de seis meses- en los reglamentos que dichos Departamentos habrían de dictar.

Así pues, en la Ley de 19 de octubre de 1889 se establecieron las bases a las que habían de adaptarse los reglamentos de Procedimientos administrativos en cada uno de los Departamentos ministeriales. Concretamente se preveía una serie de principios relativos al registro de entrada (base primera), a la confección de extractos de los documentos presentados (base segunda), a la elaboración de la propuesta de resolución (bases tercera y cuarta), a los informes (base quinta), a la prórroga de los plazos (base sexta), al efecto ejecutivo de los acuerdos (base séptima), a la duración del procedimiento y a la caducidad (base octava), al orden en el despacho de los expedientes (base novena), al principio de audiencia (base décima), a las notificaciones (base undécima), a los recursos de alzada y extraordinarios (base doce y trece), al impropiamente llamado recurso de queja (base catorce), a la confección de extractos en el procedimiento de recurso (base quince), y a las responsabilidades en que incurran los funcionarios durante la tramitación y con ocasión del procedimiento administrativo (base dieciseis, diecisiete y dieciocho).

Como ya hemos dicho, la Ley de Bases de 1889 imponía a los Departamentos ministeriales la obligación de publicar en el término de seis meses, a contar del día de publicación de aquélla, un Reglamento de procedimiento administrativo, de acuerdo precisamente con las bases que dicha Ley establecía.

Aunque no en el plazo previsto los referidos reglamentos fueron dictados por los distintos ministerios. Es más, en algunos de ellos el primitivo Reglamento fue sustituído años después por otro más moderno y técnicamente más avanzado.

D) La vetusta Ley de 1889 y los distintos Reglamentos que la desarrollaron han quedado sin vigor como consecuencia de la publicación de la Ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958 que ha venido a insertarse en el cuadro de grandes leyes con que el Estado español dió un aire de modernidad al viejo Derecho administrativo.

Esta Ley, entorno a la cual se ha producido una abundante literatura, establece un cuadro normativo muy avanzado

al que han de adaptarse las regulaciones del Procedimiento administrativo en las distintas esferas de la Administración pública. (Cfr.: artículo 1, y Disposiciones finales 1a.,3) y 3a y 4a).

La doctrina había puesto de relieve reiteradamente las diversidades de regulación existentes en el Procedimiento administrativo de los distintos Departamentos ministeriales, originadas fundamentalmente por la secuela de las bases contenidas en la Ley de 19 de octubre de 1889. Esta situación había dado lugar en la práctica a situaciones injustas en razón a que las garantías eran mayores en unos que en otros Departamentos, y había originado complicaciones innecesarias en cuanto que los plazos diferían de uno a otro Departamento así como los recursos. A remediar esta situación vino la nueva Ley de Procedimiento administrativo de 1958 que busca, entre otras cosas poner un poco de orden en el caos normativo que había llegado a producirse.

La Ley vigente de 17 de julio de 1958, busca poner remedio a la dispersión normativa antes aludida. A tal efecto, empieza proclamando en su Preámbulo un propósito de unidad: "La Ley atiende, en primer lugar, a un criterio de unidad. Procura en lo posible reunir las normas de procedimiento en un texto único aplicable a todos los Departamentos ministeriales, con las salvedades que en su articulado y en las Disposiciones finales se establecen respecto de los Ministerios militares. Respeta, sin embargo, la especialidad de determinadas materias administrativas, cuyas peculiaridades características postulan un procedimiento distinto del ordinario. Sin embargo, como la existencia de tales procedimientos en modo alguno puede justificar un régimen diferenciado del sistema de recursos y del silencio administrativo, es estos aspectos se mantiene la unidad de normas, salvo para las reclamaciones económico-administrativas".

Pero el propósito va más lejos aún, pues el legislador prevé la futura adaptación de las normas de procedimiento administrativo vigentes en la esfera local o en la institucional a los preceptos de la nueva Ley (Disposición final 4a), a la par que declara su aplicación supletoria en dichas esferas

hasta tanto la referida adaptación se realiza (artículo 1,4).

Aparece pues, la nueva Ley caracterizada por una auténtica vocación de universalidad, de aplicación a todos los ámbitos de nuestro Ordenamiento jurídico-administrativo.

Un segundo rasgo de la vigente Ley española reguladora del procedimiento administrativo, cuya percepción es indispensable para comprender su significado es su flexibilidad. Esto quiere decir que el legislador de 1958 no ha regulado un procedimiento rígido en el que cada trámite tiene su causa en el que le precede y es a su vez causa del que le sigue, todo ello a virtud del juego de la preclusión procesal. Por el contrario, en la nueva Ley se ponen a disposición del instructor o de las partes unos instrumentos (prueba, informe, audiencia, etc.) de los que, según los casos, pueden o deben hacer uso con vistas a la decisión que en su día haya de dictarse. De aquí que pueda hablarse en Derecho español de un procedimiento aformal o flexible (el del título IV de la Ley) y de otros procedimientos formales o rígidos, cuya tramitación escalonada se regula con carácter preclusivo en la propia Ley (en el título VI, que lleva la rúbrica de "procedimientos especiales") y en otras normas legales o reglamentarias.

Ya he dejado dicho más arriba (cfr. apartado 1.1.2 de esta Segunda Parte) que en la reciente Ley alemana de 1976 se emplea la expresión Nichtformlichkeit (aformalidad) para designar aquellos supuestos en que, ante la ausencia de normas que impongan una forma determinada, el instructor está facultado para actuar "sencilla y eficazmente", y he insistido en que esta idea inspira -pero no coincide exactamente con- mi concepción de lo que debe entenderse por procedimiento aformal. Que el procedimiento deba desarrollarse con sencillez y eficacia no supone ausencia total de forma, sino más bien que las formas que se empleen han de ser únicamente las indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y para evitar perjuicios a las partes o terceros. La discrecionalidad del instructor en estos casos no es incopatible con la exigencia de que aquellos trámites que en cada caso juzgue oportuno emplear, hayan de cumplirse precisamente de acuerdo con unos tipos legales predeterminados. Se trata, en suma, de que el instrumental que yaha de emplearse esté "normalizado", con todas las ventajas inherentes a una normalización cualquiera que sea el campo a que afecte.

Resulta, por lo demás, evidente, y es lo que en este momento interesa, porque viene a confirmar ese carácter progresista que destacaba en la Ley española cuando hace un momento justificaba la atención preferente que a la misma se presta en este informe, que el legislador español, al recoger la idea de la aformalidad en el sentido que reiteradamente ha quedado explicado, se anticipó en casi veinte años a la ley alemana de 1976.

E) Abundando en las mismas consideraciones sobre la importancia sobresaliente de la Ley española en el marco del Derecho comparado, resulta oportuno recordar también que en la Exposición de Motivos de la Ley argentina de procedimientos administrativos de 3 de abril de 1972 (Boletín oficial del 27 de abril), se dice literalmente: "Los principios básicos del procedimiento administrativo, tales como los tratados en el título 5 del proyecto de ley están inspirados, fundamentalmente, en la tradicional doctrina jurídica de la Procuración del Tesoro de la Nación, en la ley 7647 de la provincia de Buenos Aires, en las normas del debido proceso desarrolladas en el proyecto de ley de los doctores Juan Francisco Linares y Agustín A. Gordillo y en la ley española de julio 17 de 1958 (reformada en diciembre 2 de 1963).

F) Sin embargo, es preciso hacer particular hincapié en que la conveniencia de tener a la vista las enseñanzas del Derecho comparado e incluso de prestar atención más destacada a una determinada legislación extranjera, no debe nunca suponer renuncia a la originalidad en aras de un calco servil de modelos foráneos por perfectos que estos puedan ser.

El Derecho comparado -lo he dicho al comienzo de este apartado- tiene un mero valor instrumental. Por tanto, la futura ley chilena de procedimiento administrativo -o de la acción administrativa, como prefiero denominarla- debe ser, ante todo, eso: una ley chilena. Esto es, una ley que constituya una respuesta a problemas planteados por la realidad cultural, geográfica, económica y política de la República de Chile.

La bondad, pues, de cualquier modelo deberá siempre ser pasada por el tamiz de la chilenidad. Solo así se ofrecerá a este país una norma auténticamente vivificadora.

Desde estas premisas, resulta claro que lo que aquí estoy sugiriendo cuando invito a tener en cuenta experiencias ajenas es algo bien distinto de una mera copia o una burda traducción de unos textos extranjeros.

Y hay más: en la medida en que ello sea posible, será bueno tener en cuenta las dificultades con que ha tropezado la norma que, para afrontar un problema concreto, se toma como antecedente, a fin de tratar de introducir las correcciones oportunas que la hagan plenamente eficaz. Y debe también meditarse seriamente sobre la justificación o fundamento de una determinada medida, sobre todo si ésta se traduce en un aumento de los privilegios de la Administración.

Como se verá más adelante, he procurado llevar a la práctica estas advertencias cada vez que en este informe sugiero un proyecto de texto concreto.

2.3 Relación de cuestiones jurídicas que puede abordar la Ley cabeza de grupo que se pretende elaborar y análisis de algunas de ellas.

2.3.01 Advertencia previa

Misión de un consultor externo es aportar una información y una metodología de trabajo, es decir mostrar qué se puede hacer y cómo se puede hacer. Más que agotar cuestiones, debe suscitarlas, desvelar problemas, ofrecer opciones, provocar inquietudes, obligar a pensar.

En mi caso concreto, no me corresponde hacer un proyecto de texto legal sino realizar un diagnóstico y llamar la atención sobre determinadas cuestiones que considere más llamativas o de más interés.

Por ello voy a relacionar las que pueden ser incorporadas a un texto de la índole del que nos ocupa y luego voy a analizar algunas de ellas sugiriendo incluso una posible fórmula legal.

2.3.02 Contenido de la ley. La Administración Central y las restantes Administraciones públicas. Opciones posibles.

A) El contenido de la ley que se proyecta puede considerarse desde el ángulo subjetivo -órganos y entes a que se aplicaría- y desde el objetivo -tipos de actuaciones que debe regular.

En relación con cada uno de estos aspectos pueden evidentemente ofrecerse opciones diversas, a las que referiré después.

Antes, sin embargo, es preciso realizar algunas consideraciones acerca de las personas jurídico-públicas. Porque el tema del contenido subjetivo no puede aobrdarse sin un conocimiento mínimo de la organización administrativa chilena.

Voy por ello a intentar aquí una catalogación de las Administraciones públicas en Chile, que, como todo lo que aquí se dice, queda sujeto a las adiciones, rectificaciones y matizaciones que un mejor conocimiento de la realidad y de legislación chilena obligue a introducir. El catálogo en cuestión podría quedar establecido así:

a) Administración central del Estado
-Administración concentrada
De gestión: Ministerios
De fiscalización: Contraloría

-Administración desconcentrada
De gestión: Intendencias, Gobiernos civiles, Secretarías regionales de Ministerios y de Servicios.
De fiscalización: Delegaciones regionales de la Contraloría.

b) Administración descentralizada del Estado

Administración comunal: Municipalidades
Administración institucional: Fundaciones públicas.

Este cuadro debe además completarse con las Corporaciones en la medida en que éstas ejerciten actividades o petestades públicas.

B) No se si existe en la legislación chilena un precepto semejante al Artículo 1º de la Ley española de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 1957, todavía vigente, y que dice que "la Administración del Estado actuará para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única".

En todo caso, he encontrado en la legislación chilena preceptos que parecen contradecir este criterio. Así, el Código civil parece acogerse a la vieja teoría del Fisco (art. 547, apartado 2), conforme a la cual sólo una parte del aparato administrativo estatal goza de personalidad. Y si bien ello no puede sorprender dada la fecha de tan noble Cuer-

po legal (14 de diciembre de 1855), resulta ya menos explicable que el Código de Aguas (publicado en el Diario Oficial de 12 de marzo de 1969) diga todavía en su artículo 291 que "el Director General de Aguas, en representación del Fisco, podrá celebrar actos y contratos en cumplimiento de las funciones que le corresponden a la Dirección General de Aguas..." (Cito por la edición oficial aprobada en 7 de agosto de 1978).

La cosa se oscurece todavía más si tenemos en cuenta que hay preceptos que parecen atribuir personalidad jurídica a una simple Dirección General. Así en el ya citado Código de Aguas, en el artículo que sigue inmediatamente al que acabo de transcribir (o sea, en el art. 292) que "para todos los efectos el Director General será el representante legal, judicial y extrajudicial, de la Dirección General de Aguas", lo que puede llevar a concluir que ésta goza de personlidad, ya que el art. 545 del Código civil define la persona jurídica como "una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente".

No obstante, pienso que el Problema es, en cierto modo, secundario pues la personalidad es solamente una alternativa organizatoria, y lo que en realidad habrá que preguntarse es qué se añade a una organización cuando se le atribuye personalidad jurídica, problema que, naturalmente, no tiene que ser examinado aquí.

Lo que importa es tener presente que -según quedó ya apuntado más arriba- la Administración Central del Estado se halla hoy estructurada en Chile sobre una base regional y provincial, siendo la Región, lo mismo que la provincia, una mera división administrativa del Estado.

Por tanto, cuando se habla de Administración Central del Estado estamos refiriéndonos, no solo a la Administración concentrada (los Ministerios) sino también a las Intendencias y Gobiernos civiles y demás órganos que configuran la Administración desconcentrada.

C) La Ley Orgánica de las Municipalidades, de 12 de diciembre de 1975 define éstas como "instituciones de Derecho público, funcional y territorialmente descentralizadas, cuyo objeto es administrar la comuna para satisfacer las necesidades locales y promover el desarrollo comunal. Forman parte del sistema de Administración interior del Estado".

El caracter de personas jurídicas de las Municipalidades se obtiene por vía indirecta del art. 547, núm. 2 del Código civil, pues al declararlas excluídas del título continente dicho artículo viene a reconocer implícitamente que si tal exclusión no existiera serían personas jurídicas conforme a dicho título.

Y efectivamente, la definición de persona jurídica del art. 545, antes citado, les conviene perfectamente dado que:

a) pueden ejercer derechos y contraer obligaciones, según resulta del art. 5º de su Ley Orgánica.

b) pueden ser representadas judicial y extrajudicialmente en el artículo 12, letra d, de la misma Ley.

En consecuencia, la voz "descentralización" que emplea el transcrito art. 1º de la repetida Ley Orgánica está correctamente empleada en este caso.

Por lo demás, la afirmación, contenida también en ese artículo, de que "forman parte del sistema de Administración interior del Estado" hace referencia:

a) a que parte de sus competencias son compartidas con el Estado (art.3º, letra B)

b) a las funciones de tutela (supervigilancia) que se atribuye por la Ley al Supremo Gobierno, a los Intendentes Regionales y a los Gobernadores provinciales (art. 73).

D) Se designa con el nombre técnico de Fundación todo patrimonio adscrito a un fin y dotado de personalidad jurídica.

El Código civil se refiere únicamente a las fundaciones de beneficencia pública (arts. 545, 562, 563 y 564) y declara excluídas de su ámbito las fundaciones de Derecho público que son las que aquí interesan.

La terminología legal no suele ser muy precisa al referirse a este tipo de personas jurídicas, pudiendo inducir a confusión fácilmente. Así, en el Código de Aguas se designa con el nombre de Empresa Nacional de Aguas a lo que es una verdadera fundación de Derecho público (arts. 299 al 328, integrantes del título VI). Su configuración y encuadernamiento orgánico se hace en estos términos: "...persona jurídica de Derecho público, de administración autónoma y patrimonio propio, con plena capacidad para adquirir, ejercer derechos y contraer obligaciones y que se relacionará con el gobierno a través del Ministerio de Obras Públicas y Transportes".

Estas llamadas fundaciones -en las que el elemento patrimonial es decisivo, que no tienen miembros sino servidores y destinatarios de su actividad- plantean en Derecho público un problema fundamental cual es el de la mayor o menor intensidad de la relación con el ente de que dependen.

Nacidas siempre como respuesta a un problema de necesidad de agilidad en la gestión tienden -al amparo del ropaje de la personalidad jurídica- a adquirir cada vez mayor independencia.

Libertad de gestión y control de la misma por el Estado son los dos polos de tensión dialéctica en que se mueven estas Administraciones públicas.

Como luego diré, una de las opciones sobre las que deberá pronunciarse el mando frente a la nueva Ley hace referencia precisamente a esta cuestión.

F) Y llegamos por último a las Corporaciones, conjunto de individuos reunidos -legal o voluntariamente- para el cumplimiento de determinados fines y al que se le dota de personalidad jurídica.

A diferencia de lo que ocurre con las fundaciones -que "perecen por la destrucción de los bienes destinados a sy manutención" (art. 564, del Código civil)-, en las Corporaciones el elemento patrimonial es secundario, lo que prima en ellas, lo que las caracteriza es la existencia de miembros -los vecinos, los médicos, los abogados, los profesores y discípulos, etc.-.

Por eso, las Municipalidades son verdaderas corporaciones y como tales aparecen calificadas en el artículo 547, ap.2, in fine, del Código civil. Aquí, sin embargo, nos referimos a las restantes Corporaciones, con exclusión de las Municipalidades.

Pues bien, el problema es que estas Corporaciones son, en principio, personas jurídicas integradas por particulares para la defensa de unos intereses de clase o de grupo (Sindicatos, Colegios profesionales, etc.). Sin embargo, con frecuencia, casi diríamos que normalmente, la Administración pública se sirve de la organización administrativa de estas entidades para cumplir fines de interés general, delegándolas o descentralizando en ellas funciones y potestades administrativas, lo que obliga a plantearse el tema de control de este aspecto de su actividad, por cuanto, sin ser verdaderas Administraciones públicas, las Corporaciones, a estos efectos, funcionan como si lo fueran.

Piénsese, por ejemplo, en las Asociaciones de Canalistas, en las Comunidades de Aguas y en las Juntas de Vigilancia (estas últimas son una Corporación de Corporaciones), previstas todas ellas en el Código de Aguas (arts. 88 al 184), y se verá como muchas de las funciones que realizan constituyen verdadera actuación administrativa pública: normativa (art. 22), sancionadora, etc.

G) Estamos ya en condiciones de abordar el problema que constituye la razón de este epígrafe: el de las <u>opciones posibles</u> frente a una posible Ley general de la acción administrativa. Cabe, en efecto, optar entre:

a) Referirla a toda Administración pública, la del Estado y la de las Municipalidades, la de la Administración civil y la militar, la de la centralizada y la autónoma, o bien aplicarla solo a algunas de estas Administraciones, y cabe también extender su ámbito de aplicación a las Corporaciones en la medida en que ejerzan funciones y potestades administrativas o bien dejarlas fuera de su órbita.

b) Aplicación inmediata y directa en todo el ámbito nacional o aplicación limitada inicialmente a determinadas Regiones sin perjuicio de irla aplicando gradualmente a las restantes.

c) Regular sólo el que hemos llamado procedimiento aformal o regular también algunos procedimientos formales.

d) Regular únicamente la elaboración -y eventual revisión- del acto administrativo, o incluir también la elaboración de reglamentos administrativos.

e) Incluir o no determinadas cuestiones necesarias para completar el cuadro de garantías que demanda un Estado de Derecho, tales como la responsabilidad de la Administración o el control judicial de la actuación administrativa.

Naturalmente corresponde al mando pronunciarse sobre estas cuestiones, y sólo después de tomada la oportuna decisión, puede entrarse en la elaboración del correspondiente texto legal.

Por supuesto, cualquiera que sea la decisión del mando es evidente que el llamado procedimiento aformal no puede ser eludido, ya que éste aporta todas y cada una de las herramientas que el instructor del procedimiento puede necesitar en un momento dado.

Partiendo de esta idea, los actos de iniciación, instrucción, terminación y ordenación del procedimiento deben encontrar la adecuada regulación. Deben también indicarse los posibles recursos a utilizar, sin que sea absolutamente necesario regular su tramitación, puesto que en definitiva el instrumental a emplear nos lo proporciona siempre el procedimiento aformal. Por último debe abordarse el tema de los sujetos intervinientes, lo que obligará a tratar cuestiones de organización, y no deberá omitirse considerar los problemas del cómputo de plazos.

2.3.03 Iniciación del procedimiento. El problema de la presentación indirecta.

A) El procedimiento administrativo puede iniciarse de oficio o a instancia de parte.

La iniciación de oficio puede tener lugar mediante acuerdo del órgano competente, tomado:

a) Por propia iniciativa.
b) A excitación de terceros extraños al procedimiento. Tal ocurre en los casos de:
- denuncia de particulares
- denuncia de funcionarios que no desempeñan tareas inspectores
- denuncias de funcionarios en ejercicio de misiones inspectoras
- simples peticiones de funcionarios acerca de cuestiones en las que no pueden invocar un derecho o interés legítimo
- orden del superior jerárquico.

La denuncia y demás actos dirigidos a provocar el acuerdo de iniciación no tienen propiamente valor de acto de iniciación sino que operan como simple presupuesto procesal.

B) Pues bien, con ocasión de la iniciación se plantean una serie de cuestiones más o menos conexas con aquélla y cuya regulación legal suele hacerse en este apartado, aunque, a veces, puedan tener aplicación en otros momentos del procedimiento.

Tal ocurre con la presentación y recepción de escritos y documentos administrativos que suele ser tratado en este momento. De un aspecto de esta cuestión -la presentación por vías indirectas- voy a ocuparme aquí.

C) La presentación de un escrito o documento administrativo ante la Administración puede hacerse directamente ante el órgano destinatario (presentación directa), o a través de otros órganos distintos que efectúan, en sentido jurídico, una verdadera recepción de aquellos (presentación indirecta).

Cuando digo que en el caso de la presentación indirecta se produce una recepción en sentido jurídico, quiero dar a entender que produce los mismos efectos o consecuencias jurídicas que si la presentación hubiese sido hecha ante el órgano destinatario.

Las ventajas que para el presentador derivan de la posibilidad de actuar en este momento ante órganos intermediarios es evidente puesto que le evita las molestias y gastos de desplazamientos. El efecto desconcentrador que produce es por ello también claro.

La Ley española de 1958 admite esta que llamo presentación indirecta y en el Proyecto Larrainzar de ley chilena se incorpora también, adaptado a la realidad de este país, el artículo 55 de aquélla que la regula.

Sobre la base de estos textos voy a formular aquí una propuesta en la que trato de incorporar algunas correcciones y novedades que la práctica ha sugerido que pueden ser convenientes. El tema podría quedar regulado así:

"1. Sin perjuicio de su posible presentación directa ante el órgano o centro destinatario, los escritos y documentos administrativos podrán presentarse a través de los siguientes órganos y centros o dependencias oficiales:

a) Las Intendencias
b) Los Gobiernos civiles
c) Las Secretarías Regionales de los Ministerios
d) Las Secretarías Regionales de Servicios
e) Las Oficinas de Correos
f) Las Prefecturas, Tenencias o Retenes de las Fuerzas de Orden.

2. En todos los casos señalados en el número anterior se dará al interesado recibo de la presentación o, si lo prefiere, se le sellará, con expresión de la fecha, la copia correspondiente. Asimismo, cuando fuere necesario, y en todo caso a petición del interesado, se hará constar la hora de presentación.

3. El órgano receptor remitirá inmediatamente, a más tardar en el plazo de veinticuatro horas, los escritos y documentos de que se trate, al órgano destinatario de los mismos.

4. En todo caso se entenderá que los escritos han tenido entrada en el órgano administrativo competente en la fecha en que fueron entregados en cualquiera de las oficinas mencionadas en el número uno.

5. Idénticos efectos producirá la presentación de escritos y documentos administrativos que se verifique:
   a) Ante Notario
   b) En los Consulados de Chile en el extranjero
   c) Ante el Director de una Cárcel o Establecimiento penitenciario por algún recluso interesado en el procedimiento.

6. Las personas y órganos mencionados en el número anterior cumplirán lo previsto en los números dos y tres.

7. Las tasas y derechos económicos de cualquier clase que haya de satisfacerse en el momento de la presentación de escritos y documentos administrativos podrán hacerse efectivas por giro postal dirigido al órgano administrativo correspondiente, o mediante transferencia bancaria.

2.3.04 Instrucción del procedimiento. El tema de la prueba

A) Entre la inciación y la terminación del procedimiento administrativo tienen lugar una serie de actuaciones dirigidas a instruir al órgano decisor sobre la cuestión que constituye el objeto de aquél.

En definitiva, actos de instrucción son todos aquellos aptos para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución.

Toda la posible gama de actuaciones tendentes a conseguir esa finalidad de instrucción pueden ser incluídas en uno de estos tres tipos:

a) Actividades de aportación de datos. Introducen en el procedimiento determinados datos fácticos o jurídicos que pueden servir de fundamento a la resolución que, en su día, ponga fin al procedimiento. Según que esta aportación tenga por finalidad introducir simplemente el dato en el procedimiento, fijarlo definitivamente, o valorarlo críticamente, se puede hablar de alegaciones de introducción, de alegaciones de fijación o de alegaciones conclusivas. La terminología, adoptada por la doctrina procesalista, es perfectamente aplicable en el procedimiento administrativo;

b) Actividades de comprobación de datos. Van dirigidas a provocar el convencimiento del órgano decisor sobre la realidad o certeza de los datos aportados. Lógicamente se incluyen aquí las actividades probatorias.

c) Actividades mixtas. En este grupo se incluyen los informes de órganos administrativos, los cuales participan de la doble característica de instrumento de aportación de datos y de comprobación de los mismos, sirviendo, se-

gún los casos, a una u otra finalidad, o a ambas. Los informes administrativos de carácter jurídico constituyen normalmente un medio de aportar nuevos datos, nuevos elementos de juicio al procedimiento. Un informe de un laboratorio oficial sobre contenido de alcohol en sangre de una determinada muestra tendrá caracter probatorio.

Pues bien, la Ley general de procedimientos administrativos deberá contener la regulación de cada una de estos tres tipos de actividades, y hacerlo con la suficiente flexibilidad como para que el instructor tenga toda la libertad de acción que sea compatible con la garantía de los interesados.

B) A modo de ejemplo formulo a continuación una posible regulación de las actividades de comprobación de datos, esto es, la prueba.

En relación con este tema deben quedar reguladas las siguientes cuestiones: quién debe probar (carga de la prueba); ante quién ha de probarse (receptor de la prueba); qué ha de probarse (objeto de la prueba); cuándo y dónde ha de probarse (tiempo y lugar de la prueba); cómo ha de probarse (medios y procedimiento de la prueba); y eficacia de la prueba (valoración de la misma).

La regulación podría establecerse en estos o parecidos términos:

"1. Tanto en el procedimiento de gestión como en el de recurso, quien haga valer su derecho deberá probar los hechos normalmente constitutivos del mismo, lo que se entenderá cumplido si se designan de modo concreto los elementos de prueba en poder de la Administración. En los procedimientos sancionados la Administración tiene la carga de probar la realidad de los hechos y su imputabilidad al expedientado.
2. La intervención del instructor en la práctica de la prueba es esencial y no puede ser suplida por la intervención de ningún otro funcionario.
3. No será necesario probar los hechos admitidos o reconocidos por aquel a quien perjudican, ni

aquellos otros cuya existencia presume la Ley. Tampoco necesitarán ser probados los hechos notorios como son los acontecimientos políticos, históricos, geográficos, atmosféricos, científicos, etc. generalmente admitidos y los hechos evidentes y axiomáticos.

4. Cuando sea necesario a juicio del instructor de la prueba de algún hecho se fijará, de oficio o a petición de parte, un plazo para practicarla que no excederá nunca de treinta días ni será menor de diez.

5. Podrá ser utilizado cualquier medio de prueba en particular la declaración del interesado, de testigos o de peritos, el careo entre las partes, la prueba por documentos u otros objetos, así como el examen de lugares y la de presunciones: No obstante, para la prueba de determinados hechos, tales como el estado civil, podrá exigirse por la ley un medio de prueba determinado.

6. El órgano competente decidirá según su propia convicción qué hechos han de reputarse probados, sobre la base de valorar de forma concienzuda y escrupulosa cada prueba por separado y todas las pruebas como un conjunto y teniendo en cuenta el resultado de la totalidad del procedimiento".

2.3.05 Terminación del procedimiento administrativo. Sobre la necesaria inclusión del principio del silencio negativo.

A) El procedimiento debe terminar con un acto administrativo por el que el órgano administrativo se pronuncia sobre la cuestión de fondo que dió lugar a aquél: adjudicación de la obra a uno de los oferentes, imposición de sanción al imputado o absolución en su caso, reconocimiento o denegación al funcionario de los derechos económicos que invoca, etc.

Ocurre, sin embargo, que a veces la resolución que pone fin al procedimiento no versa sobre la cuestión de fondo, sino que se limita a aceptar la renuncia del derecho del peticionario, o el desistimiento de la acción ejercitada (en cuyo caso el derecho o interés invocado seguirá subsistiendo mientras no prescriba), o declara extinguido el procedimiento (no el derecho, tampoco en principio la acción) por imposibilidad de continuarlo cuando la colaboración del interesado es necesaria y éste no presta esa colaboración indispensable.

Pronunciamiento sobre la cuestión de fondo, aceptación de la renuncia del derecho, aceptación del desistimiento del peticionario, y caducidad o prención del procedimiento son todos los supuestos imaginables de terminación real o efectiva del procedimiento administrativo.

Y decimos real o efectiva porque en todos esos casos el expediente administrativo -esto es, el reflejo documental de la serie de actos que integran el procedimiento- aparece completo, quedando incorporado a él un documento en que se contiene el acto de terminación.

B) En algunas legislaciones, como la española, además de esta que llamo terminación real o efectiva, es posible hablar también de una terminación presunta del procedimiento administrativo.

Porque en esas legislaciones se admite que, aunque de hecho el procedimiento no haya terminado, y en consecuencia el expediente está incompleto porque faltará, por lo

menos, el documento que contenga la resolución que debía poner fin al mismo, a ciertos efectos se opera como si el procedimiento hubiera terminado. Se dice entonces que en estos países se admite el juego del silencio administrativo.

El silencio supone siempre ausencia de declaración, pero el silencio de la Administración -silencio administrativo- es, en esas legislaciones, un silencio elocuente, es un silencio que quiere decir algo, que debe interpretarse en un determinado sentido. Y, efectivamente, unas veces se interpreta en sentido afirmativo, se entiende que la Administración consiente (silencio positivo) y otras veces, en cambio, se le valora en sentido negativo, se considera que la Administración ha dicho no (silencio negativo).

Hay pues dos formas de valorar esa ausencia de declaración y, por tanto, se habla de dos clases de silencio administrativo.

Ahora bien, que el silencio sea unas veces positivo y otras negativo no es el resultado de un mero capricho del legislador. Por el contrario, el silencio tiene que ser positivo en unos casos y negativo en otros según la dificultad que haya que resolver.

Porque el principio del silencio administrativo no es sino una técnica jurídica al servicio de una necesidad de tipo práctico, mejor dicho de dos necesidades distintas. Para atender la una es necesario valorar en sentido negativo la inactividad formal de la Administración. Para resolver la otra la valoración ha de hacerse en sentido contrario.

Y puesto que sirven a necesidades diversas, y responden a una diferente razón de ser, hay que reconocer que se trata de dos instituciones diversas, y no de dos especies de una misma institución.

C) El silencio negativo constituye la contrapartida que se ofrece al ciudadano en compensación de la atribución a la Administración del llamado privilegio del acto previo, esto es de la imposibilidad legal en que se halla aquél de recurrir ante una instancia ulterior, en su caso, la judicial, frente a un acto de la Administración, mientras ésta no haya dictado otro acto expreso. Sirve para corregir las consecuencias perjudiciales -verdadera indefensión- para el particular del abuso de la Administración de ese privilegio, ya que -siendo requisito sine que non el acto previo- le bastaría a aquélla con no dictar resolución alguna (inactividad formal) para cerrar el paso del particular a la revisión del acto administrativo que le resultara perjudicial.

Claro es que todo esto podría evitarse también si se suprime ese privilegio, es decir si se establece la vía administrativa previa como meramente potestativa. Pero de esta cuestión me ocuparé en el apartado 4.3.5 de este informe.

Por lo demás, si se admite ese privilegio del acto previo no basta con decir que la Administración tiene obligación de resolver, porque el problema surge precisamente cuando la Administración incumple esta obligación.

Pero vista la cuestión desde este ángulo podemos decir también que el silencio administrativo es consecuencia precisamente de esa obligación, constituyendo una defensa contra el incumplimiento de la obligación de resolver.

Y desde luego, sería en verdad lamentable instrumentar -como ahora se pretende en Chile- todo un sistema de justicia administrativa si luego el mecanismo pudiera ser burlado simplemente con que la Administración no cumpliera la obligación de dictar acto expreso.

En resumen, la técnica del silencio administrativo puede explicarse de forma gráfica, de la manera siguiente:

a) Para entrar en el Palacio de la Justicia administrativa (justicia imparcial, inde-

pendiente, en que Administración y ciudadano discuten en pié de igualdad) es necesario que el particular pida y obtenga una llave, o, si se prefiere, un boleto de entrada: la resolución expresa denegatoria de su petición.

b) Como la llave o el boleto ha de entregarlo la Administración, (privilegio del acto previo) puede ocurrir que ésta, para evitar la molesta situación de verse discutiendo en un plano de igualdad ante el particular, "haga oídos de mercader" a la petición del particular y no responda, se calle, no le de la llave o el boleto de entrada (silencio de la Administración).

c) En este caso, la ley entrega al particular una ganzúa o un "pase de favor" (interpretando el silencio como una denegación, como si expresamente hubiera dicho que no), y de esta forma la entrada al Gran Palacio de la Justicia administrativa queda expedito.

Por todo ello, si se pretende instaurar un sistema de control judicial de la actividad administrativa, confiriendo a la Administración el privilegio del acto previo, es necesario regular la técnica de silencio administrativo, lo que podría hacerse en esta o parecida forma:

"1. Toda persona natural o jurídica, podrá dirigir instancias y peticiones a las autoridades y organismos de la Administración en materia de su competencia.

2. Cuando se trate de peticiones meramente graciables, la Administración sólo estará obligada a acusar recibo de las mismas.

3. En los casos en que mediante una petición trate el particular de hacer valer ante la Administración un derecho o cualquier otro interés protegido, la Administración estará obligada a resolver pronunciándose de forma expresa sobre la cuestión planteada.

4. Cuando en el caso previsto en el número anterior la Administración no hubiese notificado al particular su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá denunciar la mora, como recordatorio a aquélla de su obligación de resolver. Si no obstante lo anterior, transcurrieran otros tres meses sin que la Administración notifique la decisión correspondiente, el particular podrá optar entre interponer el recurso administrativo o judicial que proceda o esperar la resolución expresa de su petición. Si optare por esto último, la interposición del recurso podrá hacerse en cualquier momento.

5. Cuando la petición a que se alude en el número tres, fuese un recurso administrativo la denuncia de la mora será potestativa, pudiendo el particular, sin necesidad de ella, entender desestimada su petición una vez transcurridos tres meses desde la interposición de aquél, sin perjuicio de esperar, si lo prefiere, a que la Administración resuelva expresamente, en cuyo caso se estará también a lo previsto en el inciso último del número anterior".

D) Corresponde ahora decir unas palabras sobre el <u>silencio positivo</u>, institución distinta de la que acabamos de analizar, con la que sólo tiene de común el dato de la inactividad formal de la Administración.

El problema que se trata de resolver con esta otra técnica del silencio positivo es totalmente diverso, en efecto, del que veíamos anteriormente. Aquí no se trata ya de facilitar el acceso del particular a una instancia revisora ulterior donde pueda hacer valer un derecho o interés discutido.

El caso que ahora nos ocupa, el particular tiene perfectamente reconocido su derecho, y lo único que ocu-

rre es que, para ejecutarlo necesita remover un obstáculo que se opone a dicho ejercicio, obstáculo que es precisamente la obtención de un permiso o licencia de la Administración de otorgamiento reglado, es decir que no puede ser denegado si la actuación que solicita el particular reune los requisitos previstos en la ley.

Caso típico es el de las licencias de construcción a través de las cuales la Administración controla si la construcción que se proyecta reune los requisitos de altura, de volumen, etc, previstos en las correspondientes ordenanzas.

Es evidente que la inactividad formal de la Administración se traduce en un perjuicio para el particular, siquiera sea de índole diversa al del caso anterior.

Pues bien, para evitar esos perjuicios se recurre a la técnica del silencio positivo, esto es, se presume que no hay obstáculo al ejercicio de la actividad solicitada a través de la que se pretende ejercitar el derecho que ya tiene el particular, se presume que la Administración ha contestado declarando que lo pretendido por el particular se ajusta al Ordenamiento jurídico.

Como precaución, sin embargo, frente a la picaresca ciudadana -que también se puede dar- la ley advierte que en ningún caso se entenderán autorizadas mediante esta técnica actuaciones contrarias al Ordenamiento jurídico.

Una regulación aceptable de este tema podría ser la siguiente:

"1. En el caso de autorizaciones, aprobaciones o licencias de otrogamiento reglado que deba obtener el particular para ejercitar sus derechos o intereses legítimos, se entenderán automáticamente concedidas si transcurren tres meses desde que se presentó la solicitud sin que la Administración haya resuelto expresamente.

2. En ningún caso se entenderán concedidas por silencio positivo aquellas licencias que, por referirse a peticiones contrarias ordenamiento jurídico, no habría podido otorgar nunca la administración.

3. Por normas de rango legal o reglamentario podrá establecerse un plazo inferior a tres meses para estos casos.

4. La técnica del silencio positivo podrá aplicarse también, cuando así se establezca por disposición legal o reglamentario, a los supuestos de ejercicio de funciones de fiscalización o de tutela sobre otros órganos o Administraciones públicas".

E) Por lo que me consta, el Derecho administrativo chileno se encuentra en este aspecto en un estado de evolución similar al que existía en España antes de 1958, fecha en que, como ya he tenido ocasión de repetir se publicó la Ley de Procedimiento administrativo que, en su artículo 94 establecía una regulación general del silencio administrativo con efecto negativo.

La doctrina, en efecto, había puesto de relieve lo injusto que resultaba el que en unos Ministerios la institución del silencio negativo estuviera prevista en su respectivo Reglamento orgánico y en otros no lo estuviera, con lo que el particular se beneficiaba o no de la protección que dicha institución acarrea según ante qué Ministerio hubiera de formular una determinada petición.

Porque si bien no existe en Chile una regulación general del silencio administrativo negativo, conozco algún caso -que seguramente no es el único- en que dicha técnica está admitida. Así, en el Código de Aguas se confiere al particular el beneficio del silencio negativo en el caso de las resoluciones de la Dirección General de Aguas "que determinen la procedencia de alguna indemnización o fijen su monto", pero en cambio no está previsto el uso de esta técnica en resolu-

ciones de la misma Dirección General que tengan un objeto distinto. Y sin embargo, se le impone siempre la obligación de resolver. Así tenemos, por ejemplo:

a) Supuesto en que el incumplimiento de la obligación de resolver puede ser atenuado con la técnica del silencio negativo; el ya citado, y que está regulado en los artículos 295, y 297: "Dentro del plazo de treinta días, contando desde la notificación de la resolución, el afectado podrá pedir reconsideración a la Dirección General de Aguas. Esta deberá resolver en el plazo de treinta días y si no lo hiciere dentro de él se entenderá que rechaza la reconsideración" (art. 295, ap. 2). "Las resoluciones de la Dirección General de Aguas que determinen la procedencia de alguna indemnización o fijen su monto, podrán reclamarse ante los Tribunales Ordinarios conforme a las normas de los juicios de Hacienda, dentro del plazo de treinta días, contado desde su notificación o del transcurso del término que el artículo anterior fija para que la Dirección General de Aguas dicte su resolución, o desde la notificación de la resolución que recaiga en el recurso de reconsideración, según corresponda" (art. 297, ap.1).

b) Supuesto en que el particular se halla indefenso frenta a la inactividad formal de la Administración: solicitud de otorgamiento del derecho al aprovechamiento en caso de enajenación de parte de un predio cuyo titular tiene aquel derecho. Se halla contenido en el art. 12, y más concretamente en sus apartados tercero y cuarto. Para la más fácil inteligencia del caso transcribo los cuatro apartados: "No podrá cederse el derecho al aprovechamiento. No obstante, si se enajenaren, transmitieren o adjudicaren los inmue-

bles o las industrias para los cuales las aguas fueron destinadas, subsistirán a favor del adquirente o adjudicatario los derechos de aprovechamiento. Sin embargo, tratándose de la enajenación o adjudicación de parte de las tierras regadas de un predio, deberá presentarse previamente, para la aprobación de la Dirección General, el correspondiente proyecto de distribución de las aguas con sus antecedetnes completos; aprobada la distribución, la Dirección General de Aguas otorgará al adquirente o adjucatario de dichas tierras el respectivo derecho de aprovechamiento, sin sujeción a los trámites establecidos en el título I del Libro II. La Dirección General de Aguas deberá pronunciarse sobre el proyecto de distribución de aguas dentro del plazo de 120 días, contado desde la fecha de su presentación". Pues bien, ¿qué pasa si la Dirección General no se pronuncia en ese plazo? El caso es particularmente interesante porque nos encontraríamos en primer lugar, con un supuesto de inactividad formal de la Administración. En segundo lugar, estaríamos ante un acto de trámite -aprobar el proyecto de distribución- cuya omisión deja indefenso al particular, pues la aprobación del proyecto es requisito sine qua non para otorgar el respectivo derecho al aprovechamiento. En tercer lugar ese acto de aprobación parece que está configurado como discrecional.

La conclusión que se obtiene de todo esto es bien clara: no parece coherente que en unos casos la Administración pueda impunemente incumplir su obligación de resolver y en otros en cambio el particular pueda combatir la inactividad formal con la técnica del silencio administrativo. Pero es que, además, ello establece una discriminación que rompe el principio de igualdad reiteradamente proclamado.

Por lo que respecta a la posibilidad de controlar los actos discrecionales, me remito al apartado 4.3.4.2 de este informe.

2.3.06 Ordenación del procedimiento. La importante cuestión de la acumulación obligatoria de procedimientos en caso de solicitud de una pluralidad de licencias necesarias para un mismo objeto.

A) La serie heterogénea de actos que tienen lugar en el procedimiento, así como el de los escritos y documentos que reflejan aquéllos, han de ser ordenados y encauzados adecuadamente. A la actividad dirigida a conseguir esta finalidad se le llama actividad de ordenación.

Los actos de ordenación son de tres tipos: de impulso, de dirección y de constancia.

La admisión o no de la práctica de una prueba solicitada, la fijación de un plazo para oír al interesado, etc., constituyen actividades de impulso.

La incorporación de documentos al expediente, o la transcripción documental de una declaración de un testigo, son actividades de constancia.

La acumulación de procedimientos, de que aquí voy a ocuparme, constituye actividad de dirección.

B) La acumulación de procedimientos responde siempre a un principio de economía procesal.

Normalmente es facultad del instructor acordar esa acumulación, si bien solo podrá ejercerla cuando haya íntima conexión entre dos o más procedimientos.

Hay, sin embargo, legislaciones como la española que prevén una acumulación obligatoria para el caso de que el particular haya de obtener simultáneamente una pluralidad de licencias relativas a un mismo objeto o actividad. Es el caso que se plantea cuando se quiere construir un edificio destinado a una industria hotelera, o un balneario, y tantos más que podrían citarse.

Como el problema preocupa en Chile, según se me ha informado, voy a ofrecer un proyecto de texto intentando solucionar el problema en la línea de lo previsto en el art. 39 de la Ley española, pero introduciendo en el mismo las oportunas correcciones a fin de salvar las dificultades que en la

práctica haya planteado la aplicación de aquel precepto.

"1. Cuando para la realización de una determinada actividad sea necesaria la obtención de una pluralidad de licencias o autorizaciones cuya expedición corresponda a dos o más Ministerios o a órganos diversos de un mismo Ministerio, el interesado podrá obtenerlas simultáneamente mediante el procedimiento que se establece en este artículo.

2. La solicitud se presentará y tramitará ante el órgano que tuviere competencia más específica por razón de la materia, lo que debe determinarse por vía reglamentaria para cada supuesto. Cuando tal determinación no se haya hecho, el procedimiento podrá iniciarse ante cualquiera de los órganos que debe otorgar una de las licencias necesarias, correspondiendo desde ese momento la instrucción a dicho órgano.

3. El órgano que instruye el procedimiento recabará de los otros a los que corresponda algún género de intervención en el asunto, cuantos informes y autorizaciones sean precisos. Se entenderá que no existe objeción cuando pasado un mes y reiterada la petición, transcurran quince días más sin recibir respuesta del órgano requerido.

4. La resolución que se dicte será única, especificando, en su caso, la razón de la denegación.

5. La unidad de expediente y de resolución se mantendrá también cuando para un mismo objeto deban obtenerse autorizaciones u otros acuerdos de Fundaciones públicas, las cuales se limitarán a colaborar en el procedimiento instruído por el órgano correspondiente de la Administración Central. En consecuencia, la facultad de elección de órgano instructor que, en defecto de regulación específica, se confiere al interesado en el número dos queda sometida a la limitación resultante de la aplicación de este apartado."

2.3.07 Revisión del acto administrativo en vía administrativa. El problema de la revisión de oficio.

A) El Estado de Derecho reclama la existencia de un control de los actos de la Administración por un órgano independiente e imparcial, requisitos que concurren en la organización de justicia. De aquí que sea muy elogiable el que el nuevo Proyecto de Constitución chilena cree una Jurisdicción contencioso-administrativa, prevista ya en la Carta de 1925, aunque luego, desgraciadamente, no se llevó a la práctica.

Pero sin perjuicio de que más adelante me ocupe de los problemas que plantea la instauración de un sistema de control judicial de la actividad administrativa, debo referirme ahora a la revisión que se realiza por órganos de la propia Administración pública y, más concretamente al problema de la conveniencia o no de admitir la figura que en la legislación española se llama "revisión de oficio".

B) En mi opinión, esta parte del texto español no debe ser incorporada sin introducir importantes correcciones al mismo. Quiero decir que en este punto sería arriesgado seguir totalmente el modelo español que confiere en este punto a la Administración un privilegio carente en absoluto de justificación.

Esta llamada revisión de oficio consiste en la potestad de la Administración de declarar por sí misma, sin intervención judicial, la nulidad o anulabilidad de los actos administrativos por ella dictados, sin sujeción a plazo en el primer caso (nulidad) y con sujeción a plazo en el segundo (anulabilidad), sin perjuicio, claro es, de que el particular perjudicado pueda impugnar en vía judicial el acto que acuerda dicha revisión.

Pues bien, los artículos 109 y 110 de la Ley española -donde el tema aparece regulado- vienen a establecer en favor de la Administración un privilegio injustificado al permitirle ocupar de esta forma la cómoda posición de demandado, ya que el particular se verá obligado a impugnar el acto revisado de oficio.

Por eso entiendo que, si bien debe admitirse que el interés público puede aconsejar en determinados casos la

revisión de los actos declarativos de derechos, tal revisión sólo debe poder acordarla el juez.

Caso distinto es el de aquellos actos que no sean declarativos de derechos, los cuales no hay inconveniente en que puedan ser revisados por la Administración.

Algo análogo ocurre en el supuesto de mera rectificación de errores aritméticos o de hecho, en que realmente ni siquiera se puede decir que haya revisión del acto sino más propiamente expresión de la verdadera voluntad administrativa que se había manifestado falsamente.

En consecuencia, creo que los problemas que abordan los artículos 109 a 112 de la Ley española, caso de que se considere oportuno darles un tratamiento adecuado en la futura legislación chilena -y posiblemente no convenga ignorarlos- deberían ser regulados en esta o parecida forma:

"1. Los actos de la Administración que no sean declarativos de derecho podrán ser modificados por aquella en cualquier momento.

2. En cualquier momento podrá también la Administración rectificar los errores materiales o de hecho y los aritméticos, sean o no declarativos de derechos. Esta rectificación se podrá acordar de oficio o a instancia de parte.

3. Cuando la Administración considere que un acto administrativo debe ser revocado por ser contrario al ordenamiento jurídico deberá solicitarlo del juez y obtener a su favor la oportuna sentencia dictada en un proceso en que se de oportunidad de intervenir como partes a los interesados."

2.3.08 Ejecución del acto administrativo. Ejecuciones materiales.

A) Al catalogar más arriba (Segunda parte, apartado 1.2) los distintos procedimientos administrativos, distinguíamos dos clases de procedimientos de ejecución: los de pura actuación material y los que se traducían en una actuación formal. Debe subrayarse, sin embargo, que en ambos casos la actuación resultante será jurídica en cuanto produzca o de lugar a efectos o consecuencia jurídicas, esto es al nacimiento, modificación o extensión de derechos o intereses jurídicos.

B) Pues bien, concretándonos a la llamada ejecución material, interesa destacar cuatro cuestiones: a) Legitimación previa de la misma; b) Control de esta actuación material cuando el acto legitimador no consta expresamente; c) Defensa contra la vía de hecho; d) Respecto a la dignidad humana.

Estas cuatro importantes cuestiones podrían regularse así en una futura Ley de procedimiento administrativo:

"1. La Administración pública no iniciará ninguna actuación material que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico.

2. El órgano que ordene un acto de ejecución material estará obligado a comunicar por escrito, y a requerimiento del particular interesado, la resolución que autorice la actuación administrativa.

3. Cuando por la forma peculiar de producirse la actuación material de la administración no sea posible que la orden que ponga en marcha aquélla sea consignada por escrito, su existencia se presumirá siempre a efectos del posible control de las concecuencias jurídicas de dicha actuación.

4. Cuando sin seguir el procedimiento legalmente establecido, por la simple vía de hecho, la Administración ocupare bienes de particulares o alterase la posesión de los mismos, podrán los interesados, sin necesidad de reclamar previamente en la vía administrativa, interponer interdicto de retener o recobrar la posesión ante los Tribunales de Justicia los cuales una vez comprobados los hechos con la urgencia que estos casos requieren, restablecerán en su posesión al que fue perturbado o despojado.

5. Los actos administrativos que impongan a los administrados una obligación personalísima de no hacer o soportar podrán ser ejecutados por compulsión directa sobre sus personas en los casos en que la ley expresamente lo autorice, y dentro siempre del respecto debido a la dignidad de la persona humana y a los derechos reconocidos en la Constitución".

2.9.09 Tiempo y procedimiento

A) El procedimiento administrativo es una secuencia de actos que, como tal, se desenvuelve en el tiempo.

No es del caso detenerse aquí en subrayar esta importancia del tiempo en el procedimiento que no es sino una aplicación de la que tiene en el mundo del Derecho y, en general, en todo el acontecer humano. Porque es evidente que el tiempo, que todo lo muda, no podía dejar de producir efectos o consecuencias jurídicas.

B) A los efectos aquí pretendidos es bastante con dejar constancia que la Ley que venimos hablando debe regular, en relación con este tema, al menos las siguientes cuestiones: a) El principio general de la celeridad en la actuación administrativa; b) Diferenciar la celeridad de la urgencia; c) El principio in dubio pro actione, que no debe confundirse con el de in dubio pro reo, pues se trata únicamente de favorecer al máximo el acceso del ciudadano a una instancia revisora ulterior, en su caso la contencioso-administrativa, evitando que una interpretación formalista rígida le haga perder la oportunidad de hacer valer su derecho ante quien corresponda; d) Cómputo de plazos; e) Duración del procedimiento; f) Declaración de extinción del procedimiento sancionador que no se tramite en el plazo legal.

Las cuestiones reseñadas podrían, tal vez, regularse de la siguiente manera:

"1. La celeridad es norma exigible en toda actuación administrativa y el funcionario que por su negligencia retrasare el despacho de los asuntos o de otra forma causare perjuicio a los interesados incurrirá en responsabilidad.

2. Para aquellos casos en que se produzca una incompatibilidad por razón de tiempo entre el procedimiento previsto y el fin que por su medio se trata de alcanzar, el instructor, de oficio o a instancia de parte, acordará la aplicación del procedimiento de urgencia, con reducción de plazos ó supresión de trámites, según lo establecido en cada caso. De no haber norma expresa se en-

tenderán reducidos los plazos a la mitad. En ningún caso podrá preverse ni tampoco entenderse que razones de urgencia originen reducción en los plazos para presentar instancias o para interponer recursos.

3. Cuando ocurra duda razonable acerca de si un acto del particular del cual dependa la preclusión de la acción o la pérdida del derecho ha sido o no realizado en plazo se dará la interpretación más favorable a la subsistencia de la acción.

4. Salvo precepto en contrario, cuando el interés público lo aconseje y no se cause perjuicio a tercero, el instructor podrá conceder, de oficio o a petición de los interesados una prórroga de los plazos establecidos, que no podrá exceder de la mitad de los mismos.

5. Los plazos se contarán siempre a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto o norma de que se trate.

6. A menos que se diga otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entenderán que son días hábiles, excluyéndose del cómputo los feriados.

7. Si el plazo se fija en meses y estos se designan por su nombre se computarán por los días que realmente tengan. En otro caso el mes se computará de fecha a fecha, de manera que, iniciado el cómputo en la forma prevista en este artículo, en ese mismo día del mes siguiente habrá empezado a correr otro mes.

8. Cuando los plazos se establezcan por años se computarán también de fecha a fecha en forma análoga a la prevista en el número anterior.

9. Cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.

10. No podrá exceder de seis meses el tiempo que transcurra desde el día en que se inicie un procedimiento administrativo hasta aquel en que se dicte resolución, a no mediar causas excepcionales, debidamente justificadas, que lo impidieren, las cuales se consignarán

en el expediente mediante diligencia firmada por el Instructor. Todo ello sin perjuicio de la posible exigencia de responsabilidad de acuerdo con lo previsto en el número 1.

11. En el caso de los procedimientos sancionadores, transcurrido el plazo previsto en el número anterior sin que se haya dictado la correspondiente resolución absolutoria o sancionadora, en su caso, se extinguirá el procedimiento levantándose las medidas provisionales que se hubieren adoptado.

12. A los efectos previstos en los dos números precedentes, se entenderá por procedimiento cada una de las instancias administrativas, sea la de primera decisión, sea la de recurso".

2.3.10 Responsabilidad de la Administración Pública y de sus funcionarios.

Un tema que viene preocupando hace tiempo a los inspublicistas chilenos y que hasta ahora no ha encontrado solución satisfactoria en este país es el de la llamada responsabilidad extracontractual del Estado y más concretamente de la Administración pública.

No es del caso exponer aquí el estado de la cuestión en la doctrina y legislación chilenas, así como la jurisprudencia -ni muy abundante ni demasiado progresiva- producida con ocasión de ciertos conflictos entre particulares y la Administración por daños causados por ésta. Me remito a las págs. 499-621 del Manual de Derecho Administrativo, del Profesor Hugo Caldera Delgado, ed. 1979, donde puede encontrarse información completa sobre estos puntos.

Pues bien, entiendo que este tema no debería de olvidarse en la Ley que se proyecta, y es una razón más para sustituír la denominación de Ley de procedimientos administrativos por la más amplia de Ley General de la acción administrativa que aquí vengo usando.

Debo decir que cuando en 1956 se dictó en España la Ley de Expropiación forzosa se aprovechó la oportunidad para regular este tema de la responsabilidad de la Administración, saltando por encima de escrúpulos doctrinales que consideraban inadecuada la inserción de este tema en una Ley sobre la Expropiación forzosa.

Y debo decir, además, que esa regulación, perfeccionada después en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 1957, constituye uno de los textos más progresivos que se conocen en el derecho comparado en esta materia.

Conforme al artículo 41 de esta última Ley la Administración responde en España de los daños causados a los particulares "por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos", esto es tanto si los daños son resultado de una actividad ilícita (funcionamiento anormal) como si son consecuencia de una actividad lícita (funcionamiento normal).

Todo ello sin perjuicio de que la Administración pueda repetir contra el funcionario causante del daño, si este obró con dolo o negligencia inexcusable, y sin perjuicio también de que el particular pueda, si así lo prefiere, dirigir su acción directamente contra el funcionario.

2.3.11 Saliendo al paso de una objeción. Complicación jurídica, procedimiento administrativo y capacitación funcionarial.

Una objeción se formula frente a la técnica sugerida aquí de aprobar una Ley general sobre la acción administrativa: que ésta no va a ser entendida por el funcionario medio y que, consecuentemente, no podrá ser correctamente aplicada, por lo que, en vez de resolver los problemas acabará complicándolos más de lo que ya están.

Sinceramente: a mí esto me hace recordar todas las objeciones contra el progreso industrial. Evidentemente es más complicado dirigir una gran empresa que la modesta industria familiar. Y probablemente es más fácil aprender a manejar una barca de remos que un gran transatlántico. Pero también es cierto que con la gran empresa las posibilidades de expansión económica se multiplican y con el gran transatlántico la navegación se ha hecho más segura y más confortable.

El problema, por tanto, hay que afrontarlo desde otra perspectiva y preguntarse: ¿podemos seguir así? Si la respuesta es negativa hay que seguir adelante tratando de resolver las dificultades que inevitablemente surgirán.

Es cierto que el Derecho administrativo es a veces muy complicado. Pero parte de esa complicación puede ser eliminada con una legislación técnicamente correcta y adecuada al medio social en que ha de aplicarse.

En diversos lugares de este informe se insiste en la necesidad de capacitar al funcionario, y no solo en el aspecto jurídico, sino también en el puramente gerencial. Sobre la consideración de la Administración como una gran empresa hablaré en el apartado siguiente. Ahora debo insistir en el tema de la capacitación jurídica del funcionario. Y sobre este punto debo decir:

a) Que, por supuesto, no es necesario, ni siquiera conveniente que todos los funcionarios tengan una formación jurídica. El funcionario debe tener aquellos conocimientos que sean necesarios para desempeñar con perfección la ta-

rea que tenga encomendada y para la que fue seleccionado. La Administración realiza cometidos de muy diversa índole, y la actuación jurídica es sólo un aspecto a considerar dentro del conjunto de la total actividad pública.

b) Que incluso aquellos funcionarios que han de intervenir en actuaciones de carácter formal, la exigencia de conocimientos jurídicos será mayor o menor según la dificultad de las cuestiones en que hayan de intervenir. La proporción de asuntos en que sea necesario realizar un trabajo de "alta cirugía jurídica" es en la Administración pública proporcionalmente ínfima si se la compara con el número ingente de casos en que la intervención del funcionario se limita a la aplicación automática de normas o a la simple confrontación de hechos. Y al respecto, debo llamar la atención sobre un precepto de la Ley española de procedimiento administrativo que confirma cuanto digo. Es el artículo 6 y dice lo siguiente: "Corresponde a las dependencias inferiores... resolver aquellos asuntos que consistan en la simple confrontación de hechos o en la aplicación automática de normas tales como libramiento de certificados, anotaciones o inscripciones, así como instruir los expedientes, cumplimentar y dar traslado de los actos de las autoridades ministeriales, diligenciar títulos, autorizar la devolución de documentos y remitirlos a archivo".

Ahora bien, si lo que se quiere decir al formular aquella objeción es que el leguleyismo es rechazable y que hay que evitar que tanto el funcionario como el simple ciudadano se vean envueltos en una normativa asfixiante y entorpecedora, me uniría al coro de los objetores. Se cita el caso de un virrey que escribía al emperador Carlos rogándole que no enviara juristas al Nuevo Continente "porque los juristas me involucran la conquista".

Solo que, naturalmente, no eran juristas, sino leguleyos, que nunca faltan en la Administración como en el Foro, aunque "maldita la falta que hacen" ni en un sitio ni en otro.

Es claro que no es esto lo que se pretende aquí. Antes al contrario, se trata de introducir un principio de orden en la legislación mediante la orientación que debe marcar la Ley cabeza de grupo, y la economía normativa que toda codificación, aunque sea sectorial, comporta.

3. ASPECTOS QUE HACEN REFERENCIA A LA RACIONALIZACION ADMINISTRATIVA

3.1 La consideración gerencial de la Administración pública

Una reforma que quiere hacer marchar a la Administración pública al compás de los tiempos modernos no puede poner el acento únicamente en el lado de los derechos subjetivos y de las garantías de los particulares, con ser esto muy importante. Ha de prestar atención también a todas las modernas técnicas de racionalización del trabajo administrativo para lograr que su quehacer se desenvuelva con rapidez y eficiencia.

Y en este aspecto el jurista ha de ceder la palabra al administrador propiamente dicho, al funcionario en el sentido más noble y también más exacto de la palabra, al que ha de saber hacer "funcionar" esa gran empresa que es la Administración en nuestros días.

Abrir rutas camineras, crear hospitales, cuidar del abastecimiento de los mercados en momentos de escasez, etc. son tareas que exigen contar al frente de los correspondientes servicios con hombres dotados de un verdadero espíritu gerencial.

Pero es que incluso sin salirse de aquella óptica, indudablemente parcial, de las garantías del ciudadano se hace preciso prestar atención a los problemas de racionalizaación del trabajo administrativo. Porque como se decía ya en la Exposición de Motivos de la ley española de procedimiento administrativo -que en el momento de su publicación, en el año 1958, constituyó una verdadera revolución en este campo- "las citadas garantías, cuando se instrumentan tan solo como protecciones formales, no alcanzan ni con mucho el fin perseguido, al ser compatible con demoras y retrasos, molestias innecesarias y perturbadoras, excesivo coste e ineficiencia de los servicios, y, en fin, con una variada gama de verdaderos perjuicios que redundan tanto en el de los particulares como en el de la propia Administración". (IV, 1).

Por eso, la nueva Ley de la acción administrativa puede y debe incorporar una serie de normas jurídicas que consagren

una serie de principios dirigidos a aumentar el rendimiento de la gestión administrativa y a abaratar su coste.

Tema, por tanto, extrajurídico pero que puede, y debe, ser instrumentado jurídicamente.

En realidad, lo jurídico y no jurídico no pueden situarse de espaldas. Se trata de aspectos que han de influirse recíprocamente. Considerar solo uno de los aspectos, descuidando el otro, es tanto como renunciar a actuar coherentemente en esta tarea de la reforma funcional.

3.2 Delegación, avocación y sustitución interorgánica. Sustitución del titular del órgano (suplencia). Delegación de firma.

A) Esa recíproca interacción entre lo jurídico y lo no jurídico se aprecia de forma muy clara en la transferencia de funciones, algunas de cuyas manifestaciones -transferencias entre órganos- van a ser aquí examinadas -diferenciándolas también de algunas figuras afines- -delegación de firma y suplencia.

Prescindo aquí de las transferencias intersubjetivas tanto si tienen lugar (o sea de persona a persona), tanto si tienen lugar mediante norma jurídica, esto es con alteración del ordenamiento jurídico (caso de la descentralización), como si se producen por simple acto (delegación, avocación y sustitución intersubjetivas).

Tampoco analizao aquí la transferencia entre órganos que se realiza mediante norma jurídica (desconcentración).

En suma, pues, voy a tratar sólo de la delegación, avocación y sustitución entre órganos. Nota común a estas tres formas de transferencia de funciones es el que se realiza siempre por simple acto administrativo.

B) La delegación interorgánica -transferencia de funciones entre órganos de una misma persona jurídica que tiene lugar de arriba abajo mediante simple acto administrativo dictado por motivos de oportunidad- podría regularse de la siguiente manera:

"1. Los órganos administrativos superiores podrán delegar el ejercicio de determinadas competencias oue tengan atribuídas por el ordenamiento jurídico en los órganos inferiores mediante simple acto administrativo que deberá pubicarse en el Diario Oficial del Estado o en el de la Región, según que la competencia del órgano delegante se extienia a todo el territorio nacional o sólo a una región determinada.

2. En ningún caso podrá el órgano delegante desprenderse mediante uno o varios actos administrativos, del ejercicio de la totalidad ni de la mayor parte de sus competencias. Tampoco podrá delegar las competencias futuras. No podrá ser objeto de delegación, en ningún caso, la competencia para emitir informes.

3. Los órganos inferiores a los Ministros, y los inferiores al Intendente, cuando se trate de órganos regionales, necesitarán contar en cada caso con la autorización de su superior jerárquico para poder transferir por delegación el ejercicio de cualquier competencia de las que pueden ser objeto de delegación.

4. La delegación será revocable en todo momento por el órgano que la haya conferido, pero mientras dure aquélla el delegante no podrá actuar las competencias cuyo ejercicio hubiere delegado. Se exceptúan de esta prohibición los supuestos de avocación en los casos en que la ley lo permite.

5. El órgano delegado podrá delegar, a su vez, la totalidad o parte de las funciones que ha recibido por delegación si así lo autoriza el órgano delegante en el momento de hacer la delegación o en un momento posterior.

6. Cuando un acto se dicte en ejercicio de funciones delegadas se hará constar expresamente esta circunstancia.

7. Corresponde al órgano delegante resolver los recursos contra los actos dictados por el delegado en ejercicio de funciones delegadas.

8. Se entenderán automáticamente revocadas las delegaciones conferidas por el delegante en los casos de cese o cambio de éste, sin perjuicio de que puedan ser confirmadas, con caracter general o en cada caso, por el nuevo titular del órgano delegante.

9. Se entenderá también extinguida la delegación por el cumplimiento del plazo o de la condición, si el acto de delegación contuviere estas previsiones".

C) Una figura íntimamente relacionada con la que acaba de examinarse, aunque no debe confundirse con ella, es la llamada delegación de firma. Su regulación podría hacerse así:

"1. Sin perjuicio de la posibilidad de delegar el ejercicio de la competencia, en la forma y con las limitaciones que dice la ley, los órganos administrativos, cuando se trate de actos realizados en masa, podrán delegar la firma de los documentos individuales que contengan la reproducción o notificación del acto tipo.

2. El funcionario que tenga delegada la firma despachará con el titular de la competencia el asunto o asuntos tipo de que se trate y procederá luego a firmar las correspondientes resoluciones individualizadas. El titular de la competencia firmará únicamente la relación en que se contenga la referencia a los correspondientes expedientes.

3. En determinados tipos de documentos, podrá autorizarse reglamentariamente la reproducción mecánica de la firma del titular del órgano o la sustitución de ésta por cualquier otro medio de identificación, siempre que la técnica de reproducción o de sustitución que se emplee permita eliminar razonablemente los riesgos de falsificación".

D) <u>La avocación interorgánica</u> -que no debe confundirse con la revocación de la delegación- consiste en la transferencia del ejercicio de la competencia decisiva en un asunto concreto -perfectamente individualizado por los nombres de los interesados o la descripción del objeto- a un órgano superior a aquel

que la tiene atribuída o simplemente delegada, y que tiene lugar mediante acto administrativo.

Por tanto:

a) No toda competencia sino precisamente la de decidir constituye objeto de la avocación.

b) Recae sobre un asunto determinado -identificable por nombres y apellidos o por número de expediente-, no sobre un bloque o haz de tareas o competencias.

Podría ser regulada de esta forma:

"1. El Presidente de la República en todo caso, los Ministros de Gobierno en los asuntos de su Departamento, y los demás órganos administrativos cuando así lo autorice la ley, podrán, de oficio o a instancia de parte interesada, avocar a sí el ejercicio de la competencia para resolver un expediente determinado, identificado subjetiva u objetivamente, tanto si el órgano inferior estuviera interviniendo en el mismo en virtud de facultades propias como en virtud de delegación.

2. El acto por el que se avoca la competencia decisoria se notificará a los interesados sin que sea necesario publicarlo en el Diario Oficial.

3. Contra el acto de avocación no se dará recurso alguno. Contra el acto que ponga fin al procedimiento objeto de avocación cabrán los mismos recursos que procedan ordinariamente contra la actuación del avocante".

E) Y llegamos ahora a la <u>sustitución interorgánica</u> que tiene lugar únicamente en circunstancias excepcionales previstas expresamente en la ley:

"1. En supuestos concretos y excepcionales podrá la ley prever, a fin de asegurar la continua-

ción en la prestación de los servicios, o de sanear la situación económica de un determinado órgano o ente administrativo, o por cualquier otro motivo análogo suficientemente grave, que otro órgano administrativo, ya existente o que se cree expresamente con este objeto, lo sustituya con carácter temporal asumiendo el ejercicio directo de sus competencias

2. El acto de sustitución será adoptado en todo caso previa autorización del Ministro correspondiente, debiendo ser publicado en el Diario Oficial del Estado y, en su caso, en el de la Región.

3. A los efectos de los recursos procedentes los actos que dicte el órgano sustituto se entenderán como dictados por el órgano o ente sustituído".

F) Por último, constituye un caso distinto del que acaba de ser tratado la llamada <u>suplencia o sustitución titular del órgano</u>.

Aunque a veces las normas orgánicas contienen regulaciones concretas, hay muchos casos en que tal regulación falta, por lo que parece conveniente prever una regulación general, que podría ser de éste o parecido tenor:

"1. En los casos de muerte o cese de titular de un órgano administrativo y en los de ausencia por enfermedad u otro motivo, la suplencia o sustitución de aquél tendrá lugar en la forma expresamente prevista en cada caso.

2. En defecto de regulación específica le sustituirá el titular del órgano en que concurran el mayor número de elementos de los que a continuación se relacionen:

a) identidad de nivel orgánico
b) semejanza de funciones
c) vecindad o localización geográfica
d) antiguedad de creación.

3. En caso de que por aplicación de las reglas anteriores la institución correspondiera a dos o más titulares por reunir sus respectivos órganos identidad de condiciones, se atenderá a la antiguedad de los titulares de los mismos, y en último término decidirá el superior jerárquico".

G) Todavía conviene añadir algunas consideraciones más para subrayar algunos aspectos de la regulación que más arriba se sugiere en orden a la delegación propiamente dicha y la delegación de firma que, según he dicho, no debe confundirse con aquélla.

Por lo pronto, en el proyecto que aquí se ofrece se hace una habilitación general de delegación en favor de los órganos administrativos (de los órganos, no de los funcionarios que los sirven). En esto el proyecto difiere tanto de la legislación y práctica españolas como de las chilenas donde se exige habilitación específica en cada caso.

La ley española, en efecto, permite la delegación en los casos previstos en la ley (art. 4º Ley de Procedimiento administrativo). La legislación chilena permite la delegación cuando "las leyes de servicio del Servicio (la) autoricen expresamente" (art. 138 del D-L Num 338, de 1960, Estatuto administrativo).

Esto da una rigidez excesiva al sistema. Porque si bien es conveniente que el ejercicio de ciertas potestades exiga habilitación legal en cada caso (así ocurre en la legislación española, por ejemplo, con la potestad expropiatoria), no todas las potestades administrativas deben condicionarse en su ejercicio a esta habilitación legal previa.

Tal ocurre con la potestad de delegar que puede -y debe- conferirse con carácter general a todos los órganos administrativos (insisto a los órganos no a los funcionarios), sin perjuicio de que, a partir de un cierto nivel, la delegación deba ser aprobada en cada caso por el superior jerárquico.

Nótese, pues, que manteniéndose controlado el ejercicio de la potestad se logra así más agilidad puesto que no se hace intervenir al legislativo.

H) Otra cuestión es la de la posibilidad o no de subdelegar. La legislación española (art. 22 de la Ley de Régimen Jurídico) y la doctrina chilena (Cfr.: Hugo Caldera, Manual, ed. 1979, pág. 139), consideran que no se pueden delegar las funciones recibidas por delegación.

En mi opinión -y así ha quedado recogido en el texto que he propuesto más arriba- esta prohibición de subdelegar debería cesar en aquellos casos en que el delegante autorizara tal subdelegación. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el Derecho portugués (Decreto-ley núm. 48.059, de 22 de noviembre de 1969). No me parece, en efecto, que se desnaturalice la esencia misma de la delegación -institución basada en la confianza del delegante en el delegado- si se diera la posibilidad de subdelegar previa autorización del delegante.

Y se facilitaría -sin necesidad de modificar la norma reguladora de las competencias- la descongestión del centro.

I) Por último, una breve referencia a la Ley 16.436, publicada en el D.O. num. 26.374, de 24 de febrero de 1966.

Una lectura de esta Ley resulta muy recomendable para hacerse cargo de la gravedad del tema que ha sido objeto de estudio en este apartado.

La extensa y pormenorizada enumeración de supuestos que en dicha Ley se hace resulta verdaderamente difícil de asimilar. La consulta del texto legal se hace indispensable en cada ocasión para saber si un asunto aparece o no incluído en la tabla legal.

La misma redacción del texto legal resulta confusa en extremo, no sabiéndose bien si estamos en presencia de una delegación verdadera y propia, de una delegación de firma o de ambas cosas. Y que esta confusión es real se pone de manifiesto en la propia Circular nº 13, de 30 de enero de 1979, analizada ya en la primera parte, y en cuyo apartado 15° se dice: "Los señores Jefes Superiores y Regionales de la Administración pública, con el fin de agilizar sus Reparticiones, deberán delegar sus funciones al máximo, empleando para esto el mecanismo contenido en la Ley 16.436 sobre delegación de firmas".

J) Otra prueba de falta de claridad de ideas en este tema de las transferencias de funciones nos la proporciona el artículo 4º de la Ley orgánica de las Municipalidades (Decreto-ley nº 1289, Diario Oficial de 14 de enero de 1976). Hablando de las atribuciones de estos entes se dice en el citado precepto: "les corresponderá, además, dentro del territorio comunal, asumir las funciones y ejercer las atribuciones que la ley haya confiado a otros organismos, cuando éstos no hayan establecido en la comuna el correspondiente servicio y mientras éste no se establezca. Para ejercer esta facultad, requerirán de la autorización del Gobernador Provincial y de la delegación expresa que les otorgue el Jefe Regional o Nacional del organismo respectivo. En el acto de delegación se determinarán la forma, el plazo y las condiciones en que se otorgue".

Aquí se están barajando dos formas de transferencia: la sustitución (intersubjetiva en este caso) y la delegación (también intersubjetiva). Y, además, esta última se la hace funcionar a instancia de parte. Añadiéndose a todo esto la preceptiva autorización gubernativa. Me parece que se complican las cosas lo suficiente como para hacer inoperante el mecanismo.

3.3 Información al público y recepción y análisis de sugerencias.

No es quizá un gran tema, pero si se le presta la debida atención y se cuida el detalle puede contribuir a mejorar la imágen de la Administración, y ciertamente puede puestar utilidad al ciudadano.

Adviértase, sin embargo, que no es tarea fácil contar con efectivos personales y materiales adecuados para afrontar esta tarea.

El personal dedicado a este tipo de trabajo ha de reunir cualidades muy peculiares sobre las que no es necesario extenderse aquí.

La empresa privada viene prestando hace tiempo atención a estas cuestiones. En lo que hace a la Administración pública, en España se ha realizado, a partir de la publicación de la Ley de Procedimiento administrativo, una importante labor en este campo, impulsada desde la Presidencia del Gobierno donde existe el llamado Centro de Información administrativa. La citada Ley dedica a estos órganos los artículos 33 y 34, desarrollados en una serie bastatne extensa de normas reglamentarias.

Como ya vimos más atrás, en Chile, la Circular 14 del Ministerio del Interior, de 30 de enero de 1979, se ocupa del tema de las sugerencias de los funcionarios que trata de estimular mediante una anotación de reconocimiento en la Hoja de Servicios.

3.4 Inspección de los Servicios

A) Creo que puede contribuir a obtener información en toda esta materia de la Reforma funcional la atribución de funciones de inspección, en la doble vertiente de la actuación jurídica y de la actuación puramente racionalizadora, a órganos próximos al vértice de la organización y dotados de una jerarquía funcional o especializada sobre los restante órganos que componen aquélla.

Los problemas a considerar son tres: fines, organización y funcionamiento.

B) Los fines ya han quedado apuntados: velar por el fiel cumplimiento de las orientaciones contenidas en la Ley cabeza de grupo reguladora de la acción administrativa, tanto de aquellas que atienden a la garantía de los particulares como de aquellas que se preocupan primariamente del aspecto de la eficacia.

B) Para el cumplimiento de estos fines puede pensarse en la creación de nuevos órganos o en la adaptación o conversión de algunos de los ya existentes. Pero esto es en cierto modo secundario.

Lo verdaderamente importante es que el órgano que haya de ser llamado a cumplir aquellos fines, se halle lo más próximo posible al vértice de la organización, uno en cada Departamento y otro adscrito a la Presidencia de la República o al Ministerio que tenga encomendada la competencia suprema en materia de Reforma funcional.

Esos órganos deben tener atribuída una jerarquía funcional o especializada respecto del resto de la Administración.

La propuesta, por otra parte, no sería demasiado revolucionaria dado que el Ministro del Interior ejerce en este campo una jerarquía como la que hablamos.

D) Por lo que hace al funcionamiento, la Inspección girará las oportunas visitas, por propia iniciativa, por orden superior o a virtud de denuncia.

Su actuación se concretará en propuestas de mejoramiento de los servicios, o de reforma de la legislación.

Cuando advirtiere hechos que puedan dar lugar a responsabilidad criminal o administrativa, reunirá el mayor número de elementos de juicio que pueda obtener y los remitirá al órgano competente en cada caso.

3.5 Racionalización de formularios y documentos

A) El tema ha preocupado ya a los órganos encargados de la Reforma funcional, y prueba de ello es, por ejemplo el núm. 8º de la Circular nº 13, de 30 de enero de 1979, del Ministerio del Interior, donde se dice lo siguiente con referencia a las solicitudes:

> "Las Oficinas de Partes prepararán solicitudes impresas en cuyo dorso se enumerarán los antecedentes que deben acompañarse. En el caso de que no sea posible usar un formulario de solicitud impreso, se entregará al interesado una minuta en que se señalen los documentos que debe adjuntar. Estas exigencias deberán ser las mismas".

B) Más ambiciosa se mostraba la ley española de 1958 (arts 30 y 31).

> Art. 30. "1. Los documentos y expedientes administrativos serán objeto de normalización, para que cada serie o tipo de los mismos obdezca a iguales características y formato.
> 2. Se racionalizarán los trabajos burocráticos y se efectuarán por medio de máquinas adecuadas, con vistas a implantar una progresiva mecanización y automatismo en las oficinas públicas, siempre que el volumen del trabajo haga económico el empleo de estos procedimientos".
>
> Art. 31. "La normalización y racionalización serán establecidas para cada Departamento por el Ministro respectivo, a propuesta del Secretario técnico o, en su defecto, del Subsecretario, y cuando se trate de normas comunes a varios Ministerios por la Presidencia del Gobierno."

El proyecto Larraínzar, en artículo 27, "traduce" a la Administración chilena las previsiones contenidas en los dos preceptos que acabo de transcribir, los cuales han tenido en España un importante eco, siendo muchos los procedimientos cuyos formularios se encuentran hoy totalmente normalizados.

3.6 Corolario: necesidad de capacitación funcionarial

Una vez más debo insistir en esta cuestión. Una racionalización administrativa no puede abordarse por aficionados. El administrador no nace, se hace. Y el analista y el experto en estos temas también.

Esto naturalmente no es tema de una Ley de Procedimiento administrativo. Sí acsso de una Ley de la Función pública.

Informar al público, racionalizar formularios y documentos, tratar las sugerencias recibidas, etc. etc. es labor que exige contar con un personal plenamente identificado con su tarea y al que en Cursos y Escuelas de formación se le haya imbuído un ethos profesional.

3.7 Eliminación de "cuellos de botella". Referencia al problema de la "toma de razón" por Contraloría.

A) Un problema relativamente frecuente en las organizaciones es el derivado de la existencia de los llamados "cuellos de botella", esto es de órganos incapaces de mantener un ritmo de salida de trabajo elaborado igual al que recibe con esa finalidad".

Las causas que pueden dar a este fenómeno patológico pueden ser muy varias: aumento de la demanda inicial bajo la que fue concebida la organización, ausencias por vacante o enfermedad del personal adscrito al órgano, ritmo lento de trabajo de ese personal, lo que a su vez puede responder a diversas motivaciones, diferente calidad del trabajo que se realiza en el órgano alimentador y el que ha de recibir y tratar la información recibida, etc.

No es posible dar fórmulas generales en estos casos, lo único que cabe es conseguir instrumentar unos mecanismos que permitan detectar y corregir esas anomalías orgánicas.

B) Pues bien, un fenómeno de este tipo parece que venía originándose por la exigencia de la "toma de razón" por la Contraloría General, que, a través del tiempo, había venido cobrando una extensión verdaderamente desmesurada.

Por ello, una importante Resolución de la Contraloría General de la República (la número 600, de 14 de julio de 1977), dictada en uso de las facultades que confiere al Contralor General el inciso 5° del artículo 10 de la Ley Orgánica de aquélla, ha declarado exentos del trámite de la toma de razón a una serie muy numerosa de actuaciones administrativas.

Decisiones como ésta pueden hacer más en favor de la mejora de la actividad administrativa que muchas declaraciones gubernamentales por más solemnes que sean.

De todas maneras, pienso que algún día habrá que replantearse todo este tema formulándose algunas pregunatas claves que afectan a las atribuciones que debe tener la Contraloría y a su posición general dentro del sistema. Dado el enor-

me y bien ganado prestigio de tan importante órgano y su vinculación a una tradición nacional, habrá que actuar con sumo cuidado y exquisita delicadeza en esta materia. Pero si la institución -tal como exige su brillante trayectoria- ha de seguir cumpliendo una tarea que esté a la altura de los nuevos tiempos debe someterse también a una crítica constructiva.

Por lo que tiene de autocrítica, precisamente, la citada Resolución 600 debe ser valorada muy positivamente.

4.- EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA INSTAURACION DE UNA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

4.1 La democracia como sistema en que los órganos que ejercen el Poder están sometidos a control.

Es muy conocida la frase de Lord Acton: El poder corrompe siempre, el poder absoluto corrompe absolutamente.

La esencia de la democracia radica en la articulación de un conjunto de mecanismos a través de los cuales es posible controlar a los órganos que ejercen el Poder.

Estos controles son de muy diverso tipo: controles intraórganos, controles extraórganos, control mediante la acción de grupos sociales, control por el reconocimiento de derechos del individuo, etc.

Cuando en el proyecto de nueva Constitución se prevé el sistema bicameral no se está haciendo otra cosa que introducir en el seno mismo del Congreso un mecanismo de control (control intraórgano) conscientes los redactores del Proyecto de que "el sistema bicameral impide el despotismo del Parlamento, peligroso, no sólo por ser despotismo, sino porque implica una tiranía colectiva, por ende, irresponsable. Para evitar estos peligros, la división del cuerpo legislativo en dos Cámaras parece el medio más adecuado".

Pero hay controles más eficaces que los intraórganos, cuales son los que ejercen unos órganos respecto de otros: el Tribunal Constitucional juzgando sobre la constitucionalidad o no de las leyes emanadas del órgano legislativo (Art. 88 del Proyecto Constitucional), el Presidente de la República interviniendo en el proceso legislativo a través de un derecho devolución como el previsto en el artículo 76 del Proyecto de nueva Constitución, etc.

La creación de una jurisdicción revisora de los actos de la Administración hay que valorarla precisamente desde esta perspectiva: introducción de un control de un órgano ejerciente del Poder por otro órgano distinto. Y es claro que desde esta perspectiva debe valorarse positivamente como contribución trascendental a la construcción del Estado de Derecho en cuya tarea se halla empeñado el pueblo de Chile.

4.2 Los Tribunales de lo Contencioso-administrativo en la Constitución de 1925 t el Proyecto de nueva Constitución.

Como ha recordado en su Informe la Comisión redactora del Proyecto de nueva Constitución chilena, la Carta de 1925 estableció que habría tribunales administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarios de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o las leyes. Pero esta norma constitucional no fue cumplida, ya que no llegó a dictarse la ley que debía regular la organización y atribuciones de dichos tribunales.

En dicho Informe se dice también cómo es deseo del Gobierno hacer realidad tal aspiración por lo que el Proyecto Constitucional vuelve a hablar del tema y se ha encargado a una Subcomisión la redacción de un informe que sirva de base para el estudio y elaboración de la ley orgánica respectiva. Y termina expresando la Comisión que su pensamiento es el de que "el conocimiento de lo contencioso-administrativo debe corresponder a los tribunales ordinarios de justicia, con ciertas modalidades en atención a la naturaleza de estos asuntos.

De acuerdo con este criterio el artículo 79, párrafo primero, inciso primero, del Proyecto dice lo siguiente:

> "La facultad de conocer de las causas civiles, de las criminales y de las contencioso-administrativas, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley".

4.3 Algunos problemas que plantea la instauración de esta forma de control

4.3.1 ¿Jurisdicción ordinaria o especial?

La voz jurisdicción puede usarse en el sentido amplio de actuación encaminada a la decisión de conflictos intersubjetivos, o en el más estricto de decisión de esos mismos conflictos por la organización judicial.

Por tanto, la interrogante planteada plantea en realidad una doble cuestión que aquí debe ser analizada.

Primera cuestión: ¿debe encomendarse el control de la actividad administrativa a la organización judicial o a órganos de la Administración pública situados fuera de la línea de gestión y dedicados exclusivamente a esta misión de control?

La opinión de los especialistas chilenos de Derecho público, tal como se manifestó en las todavía recientes "Jornadas sobre lo Contencioso-administrativo" celebradas en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso en noviembre de 1975, es unánime al respecto: "necesidad de entregar la justicia administrativa a jueces especializados dentro del Poder judicial".

No se puede desconocer -se dijo también allí- que en Chile existen una serie de organismos dotados de facultades jurisdiccionales para conocer de materias administrativas. Así tenemos, por ejemplo, los tribunales de Aduana, tribunales de Avalúo, tribunales de Cuenta; el tribunal que se establece en el D-L 600 en materia de inversiones extranjeras, el tribunal de Impuestos Internos, etc. Y se añadía: "son tribunales que tienen una competencia que adolece de vicio, en el sentido que el órgano administrativo es juez y parte a la vez..."

Pues bien, en razón a la alta especialización de estos llamados tribunales (que lo son únicamente en el sentido de su colegialidad y su actuación de decisión de conflictos, pero no en el sentido de tener independencia), la doctrina chilena a que me vengo refiriendo considera conveniente que subsistan a condición de que su actuación pueda ser siempre revisada por tribunales contencioso-administrativos, esto es por órganos

independientes de la Administración pública y encuadrados en la organización judicial.

Personalmente estoy de acuerdo con este planteamiento.

Segunda cuestión: ¿Tienen los jueces de Derecho privado preparación adecuada para resolver los recursos contencioso-administrativos o se hace preciso contar con unos jueces con especial formación jurídico administrativa?

También en este punto hay unanimidad según: los jueces de lo contencioso-administrativo han de tener una preparación específica de Derecho público.

Esto no quiere significar de ningún modo -y así fue subrayado expresamente en las Jornadas de Valparaíso- desprecio por el llamado juez de la jurisdicción común. Lo único que se afirma es algo irrefutable: que su especialidad pertenece a otro campo, el Derecho privado, Ordenamiento jurídico que se inspira en principios muy distintos del Derecho administrativo.

Naturalmente esto no impide que dichos jueces puedan llegar a ser -si acreditan poseer también una especialización en Derecho público- jueces de lo contencioso-administrativo. Pero de este tema me ocuparé en el apartado siguiente.

4.2.2 Selección de jueces administrativos

Problema no despreciable es el de la procedencia de los jueces que vayan a servir en estos Tribunales de lo contencioso-administrativo.

Sin entrar en detalles, podría pensarse en la combinación de tres cauces de selección:

a) Concurso de méritos entre miembros de la carrera judicial que reunan determinados requisitos, dando preferencia a aquellos que puedan acreditar una especial preparación en Derecho administrativo.

b) Concurso de méritos entre funcionarios civiles de alto nivel y titulación superior en Derecho y militares de alta graduación, con un determinado número de años de servicio.

c) Concurso-oposición (esto es, realización de pruebas selectivas) en que podrían intervenir jueces con un mínimo de tres años de servicio. Como es lógico, estas pruebas ponen el acento fundamentalmente en el conocimiento del Derecho administrativo.

Por supuesto, y puesto a elegir uno solo entre estos sistemas, me inclino decididamente por el último.

4.3.3 Abogados defensores de la Administración

Al tener que litigar la Administración con los particulares en pie de igualdad para hacer valer sus derechos ante un tercero imparcial: el juez, se hace necesario prever la existencia de unos Letrados que con carácter permanente se encarguen de la defensa de la Administración.

El Consejo de Defensa fiscal y su organización desconcentrada (Abogados Procuradores Fiscales y Abogados auxiliares) constituirán la estructura orgánica de la que habrá que partir en este punto.

En todo caso, el problema fundamental es el de asegurar una conexión directa y lo más flexible posible entre el Abogado que se ocupa de un asunto determinado ante el Tribunal y el funcionario que instruyó y elaboró la propuesta de resolución que dió origen al acto que se impugna. Establecer los adecuados canales de comunicación en este punto es -repito- sumamente importante a fin de que pueda con facilidad y rapidez obtenerse por el Abogado, incluso en forma verbal, toda la información complementaria que necesite.

4.3.4 Objeto del recurso contencioso-administrativo

4.3.4.1 La cláusula general de sujeción.

La vinculación de la Administración al Ordenamiento jurídico,aceptado como principio inspirador por el nuevo Régimen chileno, conlleva como consecuencia lógica, la sujeción a control de la total actividad de aquélla. Es el principio llamado de la "cláusula general de sujeción" expresamente consagrada en otros países.

Pero la eterna lucha por el Derecho y la tendencia natural de todo Poder a escapar de todo control, ha hecho que la Administración haya defendido diversos reductos de inmunidad jurisdiccional. Son las llamadas excepciones a aquella cláusula.

4.3.4.2 Los tres círculos de inmunidad jurisdiccional: actos discrecionales, actos normativos y actos políticos. En el núm. 39 de la Revista (española) de Administración pública se publicó, hace ya algunos años, un bellísimo trabajo del Profesor Enterría sobre este tema, donde nos cuenta la historia de "la lucha contra las inmunidades del Poder", demostrando cómo incluso en estos tres últimos reductos: actividad discrecional, actividad normativa, y actividad política, tradicionalmente exentos de control judicial, la Administración empieza a ceder posiciones, ante una crítica doctrinal imparable que ha puesto de relieve la falta de fundamento de estas exenciones jurisdiccionales.

En cuanto a los actos discrecionales se considera ya hoy que no tienen por qué estar exentos absolutamente de control pues, incluso en ellos, hay siempre un haz de cuestiones perfectamente controlables, por ejemplo, la competencia, ya que el acto discrecional, aún siendo tal, ha de ser dictado por órgano competente. El acto discrecional no es un acto de naturaleza distinta al acto administrativo, sino simplemente un acto en que la Administración tiene un margen más amplio para concretar cuál sea en ese supuesto el interés público.

Por lo que hace a los actos normativos hay países como España en que se admite con toda normalidad su impugnación. Incluso se piensa que el llamado recurso indirecto (esto es, contra el acto que aplica el Reglamento ilegal) multiplica el número de recursos que quedan automáticamente sin sentido desde el momento en que, por la vía del recurso directo, un solo recurso puede desmocharlo. Un principio de economía procesal, pues, aconseja la admisión del recurso directo contra Reglamentos. Aparte la injusticia que resulta del hecho de que, por transcurso de los plazos, por ejemplo, subsista vigente una norma que contradice el ordenamiento jurídico. Si la ley misma -en otro tiempo reputada de fórmula santa- está hoy sujeta al control de su constitucionalidad, ¿por qué no va a poder controlarse, incluso por simple ilegalidad, un acto reglamentario?

Finalmente, los actos políticos se considera también hoy que propiamente no constituyen una excepción a la

regla del control total de la actuación administrativa, pues se piensa que el acto político sólo es incontrolable en la medida de que sea verdaderamente tal, esto es cuando no es acto administrativo. Y se citan como casos de verdaderos y propios actos políticos, los relativos a las relaciones con el Parlamento (disolución de las Cámaras), a las relaciones internacionales y otros análogos.

4.3.4.3 Conclusión: solo el acto político queda exento de control jurisdiccional. De lo aquí expuesto resulta cómo la tendencia en el Derecho comparado es claramente a reducir esos reductos de inmunidad que son el acto discrecional, el acto normativo y el acto político.

Como solución práctica se sugiere incorporar a la futura regulación sobre el control de la Administración por la jurisdicción contencioso-administrativa un precepto redactado en estos o parecidos términos:

> "1. Quedan sujetos a control por la jurisdicción contencioso-administrativa todos los actos y normas dictadas por la Administración pública que sean contrarios al Ordenamiento jurídico.
>
> 2. Unicamente se excluyen de lo dispuesto en el apartado anterior los actos políticos del Presidente de la República, por sí o reunido con su Consejo de Ministros".

Nótese cómo el concepto de acto político, por esta vía es -en la línea de lo establecido por la legislación española- muy reducido, pues no basta para quedar exente que sea acto del Gobierno de la Nación, sino que, además, ha de ser político, lo que implica que otros muchos actos del Gobierno pueden ser controlados judicialmente. Que sea o no político en un caso determinado es cosa que precisará la jurisprudencia. Se trata de lo que se llama un concepto jurídico indeterminado, en que la apreciación de su exacto contenido se defiere a su confrontación con una situación determinada y a la valoración del operador jurídico.

4.3.4.4 Los actos de la Administración pública sujetos al Derecho civil. Alguien puede preguntarse porqué no he incluído entre los actos exentos de la jurisdicción contencioso-administrativa a los actos sujetos al Derecho civil. El problema no es baladí. Se está cuestionando no ya la exención de control judicial de este tipo de actos, que sería inadmisible, sino más bien la dualidad o no de jurisdicciones para la Administración pública. Es decir, el problema consiste en optar entre someter a la jurisdicción contencioso-administrativa todos los actos de la Administración pública o sólo los actos sujetos al Derecho administrativo dejando los restantes a la jurisdicción civil.

Pues bien, mi opinión en este punto es terminante: no debe establecerse una dualidad jurisdiccional para la Administración pública. Todos los actos de la misma, ya se produzcan conforme al Derecho administrativo ya se produzcan conforme al Derecho civil, deben ser controlados por una misma jurisdicción: la contencioso-administrativa. Y ello por diversos motivos:

a) Porque es un hecho la publificación del Derecho privado con lo que cada vez más se hace problemática la distinción entre Derecho público y privado.

b) Porque la Administración pública, incluso cuando actúa conforme al Derecho privado, tiene como norte de su actuación el interés público.

c) Porque la experiencia de otros países, como España, donde existe dualidad jurisdiccional prueba que en la práctica se pueden suscitar difíciles conflictos de jurisdicción que, a veces, se traducen en inaceptables denegaciones de justicia.

4.3.5 ¿Vía administrativa previa obligatoria o potestativa?

Un problema cuyo planteamiento no debe ser omitido aquí es el que formula la interrogante transcrita.

Es cierto que hay una cierta tradición doctrinal y legislativa en virtud de la cual se viene aceptando como dogma la imposibilidad de residenciar ninguna reclamación administrativa ante los tribunales sin que previamente se haya agotado la vía administrativa.

Parece, sin embargo, llegado el momento de empezar a plantearse seriamente la duda, al menos la duda, de si realmente el interés público exige que siempre sea necesario cumplir con este requisito de agotar la vía administrativa. Porque no puede ignorarse que en muchos casos quien de verdad queda "agotado" es el particular reclamante.

En mi opinión, la ley que se dicte debería:

a) Dejar abierta, al menos, la posibilidad de que en ciertos casos pueda el particular optar entre reclamar primera en vía administrativa o dirigirse, sin más, directamente al juez.

b) Con independencia de lo anterior, establecer que en ningún caso serán necesarias más de dos instancias (vía de gestión y vía de recurso) ante la Administración para poder reunir en vía contencioso-administrativa. Es decir que debe terminantemente prohibirse la proliferación de recursos administrativos previos. No se conceden más garantías al ciudadano porque si le otorguen muchos recursos administrativos si éstos han de interponerse con carácter necesario y previo a la vía judicial. Porque, convenzámonos, en la mayor parte de los casos la llamada vía administrativa no es sino un penoso calvario que se hace recorrer al particular antes de permitirle la entrada en el palacio de la Justicia administrativa. Todo lo que contribuya a ahorrarle o, al menos, reducirle ese doloroso tránsito debe ser bien acogido.

4.3.6 La sentencia

4.3.6.1 Contenido.- El llamado principio de congruencia procesal viene a establecer una conexión inesquivable entre el contenido de la sentencia y las pretenciones de las partes, lo que, a su vez, nos remite a la cuestión de si es o no pertinente, siguiendo la técnica del Derecho francés, distinguir dos recursos contencioso-administrativos distintos, el llamado de anulación y el llamado de plena jurisdicción.

Pienso que -tal como hace la legislación española- debe recharzarse esta distinción, sin perjuicio de admitir que la pretención del recurrente puede ir dirigida:

a) a solicitar la declaración de no ser ajustada a Derecho una resolución o disposición administrativa y, consiguientemente, que debe anularse.

b) a obtener, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma.

El contenido de la sentencia será diferente, por tanto, según que la pretención ejecutada sea la una o la otra, en base al aludido principio de la congruencia.

4.3.6.2 Suspensión o inejecución, Indemnización sustitutoria. Razones de interés público, debidamente justificadas, pueden aconsejar suspender la ejecución de la sentencia e incluso su no ejecución definitiva.

Tal posibilidad -aunque excepcional- puede -y tal vez, debe- preverse en la ley, pero en este caso deben establecerse también los adecuados mecanismos indemnizatorios para evitar un enriquecimiento injusto de la Administración.

T E R C E R A P A R T E

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. CONCLUSIONES

1.01 El propósito del Gobierno chileno de hacer una regulación general de los procedimientos administrativos debe valorarse muy positivamente, por varias razones: a) Porque si, como es de esperar, se presta la debida atención al tema de las garantías del ciudadano, procurando hallar el justo medio entre esta idea y la de mejoramiento de la eficacia administrativa, se habrá dado un paso muy importante hacia esa meta siempre difícil del Estado de Derecho, b) Porque con esa normativa general Chile vendría a tomar el sendero que marca el Derecho comparado a la vista de lo que resulta del examen de aquellas legislaciones que ofrecen un Derecho administrativo más evolucionado. c) Porque de este modo vendría a traducirse a normas jurídicas unas promesas gubernamentales hasta ahora cumplidas de forma dispersa y bastante incompleta con una serie de medidas que van poniendo los cimientos de la reforma funcional, que no es sino un aspecto de la llamada reforma integral de la Administración chilena.

1.02 Esa regulación debería tener rango de ley y podría ser designada como "Ley general de la acción administrativa". En todo caso, debe ser concebida como Ley cabeza de grupo, esto es, como una ley que, sin ser constitucional, es suprema, en el sentido de que orienta, preserva y economiza el correspondiente grupo normativo. Lo orienta, porque contiene los criterios conforme a los cuales debe ser desarrollado e interpretado. Lo preserva frente a modificaciones fortuitas, por la mayor resistencia a la derogación que dicha Ley ofrece cuando entre en colisión frente a otras normas, incluso si éstas tienen rango de ley. Introduce, por último, un factor de economía en el conjunto porque, mediante simples referencias a esa ley suprema, se pueden evitar reiteraciones normativas.

1.03 No sólo por ser Ley, sino -con más razón aún- porque está llamada a cumplir esa misión orientadora, preservadora y economizadora propia de toda Ley cabeza de grupo, debe incorporar solo aquellas cuestiones y soluciones que tengan carácter permanente, eviatndo detenerse en lo puramente fugaz y anecdótico.

1.04 Clave para la correcta comprensión de cómo debe afrontarse la construcción del grupo normativo de la acción administrativa es la distinción entre procedimiento aformal y procedimiento formal, y dentro de éste, entre procedimiento general o especial. En principio, la Ley proyectada debe limitar su contenido al procedimiento aformal, esto es, debe incluír únicamente, pero esto con carácter exhaustivo, los modelos o tipos de actuaciones que pueden tener lugar en un procedimiento administrativo cualquiera, ya sean de iniciación, de instrucción, de ordenación o de terminación. Debe contener también ciertas precisiones sobre cómputo de plazos, revisión en vía administrativa y ejecución. De esta forma el instructor tendrá siempre a su disposición un instrumental completo al que poder acudir en cada caso. Sin perjuicio de lo anterior, en la misma ley o en otras normas, legales o reglamentarias, podrán regularse determinados procedimientos formales en los que, cada uno de los eslabones de la cadena procesal a seguir en este caso aparecerán indicados y perfectamente engarzados en el lugar que le corresponde. Es en estas regulaciones formales donde encuentra acogida la distinción entre general y especial, que sólo de esta forma se hace inteligible y es operativa.

1.05 Un efecto desconcentrador importante puede conseguirse reconociendo a la llamada presentación indirecta, esto es a la realizada a través de órganos intermedios, los mismos efectos jurídicos que a la realizada directamente ante el órgano destinatario. Las Intendencias y Gobiernos Civiles, las Secretarías Regionales Ministeriales y las de Servicio, las Oficinas de Correos, las Prefecturas, Tenencias y Retenes de las Fuerzas del Orden, son algunos de los órganos que podrían ser utilizados a estos fines.

1.06 Las dificultades y molestias que origina al interesado la obtención de una pluralidad de licencias necesarias, todas ellas para un mismo asunto u objeto, pueden ser obviadas mediante una acumulación obligatoria de procedimientos tal como en este informe se articula.

1.07 Punto crucial de la Ley debe ser la consagración expresa de la obligación de resolver y la introducción, como elemento

corrector de las consecuencias perjudiciales que pueden seguirse al particular del principio del silencio, articulándolo como negativo, como regla general, y como positivo en los casos de licencias o autorizaciones. Silencio positivo y silencio negativo son dos instituciones distintas que sirven a fines prácticos diversos, según se razona en este informe.

1.08 En materia de revisión del acto administrativo debe ponerse especial cuidado, si se siguiera el modelo español, en no admitir la llamada revisión de oficio sino en el caso de actos administrativos no declarativos de derechos y en el supuesto de rectificación de errores materiales o de hecho. En los demás supuestos, cuando el interés público aconseje la revocación de un acto administrativo debe imponerse a la Administración la obligación de acudir al juez para que sea éste el que, con audiencia de los interesados, declare si la revisión solicitada debe o no acordarse.

1.09 El tema de la ejecución material debe regularse exigiendo la legitimación previa de la misma, introduciendo mecanismos de control frente a aquélla, y consagrando expresamente la obligación de respeto a la dignidad de la persona humana y a los derechos reconocidos en la Constitución (hoy la referencia se haría al Acta Constitucional núm.3).

1.10 Importantes logros desconcentradores, sin necesidad de modificar cada vez el ordenamiento jurídico, pueden obtenerse mediante la delegación, avocación y sustitución interorgánicas, técnicas cuyo uso debe ser precisado también en la Ley cabeza de grupo de que aquí se viene tratando.

1.11 Puede contribuir a poner un poco de orden en todo este tema de la reforma funcional la atribución de funciones inspectoras a órganos próximos al vértice de la organización y dotados de una jerarquía funcional o especializada sobre los restantes órganos que componen aquélla.

1.12 El propósito gubernamental, recogido en el proyecto de Constitución, de dar vida a una jurisdicción contencioso-adminis-

trativo, encargada de controlar a la Administración pública, vendría a coronar todo el edificio que supone la Ley general sobre la acción administrativa, constituyendo un importante paso en la instauración del nuevo sistema democrático.

1.13 De las diversas cuestiones que plantea el establecimiento de una jurisdicción contencioso-administrativa, y que en este informe son también analizados, el más delicado es el de los actos discrecionales, el de la actividad normativa y el de los actos políticos, tres círculos tradicionales de inmunidad judicial cuya falta de fundamentación está hoy universalmente admitida. Solo el acto político -cuando lo sea verdaderamente- debe quedar excluido de control por la jurisdicción contencioso-administrativa.

1.14 Finalmente, no debe desaprovecharse la oportunidad que ofrecen estas dos futuras Leyes de regular también el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por la actividad normal (lícita) o anormal (ilícita) de sus órganos, como tema distinto de su responsabilidad contractual y de la eventual responsabilidad de los funcionarios públicos.

2. RECOMENDACIONES

2.1 El análisis aquí realizado y las conclusiones establecidas deben ser contrastadas con la opinión de especialistas chilenos en Derecho público. Puesto que en definitiva van a ser ellos los que han de interpretar y, en su caso, aplicar la Ley que en un día se dicte, importa mucho que dispongan de la máxima información sobre la gestación de dicho texto.

2.2 Una vez se tomen por el mando las decisiones oportunas en base a las opciones afrecidas en este Informe, se debe encargar a una o varias personas con especialización en este tema la redacción del Anteproyecto correspondiente.

2.3 Cuando se cuente con el citado Anteproyecto se debe someter a informe de otros expertos o, en su caso, de los órganos administrativos que se juzgue oportuno, Ministerios, por ejemplo.

2.4 Simultáneamente debe planificarse una acción en profundidad de capacitación funcionarial tanto en el aspecto jurídico como púramente técnico (análisis y racionalización de procesos, confección de formularios y documentos, etc.). Este aspecto de la capacitación funcionarial se refuta fundamental. Sin un personal debidamente preparado la Reforma indefectiblemente fracasará.

2.5 Se debe llamar a colaborar a grupos sociales presuntamente interesados en el tema: Universidades, Sociedades privadas, etc.

2.6 Una campaña de sensibilización pública debidamente programada y de intensidad gradualmente calculada puede contribuir en gran manera a vencer resistencias que, sin duda, han de producirse. Hacer que el gran público comprenda de verdad lo que se quiere hacer es muy importante.

2.7 Idéntica o mayor importancia tiene la sensibilización de los especialistas. Profesores, abogados, y jueces deben ser informados mediante envío de publicaciones, celebración de coloquios, Seminarios, etc.

2.8 CONARA, a quien corresponde un protagonismo importante en este campo, debe aprovechar al máximo las posibilidades de cooperación técnica internacional en la medida necesaria para subsanar las deficiencias de medios materiales o personales.