

La clasificación del derecho en público y privado en el ordenamiento jurídico chileno¹

Rodrigo Céspedes Proto

Profesor de Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE, ANTOFAGASTA

I. Introducción

La distinción entre derecho público y privado es uno de los típicos dualismos que existen en la ciencia jurídica.² La clasificación del derecho en público y privado es una de las más utilizadas en el trabajo jurídico; pero la separación entre ambas esferas es difusa, por la relatividad de los criterios que fundan la distinción. Además, la suerte de esta división ha sido, con todo, diversa según los períodos históricos.³

La formulación de las expresiones “derecho público” y “derecho privado” aparece por primera vez en el *Digesto* y se le atribuye a Ulpiano. No obstante, la referencia es muy general y vaga. Además, el derecho público, en su actual configuración, es un derecho no codificado y nuevo.⁴ El derecho privado es el primero en aparecer; el derecho público surge mucho más tarde, no sólo desde que hay una simple organización de poder, sino desde que éste se encuentra limitado por el derecho. En consecuencia, no podemos hablar de derecho público, en el sentido actual, cuando el poder del Estado carece de límites.

Hoy en día, la distinción entre derecho público y privado es fundamental para el trabajo legislativo, judicial o académico. En el pasado, se atribuía más importancia a uno u otro derecho según la posición ideológica que se sustentaba. Así, los liberales daban primacía al derecho privado y los estatistas al derecho público. Sin embargo, la concepción del derecho pú-

¹ Este artículo forma parte de un proyecto financiado por la Dirección General de Investigación y Cooperación Técnica de la Universidad Católica del Norte, 2002-2003.

² Como derecho natural y positivo; objetivo y subjetivo; nacional e internacional; etc.

³ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, “Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno”. *RDJ* T 93 N° 3, 1996, págs. 107 y ss.

⁴ Ver GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Notas sobre el Derecho Público”, *Revista de Derecho Público* N° 21/22, 1976, págs. 385 a 393.

blico en la década de los sesenta era muy distinta de la actual. Hoy en día lo que se discute es la verdadera función del derecho público: para algunos, éste es el "derecho del poder" y se centra en el Estado; para otros es el derecho de las garantías individuales frente al Estado y su núcleo es la persona humana. La última concepción ha prosperado, ya que el nuevo derecho público valora los derechos de la persona real.⁵ El cambio en la mentalidad jurídica y su reflejo en la jurisprudencia, desde la década del setenta, ha sido un fenómeno notable, una verdadera revolución.⁶ Si bien la lucha ideológica no tiene hoy la fuerza de ayer, la conexión entre ideología y derecho privado es mucho más débil que la que existe con el derecho público; así la concepción del Estado y el hombre tiene una inmediata traducción en normas de derecho público; el derecho privado, como está subordinado al público (art. 5° de la Constitución; arts. 1° y 1462 del Código Civil), refleja en forma mediata dichas concepciones. Además, los fenómenos políticos y factores extrajurídicos tienen mucho más relevancia en derecho público.⁷

II. Esfera de regulación pública y privada

Lo público y lo privado son categorías contrapuestas; lo primero es lo que interesa a la comunidad en su conjunto, y lo segundo se relaciona con intereses exclusivamente individuales. El acercamiento es sugestivo, pero general y difuso. Intuimos que la constitución y regulación de los tres poderes del Estado pertenece al derecho público y el tráfico de bienes al privado; pero queda una gran cantidad de materias difíciles de catalogar.

El hombre es un ser social y tiende a organizarse en grupos, ya que la unión de seres humanos satisface mejor las necesidades individuales. Las agrupaciones pueden diferir en tamaño y características. Estas entidades colectivas que las personas pueden voluntariamente crear son, por ejemplo, la familia, los sindicatos, gremios, iglesias, cooperativas, sociedades en sus diversas especies, partidos políticos, etc. Frente a éstas existe una "macroorganización" muy diferente: el Estado, la agrupación de individuos más masiva. Los individuos no pueden sustraerse de vivir dentro de esta organización ni renegar sin consecuencias de sus reglas. Todo lo relacionado con el Estado se regula por el derecho público. Esta organización llamada Estado tiene poderes especiales que ningún individuo u organización posee: puede "confiscar" parte de los ingresos de las personas po-

⁵ Lo anterior es planteado en toda la obra del profesor Soto Kloss, en especial, *El Recurso de Protección* (Stgo., 1982) y su *Derecho Administrativo* (2 tomos, Stgo., 1996).

⁶ Ver SOTO KLOSS, Eduardo, "1976-1986, Diez Años de Recurso de Protección, Una Revolución Silenciosa". *RDJ*, T 83 N° 3, 1986, págs. 173 y ss.

⁷ PEREIRA MENEAUT, Antonio-Carlos, *Teoría Constitucional*. Santiago, 1998, pág. 54.

medio de los tributos; se autoatribuye casi con carácter monopolístico la resolución de los conflictos; cuenta con la fuerza socialmente organizada en virtud de la cual puede privarnos de nuestra libertad y bienes; posee la facultad de definir cuáles son las transgresiones más graves a la convivencia social; etc. No obstante, estos “poderes”, según la concepción moderna del derecho público, existen y se atribuyen al Estado para velar por el interés general: los recursos de los tributos financian obras y servicios públicos; el poder de privar de la libertad tiene por fin reprimir y disuadir atentados graves al orden social; el monopolio de la resolución de conflictos existe para impedir la autotutela y salvaguardar la convivencia pacífica; las potestades normativas son atribuidas no para oprimir, sino para encauzar y garantizar la libertad individual y proteger a la comunidad; etc. Esto es lo que se denomina “principio de servicialidad”, base de nuestro ordenamiento público (art. 1° inc. 4° de la Constitución). Todo lo anterior interesa más a la comunidad que al individuo y, por lo tanto, pertenece a la esfera pública. Aun así, las funciones que ha desarrollado el Estado a lo largo de su historia se han contraído y expandido. El fin del siglo XX presencié el desplome de los socialismos “reales” (y el totalitarismo que conllevaban), lo que significó el desmoronamiento de las ideologías colectivistas y una victoria de las democracias occidentales y el sistema capitalista. En otras palabras, fracasó la gestión e intervención estatal y triunfó la libre iniciativa individual y la propiedad privada.⁸ Esto significó un repliegue del Estado-gestor en lo económico y la consecuente privatización de empresas estatales; incluso aquellas que proveían de servicios de utilidad pública. Pese a ello, el rol fiscalizador del Estado ha aumentado, regulando y controlando cada vez más actividades. Lo anterior hace que el derecho público, pese a la derrota del socialismo, sea muy relevante en la actualidad. Sin embargo, “lo estatal” no cubre todo “lo público”, que es mucho más amplio.

Reconocidos autores distinguen entre “lo público” y “lo estatal”, siendo lo primero lo que interesa a la sociedad y lo segundo lo que se relaciona con los entes estatales.⁹ Así, “lo público” y “lo privado” son expresiones contrapuestas. Precisamente como “lo público” regula lo que interesa a la sociedad en su conjunto, todo lo relacionado con el orden público se caracterizará por ser un régimen heterónomo (abundante en mandatos y prohibiciones) y con intervenciones estatales exorbitantes, donde los sujetos individuales carecen de autonomía y disponibilidad. “Lo privado”, en cambio, dice relación con la esfera de comportamiento en donde el individuo decide autónomamente. Al ser los particulares jurídicamente iguales,

⁸ Lo anterior no deja de ser paradójico, puesto que la revolución informática permite hoy en día procesar gran cantidad de datos haciendo la predicción y la planificación mucho más certera.

⁹ Ver ARÓSTICA, Iván. *Derecho Administrativo Económico: libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado*. Santiago, 2001, pág. 14. Ver también GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Derecho Privado Constitucional de Chile*. Valparaíso, 2001, pág. 17.

los individuos se relacionarán en un plano de igualdad, las fuentes serán reflejo de esta autonomía (como los contratos o la costumbre) y la regulación heterónoma tenderá, por regla general, a anticipar la voluntad presunta de los particulares o a suplirla en caso de vacíos con el fin de facilitar el tráfico jurídico. En derecho público predominan básicamente las fuentes heterónomas; por ejemplo, la ley o los actos administrativos son normas impuestas y obligatorias, con total prescindencia de la voluntad del destinatario o sujeto normado. En otras palabras, es imposible sustraerse de las normas del derecho público. Por esta razón, el derecho penal es una rama del derecho público, ya que reconoce como única fuente la ley, y la voluntad individual no juega ningún rol. Lo mismo en materia tributaria. En derecho público pueden encontrarse fuentes de carácter general, como la ley o los reglamentos, o de carácter particular, como la sentencia judicial o los actos administrativos. Sin embargo, siempre hay una pretensión de generalidad. Dentro de la administración el precedente es vinculante¹⁰ y, a pesar del tenor categórico del art. 3° inc. 2° del Código Civil, la jurisprudencia judicial es, en el hecho, una fuente de derecho. Por lo anterior, y para garantizar la debida publicidad, los actos públicos deben publicarse y/o notificarse.¹¹ En derecho privado predominan las fuentes voluntarias o autónomas "y las normas son generadas por la actividad negocial de los particulares";¹² por ejemplo, el contrato. En estos casos, los sujetos normados se rigen por las normas creadas por ellos mismos; los particulares tienen un margen de creación normativa, distinto y autónomo del poder estatal. Algo que caracteriza a los actos jurídicos de particulares en general, y a los contratos en particular, es su efecto relativo; es decir, no pretender regir a sujetos que no concurrieron a su celebración. El art. 1545 del Código Civil señala que el contrato legalmente celebrado es ley para las partes. Con lo anterior, el legislador quiere señalar que, pese a no provenir del poder público, un contrato tiene tanta fuerza obligatoria como una ley, pero con carácter particular. Todo lo anterior no define qué es lo público y, por oposición, qué es lo privado. Sólo una vez determinado lo anterior deducimos las características de una u otra regulación. Además, las normas situadas en cuerpos normativos que tradicionalmente se identifican con el derecho privado no necesariamente pertenecen a la esfera privada (porque interesan a la sociedad, son disposiciones de orden público). Además, las ramas que integran el derecho público, si bien tienen

¹⁰ SOTO KLOSS, Eduardo. "Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa del Estado", *Revista Chilena de Derecho* Vol. 26 N° 2, 1999, págs. 399 y ss. Ver también nuestro artículo "La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28 N° 1, 2001, págs. 149 y ss.

¹¹ Respecto a los actos administrativos ver SOTO KLOSS, Eduardo, "La publicidad de los actos administrativos en la jurisprudencia judicial", *RDJ*, T 84 N° 1, 1989, págs. 23 a 27. Del mismo, "La publicidad de los actos administrativos en el derecho chileno", *Revista de Derecho* Vol. 10, Universidad Católica de Valparaíso, 1986, págs. 473 a 498. También arts. 39 y 48 a 49 de la Ley 19.880.

¹² GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Constitucional...*, pág. 16.

ciertas características en común, son bastante disímiles (por ejemplo, derecho administrativo y penal). En síntesis, no todo "lo público" se contiene en el derecho público.

En otra aproximación, el derecho privado acompaña a las personas en los sucesos más comunes de su existencia: los efectos jurídicos de su nacimiento y muerte; la regulación de la familia y su descendencia; el trabajo; el tráfico de bienes, etc. Dentro de estas regulaciones, hay algunas que sólo miran al interés individual. Hay otras, que sin referirse a lo estatal, interesan a la sociedad (como la regulación de la familia) y son de orden público. El derecho público, en cambio, se relaciona más con las circunstancias que rodean, como "telón de fondo", la vida colectiva: la necesidad de sentirse seguro frente a la delincuencia o de los riesgos del desempleo, enfermedad, invalidez o vejez; el método para tomar decisiones colectivas; la resolución de conflictos; etc.¹³ Lo anterior representa la esfera pública y es un ámbito de regulación del derecho público, con una fuerte presencia estatal. Este enfoque nos da una idea más precisa acerca de cuáles son los tópicos que pertenecen a una u otra área; pero tampoco es definitiva.

Actualmente vemos una creciente expansión e invasión del derecho público en el campo de lo privado. Esto porque el poder público estima que determinados comportamientos, no obstante encontrarse dentro de la esfera natural de las personas, no puede quedar sujetos totalmente a la libertad individual. Lo anterior se manifiesta en la imposición de un régimen más o menos heterónomo, con mandatos y prohibiciones en lo que normalmente se estima dentro de la esfera de lo privado (derecho contractual, por ejemplo). Por lo anterior, dicha regulación se torna inderogable e indisponible y se sustrae de la autonomía de decisión individual. De contradecir dicho mandato, al acto transgresor le seguirá alguna forma de sanción (las distintas clases de ineficacia). Este es el modo de intervención más fuerte. Uno más débil consiste en las cada vez más abundantes "regulaciones" de las distintas actividades, principalmente en el campo económico. Estas regulaciones no son sólo por vía legal, sino por medio de la potestad reglamentaria, fórmula cuestionable en cuanto a su constitucionalidad. Otro medio de intervención es la creación de entes administrativos especializados encargados de fiscalizar ciertas actividades "sensibles", como el trabajo, la seguridad social, bancos y financieras, la provisión de servicios básicos como electricidad, agua potable, etc.¹⁴ Finalmente, muchas de las situaciones conflictivas en es-

¹³ Ver LE SEUR, Andrew, y otros, *Principles of Public Law*. Londres, 1999, págs. 3 y 4.

¹⁴ Como decíamos, el repliegue del Estado-gestor de empresas ha sido compensado con un aumento en la labor fiscalizadora de la Administración.

tos últimos ámbitos son resueltas por la Administración en una primera instancia y la jurisdicción sólo interviene si la decisión es antijurídica, irracional, desproporcionada, etc.¹⁵

Hoy en día, la frontera entre lo público y privado es más difusa que antaño (si bien en el pasado tampoco había una separación bien determinada) y los límites no están claramente definidos; “incluso las tesis que intentan describir lo que sean uno u otro son variadas y contradictorias”.¹⁶ Como veremos, las áreas de interés propias de lo público y lo privado han cambiado.¹⁷ Curiosamente, se ha utilizado el derecho público para constitucionalizar ciertas instituciones de derecho privado. Esto salvaguarda a las instituciones de derecho privado frente a normas de inferior jerarquía.¹⁸ Así, el principio de libre contratación o autonomía de la voluntad podría encontrar su fundamento en el art. 19 N° 21 de la Constitución y el de la igualdad de los acreedores en el art. 19 N° 2 de la Carta Fundamental. La mayoría de estas normas dicen relación con la limitación de la actividad estatal y las garantías individuales. En realidad, más que una ampliación de las garantías del derecho público al privado, lo que se ha observado en los últimos treinta años es la real aplicación de los derechos constitucionales por los tribunales. En el pasado, éstos no tenían relevancia salvo en lo que se refería a libertad ambulatoria y derechos políticos.

En conclusión, las áreas de regulación del derecho público y privado no son siempre claras. Lo uno y lo otro está presente en casi la mayoría de las relaciones jurídicas, pero con diferente intensidad, la que incluso puede variar según tiempo y lugar. Un caso claro es la relación laboral; de ser regulada inicialmente por el derecho civil, su régimen se vuelve cada vez más heterónomo y, actualmente, se “flexibiliza”. Otro ejemplo es la relación procesal; pese a ser de derecho público, el aspecto sustantivo del conflicto impregna la relación y le da a las partes mayor o menor poder dispositivo.

¹⁵ Ver GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Notas sobre el Derecho Público...*, págs. 388 a 390.

¹⁶ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Constitucional...*, pág. 16.

¹⁷ Incluso, si examinamos el ámbito de regulación del derecho, podemos constatar que se ha alterado, expandiéndose o contrayéndose. Así, comportamientos que se estimaban fuera del derecho pasan a ser regulados por aquél (el concubinato o la violencia intrafamiliar, por ejemplo); o a la inversa, también se ha observado un fenómeno de “desregulación jurídica”, muy perceptible en el campo económico. Parte del mismo fenómeno es la “privatización” de la justicia, con la ampliación de materias de arbitraje facultativo y obligatorio; el principio de oportunidad y las vías alternativas al nuevo proceso penal, con una posibilidad cada vez mayor de convenciones procesales.

¹⁸ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, *Aspectos de la Constitucionalización...*

III. Teorías sobre la división del derecho

Podemos clasificar las diferentes teorías sobre la división del derecho en tres grandes variantes: la teoría monista, según la cual el derecho es uno solo y no admite clasificaciones; la teoría pluralista, según la cual la división del derecho en público y privado es insuficiente, y la teoría dualista, según la cual el derecho se divide en público y privado. La teoría monista niega la división del derecho en público y en privado; el derecho es uno solo. Uno de sus partidarios es Hans Kelsen. Para Kelsen, la clasificación se sustenta en una simple división de fuentes del derecho. Las fuentes heterónomas que corresponderían al derecho público, donde la voluntad de los imperados no concurre a la formación de la norma; en cambio, las fuentes autónomas serían propias del derecho privado, donde concurre la voluntad de los obligados al momento de crear la norma jurídica. La teoría pluralista sostiene que la división del derecho en público y privado es insuficiente, ya que el derecho tiene distintos objetos de regulación, cada uno con particularidades propias. Por lo anterior, hay distintos matices donde el interés público y el individual juegan con distinta intensidad. En razón de esto existen categorías paralelas y autónomas al derecho público y al privado. Así, algunos postulan que el derecho de familia¹⁹ tiene sus peculiaridades propias que lo diferencian del derecho privado y público tradicionales. Se trata de normas de derecho privado, pero atinentes al "orden público". Otros autores estiman que también existe un "derecho social", que engloba al derecho laboral y la seguridad social.²⁰

¹⁹ La Corte Suprema ha sostenido que constituyen disposiciones de orden público, en la esfera del derecho privado, las normas de la legislación que gobiernan el estado y capacidad de las personas, sus relaciones de familia, y, en general, aquellas reglas dictadas en interés de la sociedad y que resguardan la integridad de instituciones jurídicas básicas. Ver "Setien Morales con Doerer Aguirre", *RDJ*, T. 56 N°s 5 y 6, 1959, Sec. 1ª, págs. 213 y ss. Corte Suprema. Solicitud de *execuatur* (considerando 4). De igual forma en "Roumié Vera con Said Abdula" *RDJ*, T. 57 N°s 1 y 2, 1960, Sec. 1ª, págs. 46 y ss. Corte Suprema. Solicitud de *execuatur* (considerandos 4 y 5). Para la Corte Suprema, el matrimonio, más que un contrato civil, como se contempla en nuestra legislación, es una "institución", dado el alcance y proyección del mismo en cuanto conforma la base de la familia, y por ende de la sociedad. Esta idea es recogida en el art. 1º de la Constitución y se desarrolla a través del llamado "derecho de familia", que regula la relación personal y patrimonial entre los cónyuges y la de éstos con los hijos comunes. Por lo tanto, todo lo relacionado con el matrimonio conforma el "orden público familiar", en el cual tiene interés la sociedad toda, más allá del que puedan hacer valer los interesados directamente. Ver "Joo Ching con Joo Gallegos" *RDJ*, T. 89 N° 3, 1992, Sec. 1ª, págs. 188 y ss. Corte Suprema. Casación Fondo (considerandos 6 a 8).

²⁰ Nuestro Máximo Tribunal ha dicho que las disposiciones que emanan de la legislación laboral son de orden público, a pesar que en algunas oportunidades pueda estimarse que sólo miran al interés de un sujeto en particular. En consecuencia los derechos que otorga la legislación laboral son irrenunciables; ver "Braden Cooper Company con Celis Muñoz", *RDJ*, T. 65 N° 2, 1968, Sec. 3ª, págs. 36 y ss. Corte Suprema. Queja. Los tribunales han reiterado que el principio de autonomía de la voluntad tiene aplicación restringida en materia laboral; ver *Gaceta Jurídica* N° 151, 1993, págs. 144 y ss. Corte de Concepción. Apelación (considerando 2). También "Fischman Torres con Dirección del Trabajo", *Revista Fallos del Mes* N° 340, marzo 1987, págs. 66 y ss. Corte Suprema. Protección (considerando 10). Asimismo, "Fuentes Correa", *RDJ*, T. 86 N° 3, 1989, Sec. 3ª, págs. 271 y ss. Corte Suprema. Queja. La doctrina aparece en el fallo de primera instancia.

Frente a estas doctrinas se sitúa la teoría dualista, que postula la existencia de dos áreas del derecho: el derecho público y el derecho privado, los que pueden ser diferenciados por distintos criterios: el interés protegido por las normas;²¹ el fin u objetivo de las normas;²² la naturaleza o carácter de las normas; la oficialidad o pasividad del Estado en la persecución de transgresiones a normas de derecho público y privado respectivamente;²³ etc. Todos estos criterios son relativos, si bien nos dan una idea aproximada, están plagados de excepciones.

²¹ El derecho público protegería derechos colectivos y el derecho privado protegería intereses individuales. Sin embargo, este criterio tiene la desventaja de ser muy general y vago. Es difícil determinar cuándo se están protegiendo intereses colectivos o individuales. Por ejemplo, las normas que penan la estafa; las que establecen el derecho de propiedad o las que consagran el matrimonio indisoluble. Sin embargo, las normas de derecho público protegen fundamentalmente los intereses sociales o que interesan más a la colectividad que al individuo; frecuentemente marcan un límite a la libertad individual, como las normas que consagran la función social de la propiedad. En cambio, el derecho privado consagra fundamentalmente facultades individuales, como la libertad contractual.

²² El fin del derecho público es estructurar el Estado y sus poderes y consagrar las principales garantías del individuo, regulando su relación con el poder público. En cambio, el fin del derecho privado es regular las relaciones jurídicas entre particulares. Este criterio también es vago, ya que, por ejemplo, las garantías no son sólo invocables frente al poder, sino también frente a otros particulares. Los derechos individuales consagrados en la Constitución involucran a veces tópicos netamente privados, como la propiedad o el honor.

²³ La infracción de normas de derecho público puede perseguirse normalmente de oficio por el Estado. Dado que la infracción de normas de derecho público atenta contra intereses sociales, se castigan con independencia de la voluntad de la víctima directa; la víctima indirecta es siempre la sociedad y ésta, representada por el Estado, no puede permitir que determinadas transgresiones queden impunes. Un claro ejemplo son los delitos de acción pública como el homicidio, aquí el ilícito se persigue independientemente de la voluntad de la víctima (Ver arts. 53 a 55 del Código Procesal Penal). Los arts. 8° de la Ley 18.575 y 7° de la Ley 19.880 establecen el principio de impulsión de oficio en materia administrativa. En derecho privado, la sanción normalmente queda al arbitrio de los particulares. Por ejemplo, la indemnización de perjuicios o la resolución de contratos. Sólo el particular afectado puede iniciar el procedimiento para perseguir la infracción de estas normas; la regla general es que sea el afectado. Esto es manifestación de los principios dispositivo (por oposición al inquisitivo) y de pasividad judicial. Sólo excepcionalmente en derecho privado existen acciones populares (acción de obra ruinosa, art. 948 del Código Civil, o la destinada a internar provisoriamente al enajenado mental, art. 466 del Código Civil) o el juez puede actuar de oficio (en la nulidad absoluta, el tribunal puede declararla de oficio si aparece de manifiesto en el acto o contrato, art. 1683 del Código Civil; defensa del no nacido, art. 75 inc. 1° del Código Civil). Nuestro Máximo Tribunal ha sostenido que, en cierta clase de juicios, como los de divorcio, nulidad de matrimonio y los criminales por los delitos que se castigan con pena aflictiva, no se mira al interés particular de las partes, sino al interés social, moral o de la ley, puesto que los actos que mediante esos fallos se solucionan o se reprimen producen también efectos que pasan del límite particular de los litigantes ("Contra Federico Henríquez y otros", *Gaceta de los Tribunales*, primer semestre 1940. Sec. Criminal. Págs. 241 y ss. Corte Suprema. Casación Fondo, especialmente considerando 5). Los tribunales son órganos del Estado y tienen el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Éste es un deber que impone la Constitución y excepciona al principio dispositivo y al de pasividad judicial. Tímidamente se ha abierto la teoría de la protección de oficio. Desde la misma perspectiva, la falta de efecto vinculante de los precedentes constituye discriminación. La Corte Suprema señaló que por «discriminación arbitraria» ha de entenderse toda distinción realizada por el legislador "o cualquier autoridad pública" que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos que no tenga justificación racional ("Mardones Mora", *RDJ*, T. 88 N° 2, 1991, Sec. 5°, pág. 178. Corte Suprema. Inaplicabilidad, en especial considerando 4). Entonces, la interpretación actual dada al Art. 3° inc. 2° del Código Civil parece contradecir al art. 5° de la Constitución, a lo menos cuando se trata de materias de derecho público.

Quizá el más exacto sea, como veremos seguidamente, el que se centra en los sujetos de la relación jurídica y sus potestades, factores de los que derivan importantes consecuencias en materia de ineficacia de los actos, responsabilidad, esferas de actuación, etc.

Todos los factores de clasificación anteriores se dan en el plano teórico; sin embargo, nuestra legislación y la jurisprudencia judicial y administrativa han utilizado, en la práctica, las categorías dualistas. Dichas categorías son las que veremos a continuación.

IV. Aplicaciones prácticas de la distinción entre derecho público y privado según la legislación, la doctrina y la jurisprudencia

El legislador, nuestros tribunales y la doctrina nacional no son ajenos a la división derecho público/privado y constantemente utilizan las categorías que emanan de esta clasificación en su labor cotidiana. Por lo anterior, es interesante indagar cuál ha sido la suerte de esta división del derecho en su aplicación práctica. La esfera de aplicación de la doctrina dualista es enorme. Veremos algunos de los criterios a continuación:

1. Relación jurídica de derecho público y privado: las potestades públicas

La sociedad se estructura a partir de múltiples relaciones entre los sujetos de derecho. Estas relaciones sociales son "jurídicas" cuando aparecen reguladas por el derecho. La autoridad normativa debe decidir qué conductas deben ser reguladas por las normas jurídicas. Para ello debe ponderar cuáles comportamientos son esenciales para la vida social y no se encuentran suficientemente protegidos por otros sistemas normativos. El Estado, al ser un sujeto de derecho, también es un importante actor en las relaciones jurídicas. Su especial posición hará que las relaciones jurídicas en que intervenga tengan ciertas características especiales. La relación jurídica de derecho público liga a los particulares con cualquier ente de derecho público (fisco; municipalidad, gobierno regional, servicio de salud, SII, aduanas, y todas las formas que puede asumir el Estado); igualmente, la relación será de derecho público cuando se vinculen dos entes públicos. Los entes estatales actúan ejerciendo potestades públicas, de las cuales carecen los particulares, que los sitúan en una posición de supremacía. De este modo, el Estado puede imponer su voluntad en el orden temporal de la sociedad política (sólo para lograr el bien común) sobre el interés particular, dentro del marco de la igualdad de las cargas públicas. Entonces, la relación jurídica entre el particular y el ente público no es de igualdad, sino de supremacía-subordinación. Pero la actuación de los entes públicos está enmarcada

por el "principio de servicialidad", no son un simple poder sin sentido o finalidad. El acto que se emite tiene que estar destinado a satisfacer una necesidad pública.²⁴ Estas potestades públicas no son derechos subjetivos, sino poderes-deberes finalizados: para la autoridad no es facultativo ejercerlas, ya que están destinadas a servir a la comunidad y satisfacer necesidades públicas.²⁵ Claros ejemplos son la potestad expropiatoria; la potestad jurisdiccional; la legislativa; la potestad tributaria; etc. Se trata por tanto de actos "debidos" y la autoridad debe actualizar sus potestades cuando las necesidades lo requieran. Por lo anterior, la división entre faz activa y pasiva, ventaja o gravamen, no es clara, sino que aparecen fundidas.

En la faz pasiva de las potestades públicas (sobre quienes se ejerce), los particulares se encuentran en la necesidad de obedecer los mandatos de la autoridad. Esta subordinación no significa en caso alguno sumisión o sometimiento (palabras impropias si vivimos en un sistema democrático), ya que el particular siempre tiene la posibilidad de reclamar ante los tribunales. Pero como se trata de un poder-deber, la faz pasiva también está presente en el propio ente que detenta la potestad pública; su no ejercicio o su uso impropio conlleva responsabilidades. La potestad pública tiene por función el logro del bien común y sólo tiene como razón de ser el lograr ese objetivo. Como veremos, los términos señalados (supremacía-subordinación; potestades o poderes-deberes y cargas públicas; bien común; necesidades públicas; servicialidad; etc.) generan importantes efectos en materia de responsabilidad y sanciones de ineficacia. Por todo lo anterior, las relaciones jurídicas en las que es partícipe el Estado no pueden ser reguladas de la misma forma que las relaciones jurídicas privadas. Como el derecho privado no puede aplicarse a las relaciones jurídicas donde participa el Estado, surge el derecho público. En derecho público, la relación jurídica la compone por lo menos un ente público; en cambio, en derecho privado la relación jurídica estará constituida por sujetos particulares. Los entes estatales ejercen potestades públicas que les confieren poderes que no tienen los particulares y, por lo tanto, la relación es autoridad/subordinado; de supraordenación y subordinación. La posición de los entes estatales dentro de la relación es supraordenadora, en atención a que deben velar por el bien común. O sea, la calidad de quien actúa jurídicamente nos revelará ante qué rama del derecho nos encontramos. El problema es que, muchas veces, los entes públicos actúan en la vida jurídica sin ejercer potestades públicas (la compra de bienes o servicios). Sin embargo, el derecho público está siempre presente en la medida que un ente estatal se

²⁴ SOTO KLOSS, Eduardo, *Informe Constitucional N° 271: La Relación Jurídica en Derecho Público (nociones básicas)*. Stgo., 1992.

²⁵ De allí la inexcusabilidad judicial (art. 10 inc. 2° del COT) y administrativa (art. 14 de la Ley 19.880).

desenvuelva en la vida jurídica (en el caso de compra de bienes o servicios, éstos deben estar destinados exclusivamente al bien común; se debe seguir un procedimiento, etc.). Como decíamos, si bien el Estado tiene potestades, éstas implican al mismo tiempo un poder y un deber. El poder atribuido al Estado existe sólo para que se cumpla el fin por el cual es otorgado: esto es la obtención del bien común.²⁶

La relación jurídica de derecho privado vincula a los particulares, quienes se relacionan entre sí en un plano de igualdad. Esto también repercute en las características de la responsabilidad y formas de ineficacia que se aplican a estas relaciones. En derecho privado patrimonial es clara la división entre faz activa y faz pasiva.²⁷ En derecho privado el fin de la relación no es más que el interés particular. En síntesis, en derecho privado patrimonial los sujetos de la relación jurídica son los particulares y actúan en un plano de igualdad; tienen facultades y no potestades.

2. Derechos subjetivos públicos y privados

Esta categoría atiende a la norma objetiva en que se funda el derecho en cuestión. El derecho subjetivo público es aquel que se funda en una norma de derecho público; por ejemplo, las normas que nos habilitan para votar en elecciones²⁸ (arts. 13 a 18 de la Constitución) o los consagrados en el art. 19 de la Carta Fundamental. El derecho subjetivo privado es aquel que se funda en una norma de derecho privado; por ejemplo, aquella que nos faculta para renunciar a los derechos, siempre que no sea contra interés ajeno o esté prohibida su renuncia (art. 12 del Código Civil). El criterio de clasificación parece poco sustantivo, pero el hecho de que un derecho se funde en una norma de derecho público o privado es sumamente importante. Primeramente por una cuestión de jerarquía; el que un derecho se funde en una norma de derecho público lo deja a salvo de cualquier atentado realizado por normas inferiores. Además, los derechos subjetivos públicos se encuentran protegidos por acciones constitucionales, como los recursos de protección y amparo. Ambos generan procedimientos cautelares autónomos, inquisitivos, informales²⁹ y concentrados. Los derechos que

²⁶ SOTO KLOSS, Eduardo, *Informe Constitucional N° 271...*

²⁷ Las relaciones de familia no pertenecen a este ámbito, ya que no hay igualdad entre sus miembros. Técnicamente se habla de "potestades de familia" y "deberes específicos de conducta". La faz activa y pasiva de la relación no están claramente divididas. Tiene más similitudes con la relación jurídica de derecho público.

²⁸ Curiosamente, el votar es un derecho (nadie puede impedir su ejercicio si se cuenta con los requisitos legales); pero, al mismo tiempo, es una carga pública: el no votar en una elección está sancionado.

²⁹ La formalidad en los procedimientos administrativos es instrumental, sólo lo indispensable para dejar constancia indubitada y evitar perjuicios (art. 13 de la Ley 19.880).

se fundan sólo en normas de derecho privado carecen de estas formas de tutela rápida.³⁰ Si bien la Constitución de 1925 contemplaba un capítulo referente a los derechos fundamentales, sólo con la Constitución de 1980 éstos son justiciables, ya que estableció los medios procesales adecuados para protegerlos.³¹ Otro aspecto interesante es la disponibilidad de los derechos; los consagrados en normas de derecho público tienden a ser indisponibles; en cambio, los que se fundan en el derecho privado suelen ser disponibles. Lo anterior no es absoluto, ejemplo claro es el derecho de propiedad.³² Además, muchos derechos que emanan de fuentes de derecho privado se encuentran insertos dentro de un derecho subjetivo público, como los nacidos de un contrato, sobre los cuales existe una especie de propiedad, por ser cosas incorpóreas.

3. Ámbito de acción: subsidiariedad; principio de juridicidad y autonomía de la voluntad

En una república todas las personas están sujetas al derecho, tanto autoridades como gobernados; “no hay persona ni grupos privilegiados” (arts. 4°; 6° inc. 2° y 19 N° 2 inc. 1° de la Carta Fundamental). Pero la unión del derecho con el Estado es mucho más fuerte. Es el derecho el que lo configura y lo crea; sin el derecho el Estado y sus atribuciones no existen. El derecho es condición de existencia del Estado y sus potestades. El principio de juridicidad, que enmarca al Estado, ha sido definido como “la sujeción integral a derecho de los órganos del Estado, tanto en su ser como en su obrar”.³³ Ya la palabra “sujeción” nos da un importante indicio; el constituyente utilizó un término bastante enérgico, indicando la fuerte vinculación entre el sistema jurídico y la autoridad pública, por ser el Estado una persona jurídica. Se prefiere la expresión “principio de juridicidad”, porque la vinculación entre Estado y derecho es integral y no sólo se refiere a la Constitución o la ley, sino a todo el ordenamiento jurídico. La expresión “principio de legalidad” es más restrictiva, pero más exacta cuando habla-

³⁰ Se han desechado recursos de protección cuando se trata de materias de lato conocimiento, como la ejecución y cumplimiento de contratos. Ver “Schneider Bulman con Cona”, *Revista Fallos del Mes* N° 288, noviembre 1982, págs. 505 y ss. Corte Suprema. También “Jiménez Broussain con Ojeda Calderon” *RDJ*, T. 84 N° 1, 1987, Sec. 5ª, págs. 112 y ss. Corte de Puerto Montt. En especial considerando 6.

³¹ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, *Aspectos de la Constitucionalización...*

³² En un análisis preliminar la vida, integridad corporal y la salud son derechos indisponibles. El consentimiento no sirve como causal de justificación y el auxilio al suicidio y la eutanasia están prohibidos; pero el asunto se relativiza con la posibilidad de donación de órganos en vida y la falta de obligatoriedad de tratamientos médicos. A la inversa, si analizamos la validez de una cláusula de no-competir a la luz del solo derecho privado podríamos concluir que ésta es válida por aplicación del principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, si cotejamos esta cláusula con la legislación antimonopolio y el art. 19 N° 21 de la Constitución, adolecería de objeto ilícito por “contravenir el derecho público chileno” (art. 1462 del Código Civil).

³³ SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales, Tomo II: El Principio de Juridicidad*. Stgo., 1996, pág. 24.

mos de las normas que *habilitan* a los entes estatales para actuar. Sólo la Constitución y la ley pueden establecer competencias estatales y, por lo tanto, normas inferiores no pueden conferir potestades públicas, aunque estas disposiciones tendrán importancia al momento en que la competencia conferida se actualice.³⁴ En derecho público, los entes estatales sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente facultados por la ley, según el principio de legalidad habilitante consagrado en los arts. 6° y 7° de la Constitución. Es decir, la ley marca el límite de la actividad estatal y no se pueden realizar actividades más allá de esas competencias asignadas. Este principio tiene como fin salvaguardar la libertad de los particulares y su ámbito de acción. Particularmente importante es este punto en materia administrativa, porque está en contacto diario y directo con los particulares. Se reafirma con mayor fuerza el mismo principio en materia de actividad empresarial del Estado (art. 19 N° 21 de la Constitución). El legislativo también tiene una competencia normativa limitada; el art. 60 de la Constitución establece un sistema de “dominio legal máximo”, de modo que la potestad reglamentaria y la legislativa están delimitadas. En cuanto a los tribunales, a cada juez se le asigna el conocimiento de asuntos específicos, pero en general hay “plenitud jurisdiccional” y le corresponde resolver todo conflicto jurídico que se suscite en el orden temporal (arts. 73 de la Constitución y 5° inc. 1° del COT). Todo lo anterior se enmarca dentro del principio de subsidiariedad y primacía de la iniciativa privada, una de las bases fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional.³⁵ Este principio constitucional debe orientar toda la actividad del Estado y no sólo de la Administración.

Los particulares también están sujetos al derecho, pero su vinculación (pese a ser los gobernados) es más tenue. Las personas y sus derechos existen con independencia al ordenamiento jurídico. Por lo tanto, el derecho opera como un límite y no es condición de su existencia. Además, en derecho privado los particulares pueden hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido, con un vasto campo de acción. Esto no es sino aplicación del principio de autonomía de la voluntad. En una perspectiva más amplia, el art. 19 N° 21 de la Constitución consagra el derecho de libertad

³⁴ Indudablemente, no puede ampliarse la competencia de un ente público mediante un reglamento. Pero dictado uno, no podemos dictar un acto administrativo singular contradiciéndolo o excepcionándolo; éste es parte del ordenamiento y debe respetarse. Esto es lo que se denomina “inderogabilidad singular del reglamento”. Al respecto, ver recurso de protección “Toro con gerente general del Banco Central”, RDJ, T. 81 N° 2, 1986, sec. 5°, págs. 138 y 141. La Corte de Apelaciones Stgo. (confirmado por la Corte Suprema) sostiene que si la autoridad (Banco Central) accediere a lo pedido por la recurrente, que no cumple con los requisitos exigidos por el ordenamiento reglamentario, estaría realizando precisamente un acto discriminatorio en favor de una persona, al contrariar una norma general, e infringiría lo dispuesto tanto por el N° 22 del art. 19 como por el art. 98 inc. final de la Carta Fundamental. Cuando se actualiza competencia cobran relevancia los principios generales del derecho y la equidad.

³⁵ SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo...*, pág. 10.

económica, permitiendo a los particulares ejercer cualquier actividad salvo que sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional o esté expresamente prohibida. De forma más general aún, la Constitución consagra la primacía de la persona humana, su iniciativa y la autonomía de los cuerpos intermedios.

4. Actos jurídicos privados y públicos

Es acto jurídico todo acto humano voluntario al que el ordenamiento le atribuye el efecto de producir consecuencias jurídicas. Cuando los actos jurídicos los realizan los entes estatales, se tratará de actos jurídicos públicos. Hoy, la separación de poderes y los criterios orgánicos para fundarla se encuentran superados. El Estado cumple ciertas funciones y éstas se radican en diversos órganos, con independencia del poder público al cual se atribuyan. Hoy se habla de preponderancia de funciones y controles recíprocos entre poderes. Atendido que los entes públicos detentan potestades, el control es necesario para prevenir, sancionar y compensar abusos. Distinguimos cuatro tipos de actos jurídicos públicos, según la función que éstos cumplen dentro del sistema jurídico: el acto constituyente; el acto legislativo; el acto jurisdiccional y el acto administrativo.

El primero es el “acto constituyente”; acto político y público por excelencia, implica el comienzo de un orden jurídico nuevo y/o una ruptura con el anterior.³⁶ El contenido que en el hecho tenga este acto es totalmente libre y dependerá de la eficacia con que el constituyente imponga el nuevo orden; por lo menos según la teoría kelseniana. Ya no en el campo fáctico, sino en el de la legitimidad, son los filósofos los que discrepan. Para muchos no existen límites, puesto que no hay nada anterior ni superior al derecho y éste puede tener cualquier contenido. Para los *iusnaturalistas* la legitimidad y el carácter de verdadero derecho del nuevo ordenamiento estará dado por el respeto a principios morales básicos y mínimos; la dignidad de las personas; el bien común; etc. Si bien la disputa no ha llegado a su fin, entender el acto constituyente, y el derecho en general, como un acto de “poder puro” no resiste mayor análisis. Un orden social basado sólo en el poder no es viable en el largo plazo, como lo demuestra el fracaso de los socialismos reales.

Otro acto jurídico público es el “acto legislativo”. La ley constituye la fuente formal principal en la actualidad, aunque no entendida ya en el sentido

³⁶ “La importancia del poder constituyente se percibe más claramente en los momentos de cambio constitucional, especialmente si se trata de un cambio revolucionario... Este poder del pueblo, poder supremo, es, sin embargo, ilimitado, a diferencia del legislativo, que es supremo, pero limitado... Es una realidad fáctica, de hecho más que de derecho... Se caracteriza por su eficacia real”. PEREIRA MENEAUT, Antonio-Carlos, *Teoría Constitucional*. Stgo., 1998, págs. 68 a 74.

decimonónico. Lo normal es que sea una norma general y abstracta. Dado que el Congreso es el máximo exponente de la soberanía popular y el carácter esencialmente político de su composición, el contenido de la ley creada no tiene más límite que el señalado por la Constitución. No se trata de una simple cuestión formal, ya que nuestra Constitución marca también un límite de contenido, principalmente dado por los derechos fundamentales y la competencia asignada constitucionalmente a otros órganos (como el "dominio legal máximo", del que hablábamos anteriormente). La Constitución le asigna a la ley la regulación de los asuntos más importantes, en especial los derechos constitucionales.

Los "actos jurisdiccionales" pertenecen a un género mayor denominado "actos procesales". Cuando éstos son emitidos por los tribunales se denominan "resoluciones judiciales" y son una especie de acto jurídico público, ya que provienen de entes públicos que ejercen la potestad jurisdiccional. Quizá lo más característico de las resoluciones judiciales (por lo menos de las sentencias definitivas e interlocutorias firmes) es la cosa juzgada.³⁷

El "acto administrativo" es una de las especies más importantes de acto jurídico público. Según el art. 3° inc. 2° de la Ley 19.880, los actos administrativos son las decisiones formales que emitan los órganos de la administración del Estado, en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una función pública. Para el profesor Soto Kloss, el acto administrativo es "una ordenación racional, de carácter unilateral, emanado de un ente estatal en ejecución de una función administrativa destinada a satisfacer una necesidad pública concreta que produce efectos jurídicos directos".³⁸ La "racionalidad" dice relación con la justificación y motivación del acto en cuanto a los hechos y el derecho y su oportunidad, proporcionalidad e idoneidad; la unilateralidad implica que, para producir efectos jurídicos, no es necesario el concurso de la voluntad del obligado. El acto público, para que sea administrativo, debe ser dictado por un ente estatal en ejercicio de una función administrativa. Todos los poderes ejercen en alguna medida función administrativa, pero ésta se concentra mayormente en el Poder Ejecutivo.³⁹ Esta consiste en la prestación de bienes y servicios específicos a la comunidad. Por último, el acto administrativo está destinado a satisfacer una necesidad pública concreta, lo que dice relación con el principio de servicialidad del Estado. Quizá el

³⁷ Ver HOYOS H., Francisco, *Temas Fundamentales de Derecho Procesal*. Stgo., 1987.

³⁸ SOTO KLOSS, Eduardo, "La noción de acto administrativo en el derecho chileno (una perspectiva sustancial)". *Revista de Derecho Público* N° 60, 1996, págs. 85 a 97.

³⁹ El Congreso y los tribunales también ejercen potestades administrativas, pero tienen mayormente efectos intraorgánicos; por ejemplo, los actos relativos a su personal. A la inversa, a veces el Poder Ejecutivo no ejerce potestades administrativas; por ejemplo, cuando emite un decreto promulgatorio o un DFL. Ver ARÓSTICA, Iván, *Lecciones sobre acto administrativo*. Stgo., 1996, pág. 11.

acto administrativo sea la especie más estudiada de acto jurídico público, ya que es la Administración quien está en mayor contacto con los particulares, tanto por su actividad jurídica como material. Debido a lo anterior y en razón de detentar poderes exorbitantes, la responsabilidad derivada y la ineficacia de los actos jurídicos públicos tienen características especiales. Todos los actos jurídicos públicos reseñados son unilaterales. Sin embargo, el Estado también celebra actos jurídicos bilaterales, como los contratos administrativos o los contratos-leyes. El derecho público regula estas instituciones al estar presente el Estado y sus potestades.

Frente a los anteriores están los actos jurídicos privados. El acto jurídico que proviene de un particular es un acto privado, quien no ejerce potestades públicas. Entre los actos jurídicos privados y públicos existen notables diferencias, reseñaremos las más importantes, centrándonos en el acto jurídico público, que ha sido menos estudiado por la doctrina:

a) Formalidades: los actos jurídicos privados son, por regla general, consensuales (pese a que el art. 1443 no lo señala expresamente). Esto debido a que el principio del consensualismo es una consecuencia directa de la autonomía de la voluntad. Los actos jurídicos públicos son, por regla general, formales. Las decisiones que adopta la Administración frecuentemente deben consignarse o traducirse en un documento formal⁴⁰ donde quede constancia de lo decidido, ésta es la única manera de controlar su juridicidad.⁴¹ Lo mismo la ley y las resoluciones judiciales. El documento donde se contiene el acto jurídico público siempre será un instrumento público, ya que en él interviene “el competente funcionario” y es autorizado con “las solemnidades legales” (art. 1699 del Código Civil).

b) Causa-motivo: la doctrina tradicional sostiene que en el acto jurídico privado existen tres tipos de causa: final, ocasional y eficiente. En el acto jurídico público, específicamente en el administrativo, se habla de “motivo”, esto es, una necesidad calificada como pública por el legislador y que ha sido puesta por éste a cargo de un específico órgano de la Administración para que él concurra a su satisfacción; la motivación del acto administrativo (hechos y fundamentos de derecho, arts. 11 inc. 2° y 41 inc. 4° y final de la Ley 19.880) se expresa en los “considerandos” del acto.⁴² La sentencia judicial tiene “consideraciones de hecho y de derecho” que sirven de fundamento a la sentencia. Respecto de la legislación podemos hablar de “fuentes materiales” de tal o cual norma.

⁴⁰ El art. 3° inc. 2° de la Ley 19.880 define acto administrativo como una decisión “formal”, los incs. 3° y 4° señalan que tanto los decretos supremos y las resoluciones son “órdenes escritas”.

⁴¹ Ver SOTO KLOSS, Eduardo, “La publicidad de los actos administrativos en la jurisprudencia judicial”, *RDJ*, T. 84 N° 1, 1989, pág. 24. No obstante, hay muchos actos administrativos verbales.

⁴² Ver SOTO KLOSS, Eduardo, “Elementos del Acto Administrativo”, *Informe Constitucional* N° 894, 1993.

c) Imperatividad: cumpliendo con el principio de juridicidad, los actos públicos gozan de imperatividad, obligatoriedad y exigibilidad.⁴³ La ley crea derechos y deberes con generalidad y abstracción. La sentencia judicial es una norma mucho más concreta; según algunos, el verdadero derecho coercible. El acto administrativo también puede crear derechos u obligaciones en forma unilateral, sin necesidad de contar con la voluntad del obligado (a diferencia del acto jurídico privado, art. 1450 del Código Civil). En el ámbito privado es posible crear derechos en forma unilateral, aunque siempre es necesaria la aceptación del titular (art. 1449 del Código Civil), pero es imposible crear una obligación sin el consentimiento del deudor (art. 1450 del Código Civil).

d) Autotutela: la regla general en nuestro sistema es la heterotutela judicial. Para hacer cumplir una norma contenida en un acto jurídico privado es necesario recurrir a tribunales y el procedimiento será más o menos complejo dependiendo de la naturaleza del documento en el que se contenga. Excepcionalmente se contemplan casos de autotutela privada como la excepción de contrato no cumplido o la legítima defensa. Se han suscitado problemas en cuanto al no pago de suministros básicos y el "corte" de éstos. Los servicios básicos (electricidad o agua potable) eran servidos por empresas públicas, pero muchas de éstas han sido privatizadas, aunque los servicios suministrados están muy regulados. Para algunos es una forma de autotutela privada inconstitucional, para otros una resolución de contrato que opera *ipso facto*. Respecto a los actos jurídicos públicos, la ley es por cierto obligatoria, pero al ser abstracta y general, necesariamente requiere la actuación de los tribunales o la Administración para imponerse forzosamente. En todo caso, la mayoría de las normas se cumplen espontáneamente y estadísticamente la transgresión es residual. El juez es el que crea el "derecho real", tiene siempre acceso a la fuerza pública, la que recibe órdenes directas de los tribunales sin que pueda calificar sus decisiones (art. 73 incs. 3° y 4° de la Constitución). La Administración (que es la fuerza pública) cuenta sólo con autotutela declarativa y, excepcionalmente, con autotutela ejecutiva (marcadamente cautelar), siempre enmarcadas dentro del principio de legalidad. Es cuestionable entonces, dada la heterotutela jurisdiccional consagrada por la Constitución y el principio de igualdad ("en Chile no hay persona ni grupo privilegiado"), la autotutela general (y no bien implementada) dada por la Ley 19.880 a la Administración (arts. 50 y 51).

e) Control: los actos jurídicos públicos están sometidos a control, ya sea de constitucionalidad, legalidad, de mérito, etc. Este control es normalmente

⁴³ SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo...*, págs. 157 a 163. El profesor Soto Kloss destaca que el poder de imposición unilateral nace del deber de servicialidad y la obligatoriedad y exigibilidad no sólo dicen relación con los destinatarios, sino con las propias autoridades públicas.

de oficio, preventivo y lo efectúan diversos entes tales como el Tribunal Constitucional, los tribunales ordinarios, Contraloría, unidades de control interno, etc. Particularmente importante es el control de la actividad administrativa, quien está en contacto directo con los particulares y en posición "privilegiada" para dañar sus intereses. No es así en los actos jurídicos privados, donde el control es normalmente eventual, *a posteriori* y por los tribunales.⁴⁴

f) Procedimiento: el acto legislativo, el acto jurisdiccional y el acto administrativo están sometidos a un procedimiento de elaboración (art. 7° inc. 1° de la Constitución). En derecho privado no hay un "procedimiento" para generar actos jurídicos privados, más bien se distinguen etapas, que pueden o no presentarse todas (formación del consentimiento). El procedimiento para "producir" una ley o una sentencia judicial se encuentra regulado exhaustivamente en la Constitución y la legislación procesal. No existe un procedimiento único para elaborar actos administrativos, aunque pueden reconocerse ciertas etapas mínimas;⁴⁵ un procedimiento general y supletorio ha sido establecido recientemente por la Ley 19.880.⁴⁶ En el procedimiento administrativo, la regla general es el principio inquisitivo u "oficialidad"; éste comienza a iniciativa de ente administrativo y por excepción a petición de parte. Tanto en el procedimiento judicial como administrativo, las "formas" y trámites no son un fin en sí mismos, sino tan solo un instrumento del garantismo y eficiencia; así, si la omisión de alguna forma en el procedimiento no lesiona intereses particulares o no afecta el resultado, no provocará la nulidad de derecho público (principio de trascendencia).⁴⁷ Todos los procedimientos de derecho público deben cumplir con las exigencias establecidas por la Constitución ("rationales y justos", "debido" en otras palabras⁴⁸) y las normas dictadas conforme a ella (arts. 7° inc. 1°; 19 N° 3 inc. 5°; 60 N° 18 y 62 a 72 de la Constitución).

g) Declaración de nulidad e invalidación: la nulidad de los actos jurídicos privados debe ser declarada judicialmente; los particulares no pueden anular sus propios actos (arts. 1687 y 1689 del Código Civil). En cambio, la Admi-

⁴⁴ Ver SOTO KLOSS, Eduardo, "La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República", en *Contraloría General de la República: 50 años de vida institucional*. Stgo., 1977.

⁴⁵ Ver SOTO KLOSS, Eduardo, *El procedimiento administrativo: algunas nociones básicas*. Universidad de Chile. Stgo., 1983. Ver también ARÓSTICA, Iván, *Lecciones...*, págs. 14 a 25.

⁴⁶ La Ley 19.880 establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, siguiendo el tenor del art. 60 N° 18 de la Constitución.

⁴⁷ COLOMBO CAMPBELL, Juan, *Los actos procesales, Tomo II*. Stgo., 1997, pág. 472.

⁴⁸ En materia de procedimiento administrativo, ver art. 4° de la Ley 19.880; en materia procesal penal, art. 1° CPP. Respecto al proceso civil, disposiciones a lo largo de todo el CPC. Ver TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, "El proceso civil chileno: una lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción, de cara a la reforma", en *Tribunales, jurisdicción y proceso*. Stgo., 1994, págs. 44 a 72. Del mismo, ver "El debido proceso", en *El proceso en acción*. Valparaíso, 2000, págs. 533 a 552.

nistración debe y puede dejar sin efecto los actos que dicte en contravención a derecho (art. 53 Ley 19.880), en la medida en que no afecte los intereses de particulares (en cuyo caso sólo pueden hacerlo los tribunales; la invalidación es una potestad administrativa que tiene límites precisos). En materia judicial, existe la declaración de oficio de la nulidad procesal (arts. 83 inc. 1° y 775 inc. 1° del CPC). En el caso de la ley, los parlamentarios pueden requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre un determinado proyecto (aunque en algunos casos el control del Tribunal Constitucional es necesario y existe como un trámite legislativo adicional, como en las LOC).

5. Personas jurídicas de derecho público y privado

Tanto en derecho privado y público encontramos entes dotados de personalidad jurídica. En derecho privado existen, frente a las personas naturales, diversos tipos de entidades colectivas, algunas de ellas personas jurídicas. Dentro de estas últimas, sociedades en sus diversas especies: corporaciones; fundaciones; sindicatos; cooperativas, etc. Frente a estas personas jurídicas también coexisten "grupos intermedios" que carecen de personalidad jurídica. En derecho público sólo encontramos personas jurídicas, y la más importante es el Estado-fisco, que engloba a todos los entes estatales sin personalidad jurídica (el Poder Judicial, el Congreso y toda la Administración centralizada).⁴⁹ Frente a él, se encuentran todos los entes administrativos descentralizados, como las municipalidades, los gobiernos regionales o las empresas del Estado.⁵⁰ Entre personas jurídicas de derecho público y derecho privado hay múltiples y notables diferencias:

a) **Ámbito de acción:** la actuación de las personas de derecho público se encuentra limitada por el principio de legalidad habilitante, de esta forma, sólo pueden hacer aquello que la Constitución o la ley expresamente les autoriza; y actualizada su competencia, se somete al derecho considerado en su conjunto. Las personas jurídicas de derecho privado tienen un ámbito de acción mucho más amplio, puesto que se les aplica el principio de autonomía de la voluntad. Será el estatuto social el que delimitará su esfera de actuación respetando los límites precisos y expresos que determine la ley. No obstante, por la complejidad de la vida económica y los riesgos que ésta implica, la ley ha establecido sociedades de "giro único" como las AFP, las Isapres o los bancos, donde los límites, restricciones y regulaciones

⁴⁹ Dejamos de lado el tema de las iglesias. Ver SALINAS ARANEDA, Carlos, "Una primera lectura de la ley chilena que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas", *Revista de Derecho de la UCV* XX-1999, págs. 299 y ss.

⁵⁰ Ver SOTO KLOSS, Eduardo, "La organización de la administración del Estado: un complejo de personas jurídicas", *Gaceta Jurídica* N° 73, 1986, págs. 16 y ss.

a su actividad son numerosos. Asimismo, el Estado tiene sociedades en las que "participa". La amplitud de su ámbito de acción ha sido un tema discutido.

b) Origen: las personas jurídicas de derecho público tienen su origen exclusivo en la Constitución o la ley. Las personas jurídicas de derecho privado se crean por medio de contratos o incluso por testamento.⁵¹ Actualmente, bastan aquellas fuentes y no se necesita de reconocimiento por parte de la Administración, salvo los casos puntuales de las corporaciones y fundaciones (arts. 546 y 559 del Código Civil); los bancos (art. 27 inc. 2° del DFL 252/60, texto refundido y sistematizado de la Ley General de Bancos); bolsas de valores (art. 41 de la Ley 18.045); las compañías de seguros (art. 3° letra a) del DFL 251/31; art. 126 inc. 1° de la Ley 18.046); las Isapres (art. 24 de la Ley 18.933); etc.

c) Control: los entes públicos están sujetos a una fiscalización permanente, no sólo por vínculos de jerarquía o supervigilancia, sino también por parte de la Contraloría y los tribunales. De esta manera se garantiza el cumplimiento del principio de juridicidad y se previenen o reprimen los excesos. Por regla general, las personas jurídicas de derecho privado no se encuentran sujetas a un control permanente y la posible fiscalización es sólo sobre puntos específicos, como el aspecto tributario, libre competencia, la protección al consumidor, etc.; esto sin perjuicio del control que puedan ejercer los tribunales a iniciativa de particulares. No obstante, determinadas personas jurídicas privadas, por manejar intereses de terceros, se encuentran sometidas a fiscalización permanente por la Administración, como los bancos e instituciones financieras, las AFP, compañías de seguro o las Isapres.

d) Elemento financiero: las personas jurídicas de derecho privado se financian con fondos provenientes de particulares, ya sean aportes, utilidades, cuotas, donaciones, etc. (sin perjuicio de la actividad estatal de fomento). Las personas jurídicas de derecho público se financian con el Erario Nacional y los fondos son asignados por medio de la Ley de Presupuesto. Sin embargo, algunos entes tienen ingresos propios provenientes de tasas, servicios, etc.

El Estado ha ejercido actividad empresarial a través de las empresas estatales y las sociedades del Estado, lo que ha generado ciertas complicaciones. Por aplicación del principio de subsidiariedad, siempre la acción estatal en el campo empresarial es excepcional: sólo para actividades vedadas a los

⁵¹ Las fundaciones no nacen con el solo testamento, ésta es la causa remota. Para que existan como personas jurídicas necesitan un decreto supremo (art. 546 del Código Civil; Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica).

particulares o falta de interés o capacidad de los privados.⁵² Las empresas y sociedades del Estado tienen personalidad y patrimonio propio; necesitan de una ley de quórum calificado previa, expresa y específica. Su régimen jurídico ha sido objeto de discusión, al regularse por normas en apariencia contradictorias, y por el “cambio de filosofía” económica del constituyente.⁵³ Las empresas estatales son personas jurídicas de derecho público; no lo son las sociedades del Estado. Estas características hacen que, en mayor o menor medida, se aplique el derecho público. No obstante, el art. 19 N° 21 de la Constitución señala que a éstas se les aplica el “derecho común” (o sea, el privado). A primera vista, como dijimos, parece una contradicción; sin embargo, cada área del derecho se aplica en ámbitos distintos. Las empresas estatales son personas jurídicas de derecho público creadas por ley⁵⁴ que integran la administración del Estado,⁵⁵ cuyo fin es “desarrollar” una actividad empresarial con el objetivo de satisfacer una necesidad pública. Por ser parte de la Administración, se les aplica el derecho público tanto en su “ser” como en su “obrar”. El hecho de que el art. 19 N° 21 inc. 2° de la Constitución las someta a “la legislación común” implica que no se pueden establecer privilegios que signifiquen discriminar a los privados, haciéndoles competencia desleal. Además, las relaciones entre dichas empresas y terceros se someten también al derecho privado. Pero su organización, funcionamiento, la relación laboral, el régimen de bienes y el aspecto financiero se someten al derecho público.⁵⁶ Las sociedades del Estado, en cambio, son personas jurídicas de derecho privado en que el Estado o sus organismos “participan” (un término bastante amplio). Algunas de éstas son herencia de un Estado hipertrofiado (anterior a la Constitución de 1980) o son antiguas sociedades estatales o servicios públicos privatizados, donde el Estado o sus organismos “participan” de alguna forma. Las sociedades del Estado no son creadas por ley y carecen de potestades públicas; su fuente directa es el contrato de sociedad, pero para que el Estado cree o participe en una sociedad debe estar expresamente autorizado por una LQC. Después de esa autorización al Estado, la ley delega al Presidente la determinación de sus derechos, obligaciones y patrimonio y, finalmente, debe dictarse un acto administrativo aprobatorio (sujeto a toma

⁵² Ver ARÓSTICA, Iván, *Derecho Administrativo Económico...*, pág. 109.

⁵³ En efecto, durante la vigencia de la Constitución de 1925 el Estado creció de manera extraordinaria, sobre todo en la gestión empresarial. La filosofía de fondo era la sustitución de importaciones y el desarrollo “hacia dentro”, unidos a una atmósfera política cada vez más socializante. Con el Gobierno Militar y la Constitución de 1980 el ordenamiento económico cambia radicalmente bajo el alero del principio de subsidiariedad y la economía de libre mercado. El gobierno del Presidente Pinochet puso en práctica estas ideas privatizando empresas estatales y regulando la actividad empresarial del Estado. Sobre la progresiva estatización de la economía, ver ARÓSTICA, Iván, *Derecho Administrativo Económico...*, págs. 13 a 30. Sobre el proceso privatizador, lo mismo, págs. 31 a 49.

⁵⁴ Arts. 19 N° 21 y 64 inc. 4° N° 2 de la Constitución.

⁵⁵ Arts. 1° inc. 2° y 21 inc. 2° de la LOC 18.575.

⁵⁶ Ver ARÓSTICA, Iván, *Derecho Administrativo Económico...*, págs. 109 a 112.

de razón) que concretice su participación. Las sociedades del Estado no forman parte de la Administración del Estado (aunque son una forma de manifestación de éste, son órganos del Estado) ni poseen potestades públicas (art. 6° de la LOC 18.575), por eso se les llama frecuentemente “administración invisible”. El derecho privado se aplica a su organización, funcionamiento, régimen laboral y bienes, en caso que la ley no disponga otra cosa. En su relación con particulares también se aplica el derecho común. El derecho público se aplica respecto de la actuación de sus partícipes de derecho público. Sin embargo, se encuentran afectas a fiscalización de la Contraloría en cuanto a la regularidad de sus operaciones, responsabilidad de sus trabajadores e información para el balance nacional.⁵⁷ El problema es si su giro puede ampliarse con la simple modificación de su estatuto social; una interpretación coherente y finalista del ordenamiento hace concluir que necesariamente se requiere una LQC.⁵⁸⁻⁵⁹

6. Interpretación y aplicación de la ley

Debido al carácter exorbitante de las potestades del Estado, en derecho público no procede la analogía ni la interpretación extensiva. Esto no es más que una forma de proteger a los particulares frente al poder. Un claro ejemplo es la tipicidad penal: la conducta delictiva debe estar descrita por el legislador y debe interpretarse en términos restrictivos. Si la conducta no encuadra en un tipo penal, simplemente no hay delito y no corresponde aplicar pena, aunque el acto sea moralmente reprochable. Lo mismo en materia tributaria: los gravámenes y demás cargas públicas deben ser creados por ley y también la interpretación debe ser restrictiva. Algo similar sucede en materia de atribuciones de entes estatales.⁶⁰ En cambio y concordante con lo anterior, tratándose de derechos fundamentales, debe interpretarse en forma extensiva. En derecho privado procede la analogía y la interpretación extensiva. Hay un aspecto de la interpretación en que el derecho privado se une al público. Para salvaguardar el principio de supremacía constitucional entre varias interpretaciones posibles, debe preferirse aquella que concuerda con la norma de rango superior.⁶¹ De este modo, siempre prima el derecho público.

⁵⁷ Ver ARÓSTICA, Iván, *Derecho Administrativo Económico...*, pág. 120.

⁵⁸ Ver SOTO KLOSS, Eduardo, “Las sociedades del Estado”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol. II/ N° 2, julio-diciembre 2000, págs. 33 y ss.

⁵⁹ En materias de sociedades de derecho privado, el giro está establecido en la escritura social. Si el administrador actúa fuera de éste, los actos son inoponibles a la sociedad.

⁶⁰ Se ha fallado que si el Superintendente de Bancos interviene una institución bancaria, debe asumir “personalmente” las funciones del directorio y del gerente, en consecuencia no puede delegar la totalidad de dichas funciones en otro funcionario. No se aplican las normas del mandato, ya que se trata de materias de derecho público, donde no cabe la analogía ni la interpretación extensiva. “Bco. Continental con Bahamondes y otros”, *RDJ*, T. 81 N° 1, 1984, sec. 2°, págs. 11 y ss. Apelación. Corte Stgo.

⁶¹ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, *Aspectos de la Constitucionalización...*

7. Juicios entre particulares y aquellos en que tiene interés el Fisco

Los juicios en que tiene interés el Fisco se tramitan de acuerdo a un procedimiento especial denominado "juicio de hacienda" (arts. 748 a 752 del CPC). No se pueden embargar ni rematar bienes fiscales; por lo tanto, la sentencia condenatoria se cumple a través de un decreto que autoriza el pago por Tesorería, los que se imputan a un ítem de la Ley de Presupuesto; la ejecución entonces es administrativa y no jurisdiccional. No obstante, el Estado no es sólo el Fisco; junto a él existen entes descentralizados.⁶² En cambio, cuando se condena patrimonialmente a los particulares, la sentencia se cumple por procedimientos ejecutivos donde se embargan bienes y se rematan para pagar al deudor. Por el derecho de prenda general, el deudor garantiza con todo su patrimonio el cumplimiento de sus obligaciones y la embargabilidad es la regla general.

8. Régimen laboral: Estatuto Administrativo y Código del Trabajo

El régimen laboral del sector público es distinto al del sector privado (indiscutiblemente en ambos hay relación laboral). Los funcionarios de la Administración del Estado (Poder Ejecutivo) se rigen mayormente por el Estatuto Administrativo (en realidad no es uno, sino varios; existen estatutos especiales para los funcionarios municipales, FF.AA., Carabineros, Gendarmería, etc., distintos a la Ley 18.834, que es el estatuto más general); el personal del Poder Judicial se regula por el Código Orgánico de Tribunales y los funcionarios del Poder Legislativo se rigen por las normas constitucionales generales, la LOC 18.918 (en especial su art. 2º) y los reglamentos de cada Cámara (lo no regulado, se aplica la Ley 18.834). Estos dos textos son también, en sentido amplio o *institucional*, Estatuto Administrativo. En cambio, los trabajadores del sector privado se rigen por el Código del Trabajo. No se trata sólo de cuerpos normativos distintos, sino que se aplican principios y regulaciones muy diferentes. El ejercicio de la función pública, cuyo fin último es servir a la comunidad, tendrá características especiales tendientes a lograr dicho objetivo. Así, ambos regímenes laborales tienen múltiples diferencias; por ejemplo, en materia de estabilidad en el empleo, en derecho privado existe un sistema de libre despido con indemnización; en derecho público hay estabilidad en el empleo

⁶² Parte de los bienes de las municipalidades sí son embargables, y nuestros tribunales han sostenido que no procede aplicar las reglas del juicio de hacienda al reclamar perjuicios a una municipalidad, porque el "Fisco" no tiene interés, ya que la municipalidad es un ente descentralizado. Es insuficiente la circunstancia que la municipalidad demandada sea una corporación de derecho público para dar al proceso un carácter de juicio de hacienda. *Gaceta Jurídica* N° 64, 1985, págs. 46 y ss. Corte Suprema. Queja. Lo mismo respecto de los Servicios de Salud, éstos tienen personalidad propia distinta del Fisco; "Castro Oddershede con Servicio de Salud Coquimbo", *Revista Fallos del Mes* N° 376, marzo 1990, págs. 38 y ss. Corte Suprema. Queja (en especial considerandos 2 y 5).

y el funcionario no puede ser removido de su cargo sino por causal legal. El jerarca no es "dueño" del servicio y, por lo tanto, no tiene la libertad de "despedir" y "contratar" discrecionalmente. Como el Estado existe para lograr el bien común, el servicio debe ser el mejor posible y esto se garantiza mediante la carrera funcionaria. La vida privada de los trabajadores del sector privado es irrelevante en la medida que no afecte a la empresa donde se desempeñan; en el sector público, en cambio, los funcionarios tienen el deber de comportarse según la dignidad que el cargo les demanda;⁶³ por lo tanto, su vida privada tiene relevancia. Las funciones que desempeña el Estado son esenciales para mantener la vida social y los ciudadanos deben confiar en las autoridades. Si se pierde esta confianza, el Estado deja de cumplir adecuadamente su fin. Lógicamente, si un juez o un policía incurrir en actos constitutivos de violencia familiar, la confianza de los potenciales agredidos se resiente; de allí a derivar en formas de autotutela sólo hay un paso. En cuanto a sindicación, los funcionarios del sector público tienen normas especiales (Ley 19.296, sobre Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado, se excluyen la FF.AA. y las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa). Con relación a la huelga, la Constitución la prohíbe para los funcionarios del Estado (art. 19 N° 16 inc. 6° de la Constitución). Como deben satisfacer necesidades públicas en forma continua y permanente, la huelga atentaría contra dichos propósitos. Las empresas y sociedades del Estado se rigen por el derecho común (art. 19 N° 21 inc. 2° de la Constitución); por lo tanto, se aplica el Código del Trabajo. Las empresas del Estado son parte de la Administración y el Código del Trabajo rige con carácter de estatuto para sus "funcionarios". Sin embargo, su pertenencia al Estado hace que el derecho privado no les sea totalmente aplicable.⁶⁴ Se ha planteado el problema de las indemnizaciones y el de los bonos de producción entre los altos ejecutivos de esas empresas y sociedades, aunque no se trata tanto del estatuto aplicable, sino de probidad administrativa.

9. Adquisición de bienes

Los particulares sólo pueden adquirir bienes por la vía voluntaria, necesitan contar con la voluntad del propietario. Como los privados adquieren cosas para satisfacer necesidades individuales, si algún particular desea un bien, para lograr su adquisición debe hacer la oferta correcta al dueño. Contra la voluntad de éste es imposible adquirir un bien de su propiedad.

⁶³ Según la jurisprudencia de la Contraloría, para incurrir en responsabilidad funcionaria, debe tratarse de actos que trasciendan a la vida social, de manera que comprometan el prestigio del servicio. Se ha estimado que vulnera este deber una funcionaria que agrede a una compañera al salir del trabajo, Dictamen 28.173/93.

⁶⁴ Para los efectos de la probidad administrativa y delitos funcionarios, los trabajadores de empresas y sociedades del Estado se consideran funcionarios públicos.

Si es un ente público el que necesita adquirir un bien para satisfacer una necesidad pública, dispone de la vía del derecho privado (pero dentro de un procedimiento administrativo, ver Ley 19.886), pero también cuenta con la potestad expropiatoria. El interés público siempre prima sobre el particular y la expropiación es una manifestación de ello. Por lo tanto, se puede despojar al dueño de su propiedad aun contra su voluntad (por eso la expropiación, como acto administrativo terminal, es esencialmente unilateral). Sin embargo, por la igualdad ante las cargas públicas y el principio de enriquecimiento sin causa, debe compensarse al titular del derecho expropiado con la correspondiente indemnización. De otra manera sería un acto injusto y por ende arbitrario y viciado.

10. Contratación pública y privada: Estado y contratos

Siempre que el Estado está presente como "parte" en la contratación se aplica el derecho público. El Estado está presente en varios tipos contractuales, pero de diferente forma. Uno de ellos es el contrato-ley, donde el Estado garantiza la estabilidad de determinadas franquicias para estimular a particulares a desarrollar actividades de interés general. El Estado está presente también en las obras públicas, pero no las ejecuta el mismo, sino que provee los fondos y elige a un contratante particular, el más apto (una aplicación del principio de subsidiariedad). Como la construcción de hospitales, carreteras, etc. satisface necesidades públicas y el interés de la colectividad está involucrado, estos contratos no se rigen por las mismas normas de derecho privado. Para la ejecución de obras públicas los entes estatales tienen una forma especial de contratación denominada "contratación administrativa". En estos contratos no siempre hay igualdad de las partes debido a que contienen "cláusulas exorbitantes", que en derecho privado se considerarían abusivas. En virtud de éstas, el Estado puede cambiar unilateralmente las condiciones del contrato; suspender las obras; sancionar al particular con multas; etc., en la medida en que la ley expresamente lo autorice. Todo lo anterior excepciona los principios contractuales privados debido al interés social involucrado. No obstante, la desigualdad y desequilibrio inicial deben ser compensados por un imperativo de justicia. Por eso se le reconoce al particular una acción de indemnización de perjuicios para obtener un equilibrio entre las prestaciones cumplidas por él y el justo pago que debe otorgarle el Estado. Lo anterior no es sino aplicación de la "justicia distributiva" aristoteliana. De no ser así, se vulneraría el principio de enriquecimiento sin causa y la equidad.

En derecho privado, las partes que intervienen en los contratos son particulares. Entre los privados hay igualdad jurídica y los principios contrac-

tuales se estructuran a partir de esa realidad; por lo tanto rige la "justicia conmutativa". Sin embargo, el Estado interviene de alguna manera en el ámbito contractual privado. La primera forma de intervención es otorgar, a través de la legislación, un orden supletorio que facilita el tráfico jurídico. Estas normas conforman los "elementos de la naturaleza" del contrato y las partes pueden sustituirlos por medio de "elementos accidentales" (art. 1444 del Código Civil). Una forma de intervención estatal más fuerte es establecer, excepcionalmente, normas de orden público inderogables por la voluntad de las partes, como la prohibición de celebrar compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente (art. 1796 del Código Civil); las incapacidades o la irrenunciabilidad de ciertos derechos. Si bien entre privados hay igualdad jurídica, la desigualdad económica es un factor que el derecho no puede desconocer. Así, el Estado interviene en forma más directa reconociendo la existencia de contratos de adhesión y aplicando técnicas de dirigismo contractual. Quizá la forma más extrema de intervención son los contratos forzosos, donde la libertad contractual en gran medida desaparece.

11. Régimen de bienes

Nuestro Código Civil reconoce la existencia de bienes públicos y bienes privados; por cierto la regulación es distinta, atendido su fin. Los bienes nacionales se subclasifican en bienes nacionales de uso público y bienes "fiscales". Como el Código Civil no contempló el proceso de descentralización, su clasificación es incompleta; deberíamos agregar los bienes que pertenecen a entes con personalidad jurídica propia, como los municipales. Los bienes públicos se caracterizan por ser en su mayoría inembargables y porque su disposición se encuentra limitada y muy regulada, atendido el fin que persiguen. Además, los bienes públicos pueden ser objeto de actos administrativos, como los permisos y concesiones. Su regulación general se encuentra en los arts. 589 a 605 del Código Civil y el DL 1.939 de 1977. Los bienes privados se encuentran en manos particulares, su disposición queda entregada a sus dueños y la embargabilidad es la regla general, ya que no satisfacen necesidades públicas.

12. Ineficacia de actos jurídicos en derecho público y privado

El derecho privado reconoce varias formas de ineficacia, como la inexistencia o la inoponibilidad. La ineficacia de derecho privado se caracteriza porque sólo el particular puede hacerla valer y la intervención de los tribunales es fundamental, su actividad es insustituible. En derecho público existe una única sanción denominada "nulidad de derecho público". Respecto a la nulidad de derecho público, hay gran controversia doctrinaria debido a

las pocas y escuetas normas en que se funda. Para algunos, esta nulidad tiene caracteres especiales, muy parecidos a la inexistencia: no necesita sentencia judicial que la constituya (si la hay, es simplemente declarativa, sólo constata que el acto nunca existió). Esto porque opera *ipso iure* o de pleno derecho. Como se asimila a la inexistencia, la nulidad de derecho público sería imprescriptible e imposible de convalidar (aun cuando la Ley 19.880 lo permite en su art. 13 inc. final). Dado su carácter público, tendría un titular amplio, cualquiera podría pedirla en la medida en que tenga interés procesal; sería de un solo tipo, inclasificable en absoluta y relativa, dado que la Constitución no distingue; finalmente, la nulidad de derecho público puede ser declarada por la misma Administración (lo que toma el nombre técnico de "invalidación"), en la medida en que no afecte a particulares.⁶⁵ Para otros, si bien reconocen características especiales a la nulidad de derecho público, ésta no operaría de pleno derecho y las sentencias que se pronuncian sobre ella serían constitutivas y no meramente declarativas. En la medida en que no se oponga a texto expreso, se aplicarían las normas del Código Civil en cuanto a la prescripción, siguiendo el tenor del art. 2497.⁶⁶

13. Regímenes de responsabilidad en derecho público y privado

En materia de responsabilidad, las reglas aplicables al Estado son especiales y distintas a las del sector privado. La fuente de esta responsabilidad es constitucional y sólo cabe hablar de responsabilidad pecuniaria. Cuando el Estado interviene en la contratación administrativa, la acción indemnizatoria puede tener origen no sólo en el incumplimiento de la convención, sino en su modificación unilateral por el Estado (potestad que legítimamente puede ejercer si la ley lo autoriza, con las compensaciones del caso); posibilidad que no existe en el área privada. Es en materia de responsabilidad fuera del campo contractual donde la doctrina se encuentra más dividida. La responsabilidad del Estado, según parte importante de los autores y la jurisprudencia, es objetiva. Es decir, para que el Estado responda sólo es necesario que exista un acto u omisión; daño y relación de causalidad entre los anteriores. Para otros, la responsabilidad del Estado, sin ser subjetiva al estilo del Código Civil, tampoco es objetiva. El sistema aplicable es la "falta de servicio", que implica funcionamiento defectuoso o tardío según un *standard* o parámetro objetivo. La acción u omisión, el resultado dañoso y la relación de causalidad son insuficientes para que el Estado incurra en responsabilidad civil, es necesario además que se demuestre

¹⁶⁵ SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo...*, págs. 163 a 244. Ver también MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, "Algunas reflexiones sobre la nulidad de derecho público", *Documento de Trabajo* N° 56. Universidad de los Andes, Stgo., 2003.

⁶⁶ PIERRY ARRAU, Pedro, "Nulidad en el derecho administrativo", *Revista de Derecho de la UCV* XV-1995, págs. 79 y ss.

que el ente estatal no funcionó bajo el *standard* aceptable.⁶⁷ Cualquiera sea la postura que se tenga, es indudable que al Estado no se le pueden aplicar las mismas normas que a los particulares. El Estado (en especial la Administración) se encuentra en una posición "privilegiada" para lesionar intereses particulares debido a sus potestades públicas. La actividad estatal cotidiana, material o jurídica, puede afectar derechos y los desequilibrios patrimoniales deben ser compensados para que la acción estatal sea conforme a derecho y lograr la justicia distributiva. Es ocioso hablar de responsabilidad estatal "civil", "contractual o extracontractual": es imposible imaginar una responsabilidad estatal distinta a la pecuniaria y el Estado debe responder cada vez que altera la igualdad ante y en el derecho afectando la integridad de "lo suyo" de la víctima (porque no está obligada a soportarlo), siendo irrelevante la culpabilidad del agente productor del daño.⁶⁸ En oposición a lo anterior, la responsabilidad en derecho privado es subjetiva, salvo casos excepcionales que necesitan texto expreso.

V. Conclusión

La división entre derecho público y privado no es sólo una disquisición teórica, tiene una profunda importancia práctica y está arraigada en nuestra cultura jurídica; aun cuando la frontera entre una y otra área es difusa. Los tribunales, la Administración, el Poder Legislativo y todos los que se desenvuelven en el tráfico jurídico tienen presente esta distinción al realizar su labor. Hay numerosas categorías desarrolladas a partir de la teoría dualista, cuyas características esenciales analizamos en este trabajo. El identificar en qué zona del derecho ubicamos determinada institución es fundamental para comprender a cabalidad su verdadera naturaleza.

⁶⁷ PIERRY ARRAU, Pedro, "Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", *RDJ*, T. 92 N° 2, 1995, págs. 17 y ss. Ver LETELIER WARTENBERG, Raúl, "Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado", *Revista de Derecho de la UCV* XXII-2002, págs. 333 y ss. También ALDUNATE LIZANA, Eduardo, "Consecuencias constitucionales de la doctrina sobre responsabilidad (objetiva) del Estado", *Revista del CDE* N° 2, Stgo., diciembre 2000.

⁶⁸ SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo...*, págs. 244 y ss. Ver también MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, "La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción al principio de igualdad y al derecho de propiedad en el derecho público chileno", *Derecho de Daños*, Stgo., 2002, págs. 171 y ss.