

## EL ABOGADO Y LA ADMINISTRACION PUBLICA

*Waldo Ortúzar Latapiat*  
Fiscal Nacional Económico

No se me ha pedido una clase de derecho administrativo, sino una descripción de la naturaleza de las tareas que cumple el abogado en la administración pública, y de sus obligaciones y derechos, con el objeto de ilustrar a los jóvenes abogados sobre los campos que puede abarcar el ejercicio de nuestra profesión.

### LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La administración pública es el conjunto de ministerios, organismos o entidades a través de los cuales el Presidente de la República cumple la función de administrar el Estado, según los términos del Artículo 24 de la Constitución Política de la República. Así, esta función es propia del Poder Ejecutivo.

Según los autores, la función administrativa tiene por objeto procurar la satisfacción concreta de las necesidades colectivas, sea directa o indirectamente, mediante el ejercicio de las potestades del poder público, en otros términos, tiende al logro del bien común.

Desde el punto de vista estructural u orgánico, la administración se ejerce a través de los ministerios, que se dividen según las necesidades públicas que les corresponde atender, por ejemplo: educación, salud, vivienda, obras públicas, justicia, transportes y telecomunicaciones, hacienda, economía, etc. La Constitución Política, en su Artículo 33, manifiesta que los ministros son colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en la función de administrar el Estado.

A los ministerios corresponde proponer al Presidente de la República las políticas del sector, velar porque los organismos que dependen del respectivo ministerio, o que se relacionan con él, cumplan esas políticas, y controlar y evaluar la manera concreta cómo se satisfacen las necesidades públicas que les están confiadas. Se produce una especie de retroalimentación: el ministerio propone una política, la pone en aplicación una vez aprobada; se ejecuta por los servicios públicos; y la ejecución debe ser evaluada por el ministerio, para proponer, nuevamente, su continuación o su cambio.

Los ministerios no tienen personalidad jurídica, sino que actúan bajo la personalidad jurídica del fisco.

Los servicios públicos, en términos generales, son los órganos o entidades a los que corresponde ejecutar las tareas públicas concretas.

También, en términos muy generales, los servicios públicos, según su mayor o menor independencia o autonomía, se denominan servicios centralizados o dependientes y descentralizados.

Los servicios públicos dependientes carecen de personalidad jurídica; actúan bajo la personalidad general del Fisco y tienen una relación directa de dependencia o subordinación con el Presidente de la República, ejemplos: Registro Civil; Tesorería General de la República, Gendarmería, etc.

Los servicios descentralizados se caracterizan por tener personalidad jurídica y patrimonio propios, su relación con el administrador supremo se traduce en un vínculo de supervigilancia o tutela, que consiste en la facultad del Presidente de la República de designar y remover al jefe o a las autoridades superiores del respectivo servicio. Sin embargo, en sus tareas concretas el servicio goza de independencia o autonomía, por ejemplo: la Corporación de Fomento de la Producción, los servicios de salud, los servicios de vivienda, etc.

Los servicios u organismos descentralizados que desarrollan actividades comerciales se denominan empresas del Estado, ejemplo: Ferrocarriles del Estado, Empresa Nacional del Petróleo, Empresa Nacional de Minería.

Todos los organismos a que nos hemos referido nacen por ley. Esta ley es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (Art. 62, N° 2, de la Constitución Política del Estado), y es la que determina cuál es su competencia y cuáles son sus funciones.

Sin perjuicio de lo anterior, existe la llamada "Administración Invisible", expresión que grafica al conjunto de entidades, corporaciones o sociedades, nacidas y regidas bajo las normas del derecho privado o común, cuyo capital, en todo o en parte, es aportado por el Estado, esto es, por el Fisco o por cualquier organismo estatal, ejemplos: Endesa, Iansa, Cap, Lan, Chilectra, Compañía de Teléfonos de Chile, etc. Las que están organizadas como sociedades se denominan sociedades de economía mixta.

Cuando nos referimos al abogado en la administración queremos indicar a la administración propiamente tal, esto es, los ministerios y los servicios públicos, centralizados o descentralizados. También incluimos los municipios.

La "Administración Invisible" no la comprendemos porque, como ya se dijo, las entidades que la conforman nacen y se rigen por las normas del derecho privado o común, y no integran los cuadros de la administración pública o estatal. La condición de los abogados que trabajan en ellas no difiere de la de quienes cumplen tareas en cualquiera empresa comercial privada.

#### POTESTADES ADMINISTRATIVAS

La administración propiamente tal está dotada de las llamadas "Potestades Administrativas", que son poderes jurídicos de obligado acatamiento. Entre éstas cabe destacar las potestades de mando, reglamentaria, de intervención y sancionadora, entre otras <sup>1</sup>.

*La potestad de mando* es la facultad de ordenar que tienen los órganos administrativos. Obliga a los destinatarios a cumplir el contenido de la orden. Cuando el Servicio de Impuestos Internos determina un impuesto, obliga al contribuyente a dar una cantidad de dinero; cuando la Dirección de Reclutamiento llama a un ciudadano, lo obliga a prestar el Servicio Militar; cuando el Jefe de Zona en Estado de Emergencia impone el Toque de Queda, obliga a no transitar en las horas que éste comprende.

*La potestad reglamentaria* consiste en la facultad de dictar normas obligatorias de general aplicación. En su virtud, los funcionarios dictan reglas jurídicas que regulan determinadas situaciones en forma impersonal y objetiva, obligando a la generalidad de las personas.

<sup>1</sup> Rolando Pantoja Bauzá, Administración del Estado, Curso de Derecho Administrativo, Organización. Imprenta Editorial Universidad Católica de Chile, s/fecha, páginas 92 y siguientes.

La *potestad interventora* es la que tiene la autoridad para resolver conflictos económicos o sociales. Ejemplos: la intervención de los bancos dispuesta por la Superintendencia de Bancos; la reanudación de faenas, en casos de huelga; las requisiciones que pueden ser ordenadas en casos de catástrofes o de guerra.

La *potestad sancionadora* permite a los órganos administrativos imponer castigos a los particulares que han contravenido ciertas normas jurídicas de carácter obligatorio. Esto es lo que ha dado origen al interesantísimo y controvertido Derecho Penal Administrativo. Ejemplos: las atribuciones de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras para disponer la liquidación de los bancos; las de la Superintendencia de Valores para ordenar la liquidación de Administradoras de Fondos Mutuos; los Servicios de Salud, para ordenar la clausura de establecimientos comerciales por contravenir normas sanitarias, etc.

La potestad sancionadora se manifiesta también en la atribución que tiene la propia administración para sancionar a sus empleados o funcionarios.

Como se ha dicho, todos los órganos de la administración pública están dotados, en mayor o menor medida, de estas potestades públicas en cuanto convienen a sus respectivas esferas de competencia.

#### FUNCIONES DE LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

Respecto de los cometidos concretos que competen a cada órgano del Estado, es posible distinguir funciones de planificación, de ejecución y de control.

Importa destacar las funciones de control, que pueden recaer en el control de entes y actividades públicos, o sobre personas y actividades privadas. Entre las primeras, podemos señalar a la Contraloría General de la República, de origen constitucional, cuya función básica es la de controlar la legalidad de los actos de la administración y de la inversión de los recursos estatales.

Entre los órganos de la administración que controlan actividades privadas, cabe señalar la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, la Superintendencia de Valores y Compañías de Seguros, la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, la Fiscalía Nacional Económica, la Fiscalía Nacional de Quiebras, etc.

#### EL ABOGADO Y LA ADMINISTRACIÓN

Con la sumaria descripción que se ha hecho de la administración del Estado, fácil es comprender la enorme importancia y trascendencia de su acción. Fácil es comprender, también, que en ella es fundamental e inexcusable la participación del abogado. No se puede concebir la administración ni el ejercicio de los poderes referidos precedentemente, sin la participación o el concurso del abogado.

A más de todo lo dicho, la actividad pública es esencialmente reglada. Excepcionalmente es discrecional. Se advierte, así, la necesidad del conocimiento y aplicación de las normas jurídicas en toda la administración del Estado.

Es indispensable adecuar la acción del Estado a su marco jurídico, constituido fundamentalmente por la Constitución Política y las normas dictadas conforme a ella. En este aspecto, es primordial el acatamiento de las respectivas competencias entre los distintos órganos del Estado, y también el respeto de las garantías constitucionales de las personas.

Todo esto es campo de la profesión del abogado.

En este contexto, las misiones concretas que competen al abogado son las de *asesoría*, las *ejecutivas*, de *fiscalización* o control, y de *defensa judicial del Estado*, activa o pasiva.

*La función de asesoría* consiste en emitir informes en derecho, verbales o escritos. En esta función, los abogados de la administración del Estado se encuentran sometidos a la dependencia técnica de la Contraloría General de la República, cuya jurisprudencia y resoluciones deben observar (Artículo 19 de la Ley N° 10.336) <sup>2</sup>.

La función de asesoría comprende, también, la preparación y proposición de normas generales o especiales de la competencia del órgano en el cual presta servicios el letrado.

La labor de asesoría se extiende al análisis y estudio de las normas que rigen al personal del respectivo servicio, sus beneficios y sus responsabilidades.

En el ejercicio de la labor ejecutiva o de dirección del servicio, corresponde al abogado que la ejerza no solamente emitir su informe en derecho, sino, además, supervigilar el trabajo de las personas bajo su dirección. Se combina, entonces, la tarea de asesoría con la ejecutiva o de dirección. Cabe señalar que algunos servicios, según la ley, deben ser dirigidos necesariamente por un abogado.

*La función de control*, que corresponde a ciertos abogados de los servicios públicos, comprende tareas de inspección, de fiscalización jurídica o de hecho. Como se ha dicho, los actos fiscalizados pueden ser de órganos públicos o de particulares, según la competencia del respectivo servicio.

Dentro del control jurídico es muy importante destacar la labor de la *Contraloría General de la República*, a la que corresponde el control de la constitucionalidad y la legalidad de los actos de la administración, que lo cumple, entre otros medios, con la toma de razón o examen de legalidad de los actos del Poder Ejecutivo, esto es, de los decretos del Presidente de la República y de las resoluciones de los jefes superiores de los servicios. El Contralor General de la República, necesariamente, debe ser abogado, y gran parte de la dotación de ese organismo está compuesta, también, por abogados.

... Sin perjuicio de ese control general, cada servicio tiene su *propio control*, que se cumple por sus letrados.

*El control de ciertas actividades de los particulares*, que cumple la administración pública, tiene siempre un contenido de análisis jurídico. Precisamente, hay que conocer e interpretar las normas, y sólo entonces podrá sancionarse su infracción. Basta pensar en la labor de las Superintendencias de Bancos, de Valores, de Administradoras de Fondos de Pensiones, de la Dirección del Trabajo, de la Fiscalía Nacional de Quiebras, de la Fiscalía Nacional Económica, para advertir lo delicado que es su cometido y la trascendencia de la corrección jurídica de su actuar.

*La defensa judicial del Estado* puede ser activa o pasiva. Esto es, el Fisco o cualquier organismo del Estado que tenga personalidad jurídica propia pue-

<sup>2</sup> Ley N° 10.336, artículo 19: "Los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la administración pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios. El contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición".

den demandar o ser demandados ante los Tribunales de Justicia. También los mismos pueden ser objeto de un Recurso de Protección. Obviamente, esta defensa judicial está encomendada a abogados habilitados para el ejercicio de su profesión. Existe un servicio público especial encargado de esta función, formado por abogados. Existen, asimismo, funciones de defensa judicial en diferentes servicios públicos.

El primero es el *Consejo de Defensa del Estado*, cuya ley orgánica, el Decreto Ley N° 2.573, de 1979, establece que la representación judicial del Fisco corresponde al presidente de ese Consejo.

Además corresponde al Consejo la defensa del Fisco en todos los juicios y en los actos no contenciosos de cualquiera naturaleza y en las gestiones judiciales previas al ejercicio de la acción penal.

También debe asumir el Consejo las defensas criminales en que estén comprometidos los intereses económicos del Fisco, de las municipalidades y de todos los servicios del Estado.

*Los servicios descentralizados* pueden actuar independientemente, sea como demandantes o como demandados, sin perjuicio de que el Consejo puede asumir su representación, cuando lo estime conveniente.

*La Contraloría General de la República* puede hacerse parte en los procesos en que estén comprometidos fondos fiscales.

*La Fiscalía Nacional de Quiebras* puede y debe intervenir en los procesos de quiebras y puede querellarse criminalmente, ejercitando la acción penal pública por los delitos que se cometan con motivo u ocasión de las quiebras.

*La Tesorería General de la República* tiene a su cargo la cobranza judicial de impuestos.

*Al Servicio de Impuestos Internos* le corresponde el ejercicio de la acción penal pública para la persecución de los delitos tributarios.

*La Fiscalía Nacional Económica* tiene funciones de defensa judicial ante un tribunal especial, ante la Corte Suprema y ante la justicia ordinaria.

#### LOS ABOGADOS Y EL ESTATUTO ADMINISTRATIVO

Por regla general, los funcionarios que prestan servicios al Estado se encuentran regidos, en sus relaciones con la administración, por el Estatuto Administrativo. De acuerdo con éste, el vínculo del funcionario con el Estado es una especial relación de derecho público que se impone al funcionario en virtud de su nombramiento, que se traduce en un conjunto de deberes, prohibiciones y derechos, que configuran un estatuto completo.

La jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ha estimado que tiene el carácter de "Estatuto Administrativo" todo texto legal que regule las relaciones entre el Estado y sus funcionarios. Incluso cuando la ley, respecto de ciertos servidores públicos, se remite al Código del Trabajo o ley laboral común, ésta pasa a tener el carácter de "Estatuto Administrativo".

El texto de aplicación general para los funcionarios del orden civil de la administración, es el Decreto con Fuerza de Ley N° 338, de 1960.

De acuerdo con este texto legal, los funcionarios públicos se encuentran regidos por un cuerpo de deberes, prohibiciones y derechos, que son de aplicación general para todos ellos. Así, también se aplica a los abogados y demás profesionales.

Entre las obligaciones de los empleados públicos se encuentran las siguientes:

- *Obligación de dedicación al cargo*, que impone al empleado el deber de ejercer el empleo personalmente durante toda la jornada de trabajo y en forma permanente (Art. 144).
- *Obligación de desempeñar comisiones*, que consiste en el deber en que se encuentra el personal de la administración del Estado de obedecer la orden que se le imparta para realizar una actividad específica, ajena al empleo que ocupa, pero propia del servicio público y de los conocimientos que posea el funcionario. Así, a un abogado de un servicio puede encomendársele una asesoría en el mismo servicio o en otro, o una defensa judicial del mismo servicio o de otro, o el informe o el alegato en un Recurso de Protección (Arts. 145 y sigtes.).
- *Obligación de obediencia* (Art. 151).

En su virtud, el empleado está obligado a obedecer las órdenes que le imparta su superior jerárquico. Esta es la llamada obediencia reflexiva, porque rige siempre que la orden sea lícita. Por ello, se contempla un mecanismo de representación por escrito y la eficacia de la orden queda subordinada a que el superior jerárquico la reitere, también, por escrito.

Cuando el superior jerárquico reitera la orden por escrito, el empleado queda exento de toda responsabilidad, la cual recae íntegramente en el superior que la dictó.

Este problema puede presentarse en el campo de los profesionales del derecho, ya que las normas jurídicas admiten diferentes interpretaciones. Como la administración debe enmarcar su acción dentro del derecho, a veces la licitud o ilicitud de su conducta puede depender de una interpretación jurídica. El abogado asesor puede tener una opinión distinta de la de su jefe, pero si éste le reitera por escrito que su informe debe concluir en un determinado sentido, el abogado funcionario debe acatar esta orden e informar como se le ordena.

- *Obligación de defenderse de las imputaciones* que se le formulen públicamente (Art. 152).

También existe el *deber de lealtad*, que consagra el Art. 154 del Estatuto. Según él, se debe respeto y lealtad a los jefes y compañeros del servicio y, de un modo general, al personal de la administración. Pero este deber de lealtad está limitado en cuanto con él no se incurra en una omisión sancionadora por el Estatuto, el Código Penal u otras leyes. Si se toma conocimiento de un delito, debe denunciarse (Art. 84, N° 3, del C.P.C.). Igual sucede con las faltas que se cometan en el servicio.

Entre los deberes morales a que se refieren los artículos 153 y siguientes del Estatuto Administrativo, se encuentra el de *guardar secreto* en los asuntos que revistan el carácter de reservados por su naturaleza o por instrucciones especiales. La infracción será sancionada administrativamente, sin perjuicio de otras responsabilidades a que los hechos dieran lugar.

Los empleados están afectos a una serie de prohibiciones, entre las cuales está la *de actuar*, directa o indirectamente, *contra los intereses del Estado* o de las instituciones que de él forman parte, salvo que se trate de un derecho que le ataña a él, a su cónyuge o a sus parientes más próximos. En virtud de esta prohibición los abogados que prestan servicios al Estado están impedidos de actuar como patrocinantes o apoderados en causas en contra del Estado o de sus instituciones (Art. 163).

También los empleados públicos están afectos a incompatibilidades de cargos o empleos. Son incompatibles todos los empleos regidos por el mismo Estatuto, entre sí. Esto también afecta a los abogados funcionarios. Existe una excepción respecto de cargos o empleos en la docencia con un máximo de 12 horas semanales (Art. 170).

En cuanto a otras maneras de ejercer la profesión, ajenas a la función del abogado funcionario, el Estatuto Administrativo, en su artículo 173, dispone que los empleados con título profesional universitario pueden expedir informes en materia de su especialidad no obstante las normas contenidas en leyes especiales que obsten al ejercicio libre de una profesión. En general, el ejercicio libre de la profesión está permitido (Art. 98). Por excepción, atendida la especial naturaleza de la función de ciertos servicios, la ley prohíbe el ejercicio profesional ajeno al cargo. Así sucede con los profesionales de la Contraloría General de la República y del Servicio de Impuestos Internos.

Los funcionarios deben cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el servicio (Art. 151). El empleado que infringe sus obligaciones o deberes funcionarios incurre en *responsabilidad administrativa*, sin perjuicio de sus responsabilidades *civil y penal*.

El profesional abogado que, por un grave desconocimiento del derecho, emite un informe jurídico contrario a las normas que interpreta o que deja de aplicar, puede ser sancionado disciplinariamente. Esta sanción puede llegar hasta la destitución, porque, de acuerdo con el Art. 188 del Estatuto, la destitución procede, entre otros casos, por ineptitud que haga inútiles o perjudiciales los servicios del funcionario. También puede ser causal de petición de renuncia, ya que ésta procede por observar el empleado una conducta funcionaria reprochable o manifiestamente negligente.

Si con esa conducta causa daño a terceros, tendrá que responder civilmente. Si causa perjuicio al Fisco o al Servicio, también debe indemnizar. Incluso, se puede llegar a cometer la forma de prevaricación que sanciona el Art. 228 del Código Penal.

Al igual que los jueces, que tienen responsabilidad disciplinaria, que se hace efectiva por la queja y por el recurso de queja, y responsabilidades civil y penal, los abogados funcionarios tienen las mismas responsabilidades.