

ACTAS OFICIALES DE LA COMISION DE ESTUDIO DE LAS LEYES ORGANICAS  
CONSTITUCIONALES

---

SESION 12a., CELEBRADA EN JUEVES 12 de MAYO DE 1983.

La Comisión se reúne bajo la presidencia del señor Sergio Fernández Fernández, y con asistencia de sus miembros señores Raúl Bertelsen Repetto, Gustavo Cuevas Farren, Jaime Guzmán Errázuriz y Hermógenes Pérez de Arce Ibieta.

Excusan su inasistencia la señora Luz Bulnes Aldunate y el señor Francisco Bulnes Ripamonti.

Asisten, especialmente invitados, los señores Osvaldo Iturriaga Ruiz, Contralor General de la República, y José Luis Cea Egaña, profesor de Derecho Constitucional.

Actúa de Secretario el señor Rafael Larraín Cruz.

El señor FERNANDEZ (Presidente) declara, en el nombre de Dios, abierta la sesión y ofrece la palabra al señor Contralor General de la República.

El señor ITURRIAGA hace presente que, desde la dictación de la Constitución de 1925, la Administración del Estado experimentó un crecimiento bastante inorgánico y se creó un conjunto heterogéneo de servicios públicos. Agrega que esta misma situación se ha producido en el caso de los funcionarios públicos, a los cuales se les han hecho aplicables diversos estatutos. Por todo lo anterior, considera conveniente la dictación de una ley orgánica constitucional en esta materia.

Anuncia que, en primer término, se referirá al alcance de la primera parte del artículo 58 de la Carta Fundamental, en el que, a su juicio, se emplean dos términos que no son sinónimos, pues en

el epígrafe se utiliza la expresión "Bases Generales de la Administración del Estado"; el inciso primero dispone que "Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública", y el inciso segundo nuevamente se refiere a la "Administración del Estado". Al respecto indica que la Contraloría siempre ha considerado que dentro de la Administración del Estado están comprendidos todos los servicios públicos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica; es decir, estarían comprendidos tanto los servicios centralizados como los descentralizados, e incluso las municipalidades; y que, en cambio, la Administración Pública siempre se ha entendido como que abarca los servicios de la Administración central, es decir, aquellos que dependen directamente del Ejecutivo y que, por supuesto, actúan con la personalidad jurídica del Fisco.

Sostiene que la disposición en estudio debe interpretarse en el sentido de que ambos conceptos tienen el carácter de sinónimo, porque, si se la limita solo a los servicios de la Administración central - como lo es la Administración Pública -, la ley perdería mucha importancia, ya que en la actualidad hay más servicios descentralizados que centralizados.

Opina que tal punto deberá resolverlo esta Comisión. A su juicio, sólo deberían estar marginados de esta ley las municipalidades, el Banco Central y la Contraloría General de la República, por la exclusiva razón de que estos organismos se van a regir por sus propias leyes orgánicas constitucionales, sin perjuicio de que puedan aplicárseles determinadas normas de esta ley, que sean compatibles con las contenidas en las respectivas leyes orgánicas de las instituciones exceptuadas.

En seguida, precisa que abordará las materias que, a su juicio, debe contener esta legislación. Piensa, primero, que ella debe consignar normas fundamentales relativas a los criterios rectores que deben orientar el quehacer administrativo; en segundo lugar, que debe referirse a la estructura, clasificación y características de los servicios que integran la Administración del Estado y, en tercer término, a la carrera funcionaria.

En cuanto a los criterios rectores, estima que podrían ser algunos de los siguientes: primero, la continuidad, uniformidad y obligatoriedad del servicio público. Entiende por continuidad el hecho de que el servicio público no puede paralizarse. Añade que ésta es la razón por la cual nunca se ha aceptado en los servicios públicos la existencia de sindicatos y de organismos semejantes y de que esté totalmente prohibida la huelga. En seguida, precisa que la uniformidad significa que las prestaciones que efectúen los servicios deben otorgarse por igual a quienes las soliciten, y que la obligatoriedad implica que el servicio no puede negar la prestación.

Dice que un segundo criterio rector sería el que las leyes complementarias de esta ley orgánica de bases generales de la Administración del Estado, como lo es el Estatuto Administrativo, deben regir en forma general para todos los servicios de la Administración del Estado. Anota que la idea es que haya uniformidad en la aplicación de un estatuto, salvo excepciones como las ya señaladas - Banco Central, municipios, Contraloría -, por las razones mencionadas. Aclara, sí, que muchas normas de dicho estatuto podrían aplicarse a esas entidades, como ocurre en la actualidad, pudiendo excluirse de su ámbito a las empresas del Estado, por sus especiales características, ya que, en gran medida, son de tipo comercial y deben competir con las empresas del sector privado.

Otro criterio rector podría ser, a su juicio, el que las leyes orgánicas de los servicios públicos deben contemplar estructuras flexibles y mecanismos necesarios para adaptarse a las distintas exigencias de cada época. Dice que, en la actualidad, hay muchos servicios con estructuras muy rígidas, establecidas por ley, y que, cuando es necesario modificarlas para adecuarlas a las nuevas necesidades, hay que proceder a la dictación de una nueva ley. Le parece que se podría facultar al jefe de los respectivos servicios para que, de acuerdo a mecanismos establecidos en esta ley, pueda modificar tales estructuras cuando las necesidades así lo aconsejen.

Manifiesta que un cuarto criterio rector sería el que los servicios públicos deben informar a la opinión pública acerca del cumplimiento de los objetivos de bien común que deben satisfacer. A cota que con frecuencia ha escuchado a personas expresar su protesta debido a que, no obstante contribuir mediante los impuestos al mantenimiento de los servicios, son atendidas en mala forma e incluso ni siquiera las reciben. Por ello estima que, tal como se obliga a las empresas del Estado a presentar un balance, también sería conveniente que los servicios públicos, una vez al año, dieran a conocer la labor realizada.

Propone como quinto principio rector el que sea deber de la Administración responder por los daños causados a los administrados, y como sexto, que la acción de los servicios públicos quede sujeta a la formulación de programas de acción, según planificación previa, a fin de obtener una mejor utilización de los recursos y el logro de las metas propuestas. Apunta que hay muchos organismos que elaboran dichos planes, pero no todos, y que por eso se justifica una norma de carácter general en este sentido.

Como séptimo principio rector sugiere que la competencia de los servicios públicos sea debidamente delimitada, para evitar que se produzcan duplicidades e interferencias de funciones y facultades. Señala que casos como éstos se presentan en la actualidad y que la Contraloría debe entrar a determinar a quién corresponde la competencia.

Un octavo principio rector debería ser, a su juicio, que la delegación de facultades debe constituir la regla general, salvo, evidentemente, algunas excepciones en materias de mucha importancia que necesariamente deben estar radicadas en el jefe del servicio. Estima que tal procedimiento contribuiría a la agilización de los distintos organismos, y cumpliría uno de los fines de la desconcentración administrativa, en el sentido de que no todos los problemas deben ser resueltos por una sola persona. Para que esta medida tenga efecto, considera necesario que el delegatario sea responsable de su actuación por la vía delegada, porque en estos momentos cuando un jefe de servicio delega funciones en un subalterno, quien responde, en

definitiva, es el delegante y no el delegatario. Estima indispensable un cambio en este sentido, sin perjuicio de que el delegante responda cuando haya sido muy negligente en su facultad fiscalizadora respecto del delegatario.

Como noveno criterio rector propone que la función pública se ejerza con sujeción a los principios de jerarquía, eficiencia, probidad y responsabilidad.

Advierte que, en seguida, se referirá a dos puntos conflictivos, que se ve en la necesidad de hacerlos presentes por la experiencia que al respecto ha tenido en la Contraloría.

Es de opinión que a los servicios públicos debe dotárseles del personal suficiente para cumplir sus funciones de manera eficaz. Señala que algunas supresiones de personal en ciertos servicios se han llevado a cabo sin los estudios técnicos pertinentes, y sólo con el propósito de reducir su dotación, los que por tal motivo no pueden prestar un servicio adecuado. Insiste en que medidas como éstas no pueden realizarse sin un estudio acabado. Agrega que algo similar ocurre en lo que atañe al otorgamiento y destinación de los recursos necesarios para que los servicios puedan funcionar normalmente y cumplir sus cometidos. Reconoce que ello se debe a la situación económica actual; pero, como aquí se está legislando para lo futuro, estima oportuno dejar constancia de este punto.

Finalmente, propone el control de la actividad de la Administración, para garantizar el respeto a la juridicidad - principio de la legalidad - y el manejo de los recursos públicos.

Considera que tales son los principios rectores que deberían contemplarse en esta ley.

Respecto de la estructura de la Administración del Estado, afirma que no le asiste ninguna duda acerca de que en su cúspide ha de quedar el Presidente de la República, como supremo administrador del Estado, y de que en seguida debe situarse a los Ministros de Estado, que son sus colaboradores directos e inmediatos.

Considera que en la ley orgánica constitucional en estudio deberían fijarse únicamente la estructura y las funciones básicas de todo Ministerio y también las facultades generales de los Ministros, por cuanto la organización, funciones y atribuciones específicas de cada Secretaría de Estado, como asimismo su denominación y número, deben ser reguladas en la ley orgánica de Ministerios, de acuerdo con el artículo 33 de la Constitución Política.

Estima indispensable simplificar la denominación, clasificación y características de los servicios públicos, en vista de la gran confusión existente actualmente en esta materia. Dice que, en efecto, hoy en día hay servicios con personalidad jurídica, instituciones fiscales autónomas, instituciones autónomas, empresas del Estado, instituciones semifiscales, etcétera. Indica que ello conduce a que, cada vez que se dicta una ley aplicable a los funcionarios públicos, es preciso analizar minuciosamente qué servicios quedan comprendidos en ella. En su concepto, debería distinguirse exclusivamente entre servicios públicos centralizados y servicios públicos descentralizados. Entiende que los primeros son aquellos que dependen directamente del Poder central, es decir, del Poder Ejecutivo, actúan con la personalidad jurídica del Fisco y carecen de patrimonio propio, en tanto que los segundos son aquellos que gozan de autonomía, poseen personalidad jurídica y patrimonio propios y no dependen directamente del Poder central. A las empresas del Estado las ve como una modalidad de los servicios públicos descentralizados, atendidas sus características especiales. Admite que ellas pueden ser o no ser servicios públicos, en conformidad con lo preceptuado en el número 21, inciso segundo, del artículo 19 de la Carta. Recuerda que dicha disposición reza así: "El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso,

esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado". De la norma precitada desprende que puede darse la existencia de empresas estatales regidas por las normas del Derecho Privado y empresas estatales reguladas por las normas del Derecho Público, como lo son, al presente, la Línea Aérea Nacional, la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, la Empresa de Correos de Chile, las cuales, sin duda alguna, constituyen servicios públicos, puesto que reúnen todas las características de tales.

Juzga pertinente distinguir también entre servicios públicos nacionales y regionales. A este respecto, recuerda que en la actualidad todos los servicios de salud y también, según entiende, los de vivienda y urbanismo, son regionales. Puntualiza que, obviamente, ello sin perjuicio de que puedan crearse servicios que abarquen provincias o comunas. Expresa que, por supuesto, en este contexto no se refiere a las municipalidades, ya que ellas se han de regular por la ley orgánica constitucional que en este momento se encuentra sometida al estudio de las Comisiones Legislativas de la Junta de Gobierno.

Pone especial énfasis en que los servicios descentralizados deberían constituir la excepción y, en cambio, los centralizados representar la regla general. Manifiesta que el cúmulo de servicios descentralizados existentes hoy en día ocasiona enormes problemas. De allí que, desde su punto de vista, este tipo de servicios debería establecerse únicamente en casos muy calificados.

Aprueba también como muy conveniente disponer que los servicios públicos, sean centralizados o descentralizados, deben ajustarse a las políticas generales fijadas por el Gobierno, por mucha que sea la autonomía de que los descentralizados gocen para el ejercicio de su actividad. Recalca que al presente, en concordancia con la ley, estos últimos servicios gozan de autonomía y no dependen del Ejecutivo y, por lo tanto, pueden actuar libremente, lo que en muchas oportunidades conduce a que no se ciñan a la política general del Gobierno.

Por lo que atañe a la estructura misma de los servicios públicos, piensa que en la ley orgánica constitucional sólo cabe fijar normas muy generales y, en cambio, dejar todo el detalle a cada ley particular, puesto que todos ellos poseen características distintas.

Opina que sería muy conveniente aprovechar la oportunidad que brinda la dictación de la ley orgánica constitucional para fijar algunos preceptos básicos y generales sobre la concesión de servicios públicos y sobre el traspaso de su administración al sector privado, atendido que no existen normas muy precisas sobre el particular.

En seguida, hace presente que el artículo 38 de la Constitución indica que la ley orgánica constitucional debe contener normas sobre la carrera funcionaria, la cual, en su opinión, debe fundarse en un régimen de estabilidad en el cargo. Cree que, para garantizar la carrera funcionaria, el ingreso a la Administración del Estado debe efectuarse por concurso, al cual puedan presentarse todas las personas que reúnan los requisitos establecidos en el Estatuto Administrativo. Le parece obvio que, en este contexto, cabe establecer algunas excepciones, como las representadas por los cargos de la exclusiva confianza y de libre designación del Presidente de la República. A su modo de ver, todos los cargos superiores de la Administración deben ser de la exclusiva confianza del Presidente de la República, en tanto que algunos intermedios han de ser de su libre designación. En este punto, considera oportuno destacar la importante diferencia entre uno y otro tipo de cargos, consistente en que, en el caso de los de libre designación sólo puede ponerse término a las funciones del titular por las causales legalmente establecidas, lo cual, por cierto, no se requiere en el caso de los de la confianza exclusiva del Presidente de la República.

Opina que, para los efectos de las promociones, sería menester establecer escalafones por especialidad, confeccionados sobre la base del mérito de los funcionarios, para lo cual le parece indispensable establecer un régimen de calificaciones objetivo. Hace in-



capié en que uno de los grandes problemas existentes en la Administración radica en que todavía no se ha podido fijar un sistema que en realidad permita calificar objetivamente a los funcionarios. Según su parecer, las promociones deberían llevarse a cabo normalmente mediante el sistema de ascensos, exceptuados, evidentemente, los cargos de la exclusiva confianza y los de libre designación del Presidente de la República.

Asimismo, encuentra aconsejable que, para ser nombrado en determinados cargos, sobre todo cuando éstos son más o menos de categoría superior, se debe exigir una calificación mínima y la aprobación de algunos cursos de perfeccionamiento. Dice que de esta manera se evitaría que ocuparan puestos bastante elevados personas carentes de la preparación necesaria, como a veces suele darse en la actualidad.

Estima que deberían establecerse reglas básicas de probidad administrativa. Comenta que, lamentablemente, esta materia sólo se encuentra contenida en el Estatuto Administrativo y agrega que se presta a innumerables interpretaciones, como consecuencia de que las normas son muy poco claras. Está consciente de que se trata de que el funcionario actúe recta y moralmente en la Administración; pero considera que deberían buscarse los términos más adecuados para determinarlo con la debida nitidez.

Declara que un punto sobre el cual ha reflexionado durante mucho tiempo, lo constituye la conveniencia de establecer un sistema de estímulos para los buenos funcionarios. Observa que los servidores públicos siempre representan que ellos reciben sólo críticas cada vez que no actúan muy bien, pero que nunca se les estimula, apreciación que comparte totalmente. Sostiene que, por cierto, no postula que se les concedan premios en dinero, pero piensa que, después de cierto número de años de servicio, podría otorgárseles, algún tipo de reconocimiento. Observa que, como es bien sabido, esta práctica es muy común en las Fuerzas Armadas, y deplora que en la Administración Civil no exista ningún sistema de reconocimiento de la labor del funcionario.

Afirma que también deberían establecerse normas básicas sobre responsabilidad, régimen de sanciones y causales de cesación en el cargo.

Asevera encontrarse convencido de que todo lo anteriormente expuesto contribuiría a garantizar la carrera funcionaria.

Considera muy conveniente consagrar un sistema de capacitación y perfeccionamiento de los funcionarios, mediante cursos dados en los servicios y , también, a nivel nacional. Reconoce, eso sí, que ello implica consignar los fondos necesarios - que hoy no existen - en el Presupuesto de la Nación. Refiere que a la Contraloría General de la República se le solicita con mucha frecuencia la dación de cursos de esta índole, pero que ella se ve obligada a responder a los servicios que, de muy buen grado, se los otorgaría, siempre y cuando ellos se encargaren de financiar los costos que suponen. Afirma que esta actividad permitiría dar cabal cumplimiento al propósito previsto por el constituyente en orden a que la función pública posea carácter especializado y técnico, y se desenvuelva al margen de influencias de tipo político.

Juzga que los criterios antes señalados, incorporados en la ley orgánica constitucional, deben servir de base al Estatuto Administrativo, el cual le parece indispensable para regular la carrera funcionaria. Esta consideración lo lleva a concluir que sería inoportuno entrar a estudiar una ley sobre el Estatuto Administrativo con anterioridad a la aprobación de la ley orgánica constitucional en análisis.

Cree pertinente destacar la inconveniencia de aplicar a servicios públicos la legislación laboral común, como la contenida en el Código del Trabajo y en sus normas complementarias, sistema que se ha utilizado con mucha frecuencia en el último tiempo. Pone de relieve que el Código del Trabajo no contiene ninguna norma sobre requisitos de ingreso y sus procedimientos, promociones, probidad administrativa, obligaciones y derechos de los funcionarios, incompatibilidades, régimen disciplinario y responsabilidad administrativa.

Sostiene que la aplicación del Código del Trabajo implica para los funcionarios públicos, la inexistencia de la carrera funcionaria, ya que en esta legislación no existe para ellos ni requisitos de ingreso ni sistemas de ascensos, encontrándose tales servidores, según le consta, en total desamparo en estos aspectos.

Hace presente el grave problema que se presenta en un servicio público regido por el Código del Trabajo, con respecto a la ausencia de sanciones intermedias, lo cual conduce directamente, si el funcionario es afectado por un fallo adverso en un sumario administrativo, a la caducidad del contrato.

Por otra parte, estima necesario establecer un régimen de remuneraciones acorde con la importancia de las funciones que se desarrollen, a fin de obtener una Administración eficiente y tecnificada. Al respecto, observa que siempre el sector privado ha conquistado a los mejores profesionales por las rentas que les paga, dos o tres veces superiores a las que ofrece la Administración Pública, diferencia que en este momento ya no es tan grande.

Deja constancia de que su exposición se basó más bien en la práctica y realidad administrativas que en la doctrina, porque, a su parecer, con seguridad ya la Comisión ha conocido la opinión doctrinaria de brillantes profesores de Derecho Administrativo.

El señor PEREZ DE ARCE pregunta acerca de las razones que justificarían excluir a la Contraloría General de la República, al Banco Central y a las Municipalidades del régimen que establezca la ley orgánica sobre bases de la Administración.

El señor ITURRIAGA responde que esas excepciones se fundamentan, a su juicio, en que cada una de esas entidades regulará sus funciones mediante leyes orgánicas propias, sin perjuicio de la necesaria compatibilidad de sus normas con las de la ley orgánica que esta Comisión estudia.

El señor GUZMAN expresa que en virtud del principio de continuidad de la administración nunca se han admitido ni los sindicatos ni la procedencia de la huelga en la Administración Pública. Consulta el punto de vista del señor Contralor sobre la existencia de asociaciones de empleados fiscales semejantes a la ANEF u otras que han surgido a lo largo del último tiempo, y si cree que la ley orgánica en proyecto debiera referirse a esas organizaciones en algún sentido.

El señor ITURRIAGA piensa, en cuanto a la última interrogante, que tal referencia podría ser factible. En todo caso, advierte que los estatutos de las asociaciones de los empleados de las entidades públicas-entre ellas, la Contraloría-contienen estipulaciones netamente gremiales y que jamás han servido de fundamento para promover paros o huelgas en la Administración. Sin embargo, recuerda que la ANEF se encuentra en una situación diferente, ya que años atrás se dictó una ley de acuerdo con la cual todos los funcionarios fiscales, lo quisieran o no, automáticamente se entendía incorporados a ella, circunstancia que fue superada ahora por la filiación voluntaria.

Cree que esta materia, que no planteó en su exposición, podría ser abordada de alguna manera en la legislación orgánica en estudio.

Agrega que en la actualidad, en ciertas empresas del Estado con facultad para negociar colectivamente, se han organizado sindicatos, lo cual viene a demostrar, a su modo de ver, la conveniencia de aclarar en este momento la "mezcla" de situaciones en esta materia.

El señor BERTELSEN hace presente que algunos expositores que precedieron al señor Contralor señalaron la necesidad de que la ley orgánica de la Administración Pública establezca cuáles son los organismos asesores del Ejecutivo. Recuerda que incluso el profesor Osvaldo Oelckers insinuó la idea de crear un organismo asesor de carácter técnico semejante al Consejo de Estado de otros países, como el de España.

El señor ITURRIAGA opina que, por una parte, sería conveniente que la ley orgánica en análisis incluyera algunos preceptos en tal sentido; pero, por otra, ello tendría la desventaja, a su juicio, de que no habría posibilidad de que el Gobierno creara comisiones asesoras especializadas, como, por ejemplo, esta sobre Estudio de las Leyes Orgánicas Constitucionales, porque la legislación ya habría dispuesto expresamente cuál o cuáles serían los organismos asesores del Ejecutivo. Dice ignorar hasta qué punto sería adecuado limitar la tendencia de los gobernantes a designar comisiones asesoras. Agrega que su opinión personal es que esta facultad presidencial no se restrinja.

El señor CUEVAS manifiesta que, en una reunión anterior, se planteó el criterio de que la ley orgánica en comentario, no obstante mantener las designaciones de la exclusiva confianza del Presidente, debería suprimir, con el propósito de esclarecer definitivamente la carrera funcionaria, la categoría de funcionario de su "libre designación", en vista de la paradoja de que en estos últimos cargos el Presidente de la República escoje con entera libertad, pero después queda "amarrado" porque la persona nombrada queda sometido a un régimen que podría denominarse de "inamovilidad relativa".

Pregunta cuál sería la opinión del señor Contralor al respecto.

El señor ITURRIAGA, pese a reconocer que algunas veces quienes acceden a los cargos de libre designación no son los más preparados y que este tipo de ingreso a la Administración Pública se prestaba, como ocurrió en el pasado, a "pagos políticos", no se manifiesta muy partidario de que todo quede entregado al mecanismo de ascenso. Señala que el verdadero sentido del cargo de libre designación es que en él se elije verdaderamente a la persona que tenga los conocimientos y la preparación para desempeñar ese cargo. Opina que los puestos de la cúspide jerárquica, como son los de jefe de servicio, tienen que ser de la "exclusiva confianza" y que los que le siguen, por ejemplo en el caso de la Con

traloría, como son los de jefe de división, deben estar, a su juicio, sujetos al sistema de libre designación, pues las autoridades administrativas ubicadas en esos dos niveles son las que dirigen los servicios. Los cargos que le siguen a estos estamentos deberían estar comprendidos en la carrera funcionaria.

El señor CUEVAS aduce que, si en teoría el régimen de la carrera funcionaria se aplicara adecuadamente y si existieran mecanismos de promoción objetivos basados en el mérito y con capacitación del personal, lo lógico sería que quienes ocupen los cargos inmediatamente inferiores a los de confianza política accedan a ellos como culminación de la carrera funcionaria.

El señor ITURRIAGA concuerda con esa opinión.

El señor CUEVAS cita el caso que le correspondió conocer, en el breve tiempo en que fue abogado de un servicio público, en el momento de producirse un cambio de Gobierno: todos los cargos de libre designación fueron ocupados por militantes del partido triunfante. A su juicio, este tipo de circunstancias son las que contribuyen a desvirtuar completamente, en la práctica, el propósito de la ley.

El señor PEREZ DE ARCE pregunta si cabría establecer, dentro de la ley orgánica en proyecto, la creación de organismos de carácter asesor, como lo planteó el señor Bertelsen. A su modo de ver, afirma que ello no sería posible.

El señor ITURRIAGA dice que tampoco lo cree factible, ya que el objeto de la ley orgánica en estudio reside en disponer normas básicas sobre la organización de la Administración Pública y no en crear servicios.

Al respecto, observa que tampoco comparte la idea de que esta ley orgánica debe contener preceptos acerca de procedimientos administrativos, los que, según entiende, la Constitución considera propios de una ley común.

El señor GUZMAN advierte que el número 18 del artículo 60 de la Constitución expresa que serán materias de ley las que "fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública".

El señor CUEVAS opina que, a lo más, la ley orgánica podría incorporar, en esta materia, algún principio de carácter general.

El señor GUZMAN manifiesta que desea hacer una consulta respecto de un tema vinculado al de los organismos asesores, como es el referente a la posibilidad, insinuada en la Comisión por parte de otros expositores, de que se pudiera contemplar en la ley orgánica la existencia de Ministros sin cartera. Juzga que está abierto por el texto constitucional, si se quiere de modo implícito, hacer posible la designación de un Ministro de esta especie que tenga por responsabilidad la coordinación de los distintos Ministerios y las relaciones con el Congreso Nacional.

Junto con preguntar al señor Contralor su opinión sobre esa eventualidad, y de la procedencia de que ello se consagrare en esta ley, dice que también le interesaría conocer su punto de vista respecto de otra institución que, en cambio, le merece reparos, la de personas con rango de Ministro, las cuales últimamente han proliferado mucho, ya sea como cabezas de determinados organismos asesores, o de instituciones y servicios. Estima que el problema tiene implicancias jurídicas bastante serias, porque se trata de personas que no son Ministros para todos los efectos legales y de su responsabilidad, pero que, sin embargo, aparecen con un rango de Ministro que no deja nítido cuál es su alcance desde el punto de vista legal.

El señor ITURRIAGA hace presente que este último tema no lo quiso tratar - declara que quiere ser bien honrado con la Comisión-, porque siempre estuvo en desacuerdo con estos cargos con rango de Ministro.

Puntualiza que personalmente este problema le está un poco vedado, porque, de acuerdo con el protocolo, el Contralor sigue a continuación de los Ministros. Entonces, para él era muy difícil haber expuesto este tema. Dice que dará a conocer un problema bien concreto que tuvieron, para que la Comisión vea el inconveniente que tiene esto de los rangos de Ministro. Manifiesta que siendo Vicepresidente de la Corporación de Fomento el señor Pedro Vuskovic, la Cámara de Diputados, a través de su Oficina de Informaciones, pedía a la Contraloría que exigiera a determinados servicios cierta información.

Entonces el señor Vuskovic se excusó diciendo que él, como Ministro, no tenía la obligación de proporcionar esos antecedentes. Destaca que este asunto lo conoce muy bien, porque le correspondió redactar el oficio respectivo. Enfatiza que, efectivamente, la ley establecía en ese tiempo que los jefes de servicio estaban obligados a proporcionar estos antecedentes al Congreso, no así los Ministros de Estado. Entonces, la Contraloría le dijo: "Señor, usted es jefe de un servicio, y su categoría de Ministro de Estado es exclusivamente para efectos de tipo protocolar". Destaca que el Señor Vuskovic tuvo que mandar los antecedentes.

Afirma que, sinceramente, nunca le ha encontrado justificación a estas designaciones, y declara que él no es de esas personas preocupadas de los rangos y de los protocolos, pues cree que la persona es lo que es en el cargo en que esté, no siendo más ni menos importante por su título.

El señor GUZMAN considera que la institución de personas con rango de Ministros constituye una anomalía, porque aquéllas, apareciendo como Ministros, no asumen las responsabilidades legales correspondientes.

El señor ITURRIAGA coincide en que, evidentemente, es una anomalía.

El señor GUZMAN precisa que en muchos países existe, en cambio, la figura de los Ministros sin cartera, principalmente en los regímenes parlamentarios; y señala que no descartaría que ella pudiera ser procedente para un régimen presidencial, porque, de acuerdo con la Constitución, el Presidente de la República puede designar un Ministro a cargo de la relación con el Congreso Nacional. Añade que, por la experiencia que ha podido recoger, uno de los problemas más grandes que tenían los Ministros de Estado en el funcionamiento del régimen constitucional pleno era su permanente obligación de estar defendiendo los proyectos en el Parlamento, y acudir al Congreso a



requerimiento de éste. Piensa que, si muchas de esas tareas pudieran encomendarse a un Ministro sin cartera, que cubriera las funciones propias de ese vínculo con el Congreso, se lograría despejar el trabajo de los Ministros con cartera. Estima que sería también una manera para que el Presidente de la República, en ciertos casos, pudiera contar, dentro de su Gabinete, con algunas personalidades que le interese incluir en el Ministerio, sin necesidad de adscribirlas a una cartera determinada. Resalta que la diferencia fundamental entre estas personas y los actuales funcionarios con rango de Ministro, es que los Ministros sin cartera serían, para todo efecto legal, Ministros de Estado.

El señor FERNANDEZ (Presidente) destaca que, de acuerdo con el artículo 33 de la Constitución, el Presidente puede nombrar a uno o más Ministros para la coordinación de determinadas labores, pero señala que le da la impresión de que no pueden ser sin cartera, sino que tienen que estar desempeñándose como Ministros de alguna Secretaría de Estado en particular.

El señor ITURRIAGA declara que está de acuerdo con lo expresado por el señor Fernández.

El señor CUEVAS pone de relieve que en el seno de la Comisión Constituyente se propuso la creación de los Ministros sin cartera, lo que fue desestimado. Por eso, en la nueva redacción del artículo se sigue la tradición chilena, en el sentido de que el Ministro es un Secretario de Estado con cartera.

El señor ITURRIAGA explica que por eso, según el inciso final del artículo 33 de la Carta Fundamental, "El Presidente de la República podrá encomendar a uno o más Ministros la coordinación de la labor que corresponde a los Secretarios de Estado y las relaciones del Gobierno con el Congreso Nacional". Así que, al parecer, no podría haber un cargo de aquella naturaleza.

El señor FERNANDEZ (Presidente) da, en seguida, la bienvenida al profesor de Derecho Constitucional señor José Luis Cea y le ofrece la palabra para referirse a la ley orgánica sobre Bases de la Administración del Estado.

El señor CEA agradece, en primer término, la invitación que le formuló la Comisión, a la que desea el mayor éxito en la tarea que le fue encomendada por el Presidente de la República.

Anuncia que, como profesor de Derecho Constitucional, desarrollará su exposición sobre el artículo 38 y otras disposiciones conexas de la Carta Fundamental, desde el punto de vista de su especialidad.

A su juicio, el precepto sobre las Bases Fundamentales de la Administración del Estado, puede examinarse de acuerdo con tres perspectivas: la exigencia que establece de dictar una ley orgánica constitucional; en seguida, que ésta debe considerar los cinco grupos de materias a que se refiere el inciso primero; y en tercer lugar, la posibilidad de reclamación, en la sede contencioso-administrativa, respecto de las lesiones provocadas por órganos administrativos y municipales, según el inciso segundo. Dice que se ocupará sólo de los dos primeros puntos, por entender que el tercero es ajeno a la ley de Bases de la Administración del Estado o Administración Pública.

En lo atinente a la ley orgánica constitucional y su contenido, parte del supuesto de que todos conocen las cuatro características que la tipifican en nuestro ordenamiento jurídico, inspirado en el modelo de las Constituciones francesa, italiana y, de alguna manera, la española de 1978, de modo que en esta ocasión no las analizará en particular. Estima conveniente aclarar, sin embargo, algunas dudas que origina su dictación y que delimitan la competencia de la Comisión.

Sobre el particular, dice que cabé preguntarse, en primer lugar, respecto de la extensión y profundidad con que el legislador puede abordar las cinco materias aludidas en el inciso primero, pues, si bien la ley orgánica debe ser básica y general, limitándose a sistematizar los principios y normas fundamentales que desarrollan

directa e inmediatamente los preceptos constitucionales, cabe agregar, como segunda especie de disposiciones, aquellas que el Tribunal Constitucional, en sentencia de 26 de noviembre de 1981, ha denominado sus "elementos complementarios" indispensables, esto es, aquellos que, lógicamente, deben entenderse incorporados en el rango propio de una ley orgánica constitucional. Concluye que, en consecuencia, mediante la adición de normas imprescindibles y de las conexas indispensables, se amplía la competencia del legislador en la materia.

Pero, más todavía, expresa, que también puede incluirse un tercer tipo de disposiciones, pues cabe plantearse el problema consistente en si la ley orgánica puede contener, además, otras normas propias de la ley común. Hace presente que, en su concepto, el legislador ha de evitar como principio una incursión en ese campo, lo que concuerda con la letra y el espíritu de la Carta Fundamental, pero le parece que es muy difícil que ello no ocurra, ya que los términos amplios que ésta utiliza respecto de las materias de ley orgánica permiten una legítima interpretación extensiva o restrictiva, según sea la decisión de aquél. Hasta cierto punto, indica, incluir disposiciones de ley común - aunque en cuanto regla habitual de técnica legislativa no sea lo deseable, pero que aparece inevitable - es conveniente en la ley orgánica, porque por definición la organicidad implica la idea de un conjunto o sistema coherente y completo de preceptos en sí aplicables, lo que no puede cumplirse sólo con la dictación de principios y normas de gran generalidad que, gráficamente, serían semejantes a una obra gruesa, inacabada y de muy reducida capacidad de concreción práctica.

Observa que, si la ley orgánica puede contener las tres clases de preceptos esbozados, como lo ha aceptado reiteradamente la mayoría de nuestro Tribunal Constitucional, sería útil que la misma ley declarara para el efecto del control preventivo de la constitucionalidad que le incumbe, cuáles son las disposiciones fundamentales u orgánicas, cuáles son los elementos complementarios o indispensablemente conexos a aquéllas y cuáles, en fin, son las normas legales meramente comunes, precisión expresada por el legislador en el propio texto normativo que, obviamente, puede ser revisada por dicho Tribunal. Agrega que ese camino, práctico y lógico debido a la sistematización legislativa que implica, respetaría la competencia del legislador calificado y común, a la vez que facilitaría el ejercicio del contralor constitucional respecto de los tres ámbitos.

competenciales descritos.

Fundamenta su tesis en que la ley orgánica tiene carácter especial, pero no supone -- está consciente de que ello es controvertido y controvertible -- una posición jerárquica superior a las leyes de quórum calificado y ordinarias, pues se trata de tres clases diferentes de preceptos legales, sin relación de primacía o subordinación entre sí.

En su concepto, la ley siempre es obra del mismo órgano, que declara la voluntad soberana en la forma prevista por la Constitución. Esto es lo esencial y sustantivamente decisivo, ya que la jerarquía de las normas no se establece sólo ni principalmente por los procedimientos de elaboración, sino en atención a la diferente calidad de los sujetos que las producen y al contenido de los preceptos cuya dictación es de su competencia. De esta manera, fluye que procede distinguir entre el legislador constitucional, de una parte, y el legislador constituido de ordinario, de otra. Este es el sentido que, a su juicio, deviene correcto en cuanto al principio de jerarquía que nuestra Constitución reconoce, especialmente en los artículos 6º, 7º, 19º, 26, 24, 32 N°8 y 80.

Sostiene que la diferencia sustancial entre la ley orgánica y las demás radica en el principio de la competencia que señala la Carta Fundamental, pues las leyes de quórum calificado y ordinarias no pueden abarcar materias reservadas a aquélla, la cual, y a su vez, aparte de reunir los otros tres requisitos que la Constitución determina, tampoco puede penetrar sin más en el ámbito de éstas. Pero subraya que esto es así no porque existan rangos normativos diferentes, sino en razón de que la Constitución ha señalado las materias propias de cada una de las tres especies de leyes nombradas.

Concluye que la inconstitucionalidad material de las leyes calificadas y ordinarias no resulta, entonces, de su presunta inferioridad de rango en relación con la ley orgánica, es decir, de la infracción al principio de jerarquía normativa, sino -- como observan García de Enterría y Fernández en su Tratado -- de la invasión de ámbitos competenciales reservados expresamente a esta última, esto es, de la vulneración del principio de competencia y no de posición formalmente jerárquica.

En el marco de las ideas expuestas, examinará someramente las Bases Generales de la Administración del Estado, pero circunscrito a los cinco puntos que contiene el inciso 1º del artículo 38.

Manifiesta, en primer lugar, que la Constitución se refiere en algunos preceptos a la "Administración del Estado" y en otros, a la "Administración Pública". Así ocurre por ejemplo, en los artículos 3º, 24, 33, 38 y 60 Nº18, precisamente. Agrega que, no obstante, hasta la reforma de enero de 1970, la jurisprudencia y la doctrina precisaban que la primera de tales locuciones era el género y la segunda, la especie dentro de aquélla. Recuerda que a partir de dicha reforma, sin embargo, la Carta se refirió con acierto a la "Administración del Estado", abarcando tanto la centralizada como la descentralizada. A su juicio, los términos que hoy emplea la Constitución deben entenderse como sinónimos, incluyéndose, en consecuencia, los servicios públicos que integran la Administración centralizada, tanto concentrada como desconcentrada territorial o funcionalmente, e igualmente los servicios que forman parte de la Administración descentralizada, estimada territorial o funcionalmente. Opina que la única duda, en cuanto a la ubicación que les corresponde en este cuadro, es la relativa a los organismos asesores, a ciertas instituciones técnicas y a los entes privados que desempeñan alguna función administrativa y que no son servicios públicos. Menciona, por vía ilustrativa, al Consejo de Estado, a ODEPLAN y a CONAF, respectivamente, a propósito de cada una de las tres categorías nombradas.

Señala que la determinación de la organización básica de la Administración Pública del Estado es el primero de los cinco grupos de materias que debe regular la ley orgánica constitucional y el más importante, por lo que se detendrá algo más en él.

Afirma que dicha Administración puede considerarse en una perspectiva estructural u orgánica y en una funcional u operativa -- aclara que esta última puede ser normativa, de ejecución o fiscalizadora-- y que, aun cuando el texto constitucional parece aludir sólo a la dimensión estructural, es lógico y conveniente tomar en cuenta también los principales asuntos complementarios o conexos que inciden en el aspecto funcional. Destaca la importancia, consecuentemente, de que la Comisión llegue a un criterio definido respecto de la amplitud y profundidad de su competencia en la elaboración del anteproyecto, pues si se extiende no sólo a la parte orgánica, sino también a la operativa, convendría conceptualizar ciertos términos comunes en el Derecho Administrativo y en el Derecho Constitucional en lo pertinente a los principales actos jurídicos de carácter administrativo,

precisando que autoridades son competentes al respecto; decreto supremo, reglamento, resolución y orden de servicio, por ejemplo.

A su juicio, la determinación de la organización básica de la Administración debe efectuarla la ley orgánica con sujeción a los siguientes criterios matrices:

Primero, reconociendo el principio de jerarquía u organización piramidal, que tradicionalmente ha tenido y que no obsta a su modernización. Explica que, según éste, el Presidente de la República es el supremo jerarca, que gobierna y administra el Estado, de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución, y a cuya autoridad deben ser reconducidos, mediante dependencia o simple relación, los Ministerios y todos los servicios públicos nacionales o territoriales, sean descentralizados o desconcentrados en sus diversas especies.

Como segundo criterio matriz sugiere reconocer el principio unitario en cuanto a la forma de Estado para, en seguida, aplicar el siguiente esquema de organización administrativa: como regla general -- siguiendo el criterio trazado por la Carta Fundamental-- establecer la desconcentración funcional y regional de los Ministerios y servicios centralizados, señalando la ley orgánica las disposiciones de común aplicación en la materia, y no limitándose-- a su juicio-- a repetir el escueto propósito que se declara en el artículo 103 de la Constitución. Piensa que, tal vez, ésta es la ocasión de armonizar las disposiciones del proyecto con las pertinentes sobre regionalización. Agrega que, en seguida, debe avanzarse en el proceso de regionalización mediante el establecimiento de servicios funcional y territorialmente descentralizados, contemplando también aquí las normas de común aplicación que desarrollen el principio presente en la Constitución. Al respecto, destaca, una vez más, que no le parece suficiente que la ley orgánica se limite a reproducir las buenas intenciones expresadas en el artículo 3° de la Carta Fundamental. Señala, por último, que debe ser ampliamente permitida la delegación de atribuciones-- concepto distinto de los de desconcentración y descentralización-- y el procedimiento para practicarla, estableciendo sólo la responsabilidad del delegatario, dejando a salvo, obviamente, lo propio del delegante en caso de negligencia en el cumplimiento de sus deberes de dirección y fiscalización, entre otros.

Propone como tercer criterio el reconocimiento y desarrollo del principio de legalidad, especialmente enfocado en relación con la discrecionalidad administrativa. Se declara partidario de una delimitación drástica de dicha discrecionalidad, como asimismo de la eliminación de las facultades jurisdiccionales en manos de la Adminis-

tración Pública. Da especial relevancia a la posibilidad de proscribir las atribuciones jurisdiccionales y el ejercicio de potestades sancionatorias o punitivas respecto de los administrados por parte de la Administración Pública, a menos que ellas se encuentren encuadradas dentro del más amplio reconocimiento de la igual protección de los derechos y del debido proceso legal. En este aspecto, se declara a favor de la heterotutela y no de la autotutela administrativa, sin perjuicio del rol específico que para otros efectos, reconoce a la fiscalización y a la supervigilancia.

El cuarto criterio lo constituiría, a su juicio, el reconocimiento y elaboración concreta aunque sumaria del principio de competencia en su triple aspecto: territorial, material y gradual.

Añade que ese punto le permite avanzar hacia un quinto criterio que sería el establecimiento de una nomenclatura uniforme y de general aplicación en la división interna de los Ministerios, Subsecretarías y servicios en general, como asimismo en las denominaciones respectivas. Señala que la ley orgánica constitucional que se estudia proporciona una gran oportunidad para sistematizar la, a su juicio, caótica e imprecisa terminología otra existente en la materia, la que, por desgracia, en alguna medida, ha sido nuevamente reintroducida en la Nueva Constitución, específicamente en su artículo 62 inciso cuarto, números 2°, 3° y 4°. Pone como ejemplos aquellos entes denominados fiscales, semifiscales y de administración autónoma, cuya identificación nunca ha sido claramente perfilada ni por la jurisprudencia ni por la doctrina, con las consecuencias que tal ambigüedad conlleva.

El quinto criterio es, en su opinión, la exclusión en la ley que está estudiando la Comisión de la normativa referente a órganos creados por la propia Constitución y que han de ser regulados mediante sus respectivas leyes orgánicas. Tal sucede con la Contraloría General de la República, el Banco Central y las Municipalidades. Apunta que, en todo caso, sería necesario coordinar las disposiciones de la ley orgánica sobre las bases de la Administración Pública con las correspondientes a los demás cuerpos legales que se dicten para los órganos mencionados.

Considera que el sexto criterio matriz en la configuración de las bases de la Administración Pública es el relativo a la regulación del ámbito de la fiscalización y de la supervigilancia, precisando el campo de la Contraloría General de la República, el que, aparentemente y según las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Constitución, se pretendió circunscribir sólo a la Administración centralizada, de tal forma que las leyes respectivas fueran indicando, en cada situación, la extensión o no de ella a la administración descentralizada. Añade que, asimismo, debe regularse en lo esencial el ámbito y ejercicio de la fiscalización interna de la Administración, vale decir, los problemas de subordinación y de supervigilancia o tutela.

Por último, estima que el séptimo de los criterios matrices que desea sugerir es el cumplimiento del principio constitucional que ordena reconocer la subsidiariedad del Estado, precisando las ocasiones y procedimientos que permitan realmente llevar a cabo ese principio, dando carácter prioritario al aspecto social y subsidiario al estatal, en la realización de tareas que no sean de suyo inherentes al Estado, o que éste no pueda efectuar en los términos que, sobre base objetiva y con antelación acreditada, señalen las leyes.

Expresa que el inciso segundo del artículo 38 contempla otras cuatro materias, a las cuales se referirá en forma muy escueta por suponer que ya han sido debidamente examinadas ante y por la Comisión, como asimismo, en razón de que inciden estrictamente en el ámbito administrativo, el cual prefiere reservar a los especialistas en la materia.

Indica que la primera de tales materias es la referente a la carrera funcionaria, a la cual se referirá en conjunto con los principios de carácter técnico y profesional en que debe cimentarse. Aclara que las palabras que vertirá no tienen aplicación en el caso de los cargos de exclusiva confianza y libre designación del Presidente de la República. A su juicio, la carrera funcionaria debe estar basada principalmente en el mérito, objetivamente evaluado mediante calificaciones periódicas; ha de ser reconocido el derecho a ascender y la propiedad del ejercicio de la función, mas no del cargo, respecto de los funcionarios que observen buen comportamiento o idóneo desempeño en sus funciones. Atribuye, por ende, suma importancia, a la estabilidad de los funcionarios en las tareas que sirven. Manifiesta que la completa prescindencia política en todos los cuadros y jerarquías de la Administración Pública y la devoción leal al servicio y al país, deben ser reconocidas y reguladas, dando lugar, en el caso de incumplimiento, a las correspondientes sanciones.

Opina que la igualdad de oportunidades en cuanto al ingreso a la Administración Pública podría extenderse a los ascensos y al nivel de remuneraciones de quienes no pueden ser promovidos, a pesar de su comportamiento funcionario meritorio. Añade que esta igualdad debe asegurarse mediante concursos públicos, ya sean nacionales, sectoriales o específicos, considerando el derecho a reclamar por vicios antes la Contraloría o los órganos jurisdiccionales del caso.



blicos, cualquiera que sea su jerarquía, el ejercicio de estas potestades que son tan peligrosas, especialmente cuando no están severamente controladas por un órgano independiente.

Reconoce que la evolución del Derecho Público en este sentido se ha orientado, lamentablemente, por lo que se ha denominado la "despenalización" de las leyes y la "administrativización" de las sanciones, pero lo que a su juicio debe hacerse - y ruega a la Comisión preocuparse al respecto - es encontrar una fórmula que salvaguarde el ejercicio de los derechos y no los deje entregados a la discrecionalidad - en este caso, punitiva - de la Administración.

Señala que no se trata simplemente de un problema político y que la voluntad del constituyente de 1980 es clara en el sentido de impedir el ejercicio de facultades punitivas o sancionatorias por la Administración. Agrega que en apoyo de su tesis no sólo existen razones doctrinarias y de principios jurídicos de universal validez, sino que, además, la historia fidedigna de la Carta Fundamental vigente, en la cual se aprecia de manera clara que en las diversas oportunidades en que se planteó este problema - lamentablemente, no hubo acuerdo formal y definitivo en este sentido -, el criterio unánime de la Comisión fue el de que, cuando la Administración pretendiera llevar a cabo facultades sancionatorias o punitivas, debería limitarse a proponerlas o sugerirlas al órgano jurisdiccional competente, reconociendo, en forma inconcusa, que correspondía a este último el ejercicio pleno y exclusivo de dicha facultad.

Declara que está consciente de que, por supuesto, de este planteamiento cabe excluir, hasta donde sea procedente, el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria interna de cada servicio, caso en el cual, sin embargo, siempre debe quedar abierta la posibilidad de reclamación, ya sea mediante el recurso jerárquico o de otra manera, ante la autoridad jurisdiccional o administrativa correspondiente.

El señor FERNANDEZ (Presidente) agradece al señor Cea su exposición, que califica de muy interesante, y le expresa que en una próxima oportunidad, a medida que avance la labor de la Comisión, sería grato contar de nuevo con su presencia y con su aporte.

Se levanta la sesión.

SERGIO FERNANDEZ FERNANDEZ  
Presidente

RAFAEL LARRAIN CRUZ  
Secretario