

## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY ORGANICA CONSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO.

Prof.: Manuel Daniel A.

### INTRODUCCION

#### 1.- Importancia de una regulación básica.

Toda reforma administrativa tiende a hacer de la administración un instrumento eficaz en la consecución de los fines que le son propios, y los principios que la sustentan se relacionan fundamentalmente con la organización, el proceso de su funcionamiento y el personal. Pero, obviamente, hay que partir con una concepción básica sobre los órganos o servicios que configuran la Administración Pública, proyectando una sistematización fundamental que conduzca a una coordinación adecuada y a la mayor fluidez en su actividad. Todo ello, en un régimen de derecho, debe ser objeto de una normativa legal de aplicación general.

Desde hace años se había intentado en Chile someter la organización de la Administración del Estado a una regulación general y básica. Se tenía presente para ello, entre otros factores, que el crecimiento de los servicios públicos se producía inorgánicamente o "por agregación"; que el Estado participaba en empresas o entidades regidas por el ordena-

miento común, distantes por eso, muchas veces, de la tui-  
ción de los órganos supremos de gobierno y administración;  
y que la terminología empleada para nominar a los servicios  
que se creaban no respondía a ningún criterio rector, con  
lo que se contribuía así al confusionismo en la caracteriza-  
ción de los mismos, pues, con nombres distintos, se les so-  
metía también a regímenes diversos en materia, verbigracia, de pro-  
cedimientos y de administración de personal, no obstante  
constituir órganos con caracteres semejantes, si no iguales,  
"Instituciones", "instituciones autónomas", "instituciones  
semifiscales", "instituciones fiscales de administración autó-  
noma", "corporaciones de derecho público", "empresas fis-  
cales", "empresas del Estado", "empresas públicas", son,  
entre otras, algunas denominaciones de la frondosa nomen-  
clatura a que nos referimos.

## 2.- El mandato constitucional.

Lo que acaba de expresar ha sido, ciertamente, ponderado  
por el constituyente, que introdujo en el capítulo IV de la  
Constitución en vigencia, que trata del "Gobierno", luego  
de los párrafos relativos al Presidente de la República y a  
los "Ministros de Estado", el que titula "Bases generales de  
la Administración del Estado", cuyo único artículo - el 38 -  
se refiere a esta materia en los siguientes términos: "Una  
ley orgánica constitucional determinará la organización bási-  
ca de la Administración Pública, garantizará la carrera fun-  
cionaria y los principios de carácter técnico y profesional  
en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de  
oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el  
perfeccionamiento de sus integrantes". (inciso 1°).

Puede decirse, pues, que son las materias sobre las que de-  
be recaer según ese precepto, la ley orgánica constitucional  
a que se remite; la organización básica de la Administración  
Pública y los principios que garanticen la carrera funciona-  
ria. La igualdad de oportunidades de ingreso a ésta y la  
capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes -  
que se indican en la disposición - forman también parte de  
los principios inherentes a la carrera que se debe garanti-  
zar.

## 3.- Naturaleza jurídica de la regulación.

Es preciso dejar en claro, desde luego, que la regulación de  
que se trata, aun cuando facilitará la aplicación de las nor-  
mas de carácter técnico que miran a la eficacia o eficiencia  
de toda organización administrativa, es eminentemente jurídi-

ca, esto es, tiende a establecer, en una ley general y orgánica, los poderes jurídicos "de acción" que el ordenamiento otorga a la Administración cuando da forma al complejo de organismos por medio de los cuales debe desempeñar la función que le es propia. Lo dicho es, por cierto, sin perjuicio de que el derecho transforme en normas obligatorias determinados principios enunciados científica o técnicamente para el mejor desempeño de los órganos públicos (lo que ocurrirá especialmente en cuanto se refiere a la carrera funcional), y, además sin perjuicio de que el plano básico de organización, según se dirá, pueda, en cierto grado, alcanzar a una normativa de relación.

## I.- AMBITO Y LIMITES DE LA LEY ORGANICA CONSTITUCIONAL BASICA.

### 1.- Ley de organización "básica".-

Debe tenerse presente, en primer término, que el art. 38 de la Constitución se refiere a la determinación básica de la Administración Pública. Es éste un concepto que no puede ser dejado de lado. La ley no puede incursionar en un desarrollo amplio de las estructuras y además elementos de organización administrativa, porque básico es, semánticamente, lo que sustenta o es el apoyo fundamental de una cosa.

Son, pues, los cimientos en que estriarán los elementos orgánicos de la Administración los que deben ser establecidos en esta ley. El ejercicio de las potestades legislativas ordinaria y reglamentaria, en sus respectivos dominios, completarán el edificio.

### 2.- Relación entre la ley orgánica constitucional y la ley común.

Lo dicho replantea aquí el problema de la relación entre el dominio de la ley orgánica constitucional y la ley ordinaria, al que nos hemos referido en otra oportunidad (véase nuestro "Las leyes orgánicas constitucionales y la indelegabilidad", Gaceta Jurídica N° 37).

Como es sabido, las leyes orgánicas constitucionales versan sobre materias que expresamente la Constitución determina, dada la importancia que les atribuye; requieren un quorum muy alto para su aprobación, modificación o derogación, y están sometidas al control del Tribunal

Constitucional. Fundamentalmente, la diferencia entre una ley de esta clase y una ley común viene dada por el ámbito de competencia material que la Constitución ha establecido para una y otra. No sería admisible, por tanto, que por la vía de una ley orgánica se aborda una materia de ley ordinaria, ni viceversa, ya que, aparte de incurrirse así en el vicio de inconstitucionalidad, en el primer caso se estaría rigidizando lo que debiera tener mayor estabilidad. Consecuencialmente, no se podría delegar en una ley común una materia que es propia de una ley orgánica constitucional, ni una ley de esta especie podría "avocarse" - si pudiere hablarse así - materias de la ley ordinaria. Otra cosa es que la ley orgánica constitucional se remita a una ley común para que ésta desarrolle, dentro de su propio ámbito, algunas normas generales. Pero la línea de demarcación no se descubre tan llanamente y la tarea de desentrañarla no es igual en todos los casos.

Sin embargo, en una ley sobre organización básica de la Administración Pública puede haber un radio de acción normativo muy amplio, mirada esta extensión desde un punto de vista horizontal, por así decirlo, que abarcaría todos los tópicos que fundamenten la organización administrativa del Estado: su estructura, la acción que ejercerán sus órganos, el procedimiento a que se someterán, el personal, etc.; pero en lo profundo o vertical, las normas de esta ley, en cada uno de esos tópicos, no podrán ser sino básicas y generales. Así, regulará la organización y estructura superior y común de los ministerios, pero dejará para una ley común la que concierne a cada uno de ellos; podrá establecer una normativa básica sobre acción y procedimientos administrativos; formulará los principios generales del personal, pero será la ley estatutaria común la que regule en toda su amplitud la relación de empleo entre Administración y funcionario.

Estos criterios han debido de ser ponderados por la ley respectiva.

### 3.- Ambito orgánico o subjetivo de la ley orgánica constitucional.

La Constitución no define lo que es Administración del Estado, ni tampoco lo que es Administración Pública, términos que son empleados por ella ambigua y confu-

samente. No obstante, al menos en cuanto a la materia específica que nos interesa, creemos que hay elementos que conducen indubitablemente a una conclusión. En el párrafo correspondiente del Capítulo IV, sobre Gobierno, la denominación que se emplea es la de "Bases generales de la Administración del Estado"; y el art. 38, que es la única disposición del párrafo, se refiere a la ley orgánica que determinará "la organización básica de la Administración Pública". No hay en ello contradicción de términos; por la inversa, el constituyente se ha valido de términos que entiende sinónimos. Las bases generales a que se refiere la denominación del párrafo deben constituir la organización básica a que se remite el art. 38. La Administración del Estado es la Administración Pública y lo es en el sentido opuesto al de administración privada, que es la que realizan los particulares y no el Estado. Todos los órganos que la constituyen, en cuya cúspide se encuentra el Presidente de la República conforme al art. 24 de la Constitución, y que pueden ser, al tenor del art. 3 de la misma, centralizados y territorial y funcionalmente descentralizados, han de quedar sujetos a esta normativa básica, cualesquiera que fueren sus características propias, sin perjuicio de que algunos de ellos, por su especial naturaleza, se rijan también por estatutos o reglas específicas.

Toda exclusión que se intentare a este respecto resultaría ser arbitraria: ¿por qué, y cuáles, algunos solamente habrían de ser Administración Pública y no Administración del Estado? ¿Cuál sería el criterio para apartar a algunos órganos de la ley orgánica constitucional básica?.

Por lo demás, entendiéndolo así, como sinónimo y en sentido amplio, los términos de Administración Pública y Administración del Estado, es como se cumple precisamente el propósito que se ha tenido en vista por el constituyente al ordenar la dictación de una ley orgánica constitucional sobre la materia, pues no hay otra forma de obtener que en sus líneas matrices, toda la Administración quede regulada por una ley única que la ordene y sistematice.

Ha de encontrarse expresado este criterio por el legislador.

#### 4.- Contenido material de la ley Orgánica.

En cuanto a esta materia y a su ordenación, expresaremos aquí, brevemente, los lineamientos que sugerimos o aceptamos en los estudios y proyectos en que nos ha tocado participar, en diversas épocas, en orden a la proposición de una ley básica. Así como sobre la puntualización precedente, será posible verificar si ellos son recogidos, y en qué medida, por la ley recientemente promulgada, al referirnos más adelante a este texto legal.

4.1.- Principios Generales.- Creemos de suma importancia que una ley como ésta se inicie con la formulación de ciertos principios generales que deben siempre informar u orientar a toda Administración, tanto orgánica como en lo funcional, en un Estado de Derecho, algunos de los cuales se encuentran positivados en la Constitución, pero que la ley no podría menos que reafirmarlos en su pórtico de entrada. Ello permite, sin duda, una mejor comprensión e interpretación de sus términos, los cuales, en más o menos grado, tendrán que ser la expresión de aquellos postulados. Porque - se ha dicho bien - "violiar un principio es mucho más grave que transgredir una norma. La desobediencia al principio implica ofensa no sólo a un específico mandamiento obligatorio sino a todo el ordenamiento". "Es echar por tierra las vigas que lo sustentan y derribar toda la estructura en ellas sostenida". (Bandeira de Mello, Antonio, Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial, en Anuario de Dro. Administrativo I, U.CH.).

Así se formulará el principio de la unidad, según el cual ha de haber un centro unitario hacia el que converjan, y con el que se coordinen, los variados y múltiples órganos administrativos; centro unitario que es el Presidente de la República en nuestro ordenamiento y del cual jerárquicamente dependen o se relacionan con él por la supervigilancia los servicios públicos.

Así también, el principio de la legalidad de la Administración, relacionada con la juridicidad de todos los órganos públicos, y el consecuencial derecho a la justicia si las potestades se ejercen irregularmente, deberían ser enunciados formalmente.

Del mismo modo, la responsabilidad del Estado por los daños que produzcan los órganos administrativos en sus funciones, sin perjuicio de las que pudieren afectar al funcionario autor directo del daño, es un principio que corresponde reconocer en esta normativa.

Y no debería faltar la consagración del valor de la eficiencia como fundamentalmente en el funcionamiento de la Administración, supuesto que sin ella no se cumplen cabalmente los fines que el ordenamiento jurídico le impone.

- 4.2. Estructura general de la Administración.- El diseño de esta estructura general es indispensable, sin llegar, por cierto, a un desarrollo pormenorizado, que excedería el ámbito de esta ley. Partiendo del centro unitario - Presidente de la República - ha de expresarse que éste ejerce la Administración por intermedio de los ministerios y demás órganos o servicios públicos que la ley común cree para el cumplimiento de la función administrativa. Aunque los ministros, en los términos de la Constitución, son "colaboradores" del Presidente de la República y en tal sentido expresan la voluntad presidencial, no puede desconocerse que a cargo de ellos existirá, como realmente existe, una organización administrativa o "ministerio".

El esquema general contendrá la gran división de los órganos o servicios públicos, que tiene fundamento constitucional, en centralizados y descentralizados, y éstos, en funcional y territorialmente descentralizados; pero además, y a fin de evitar en lo posible la multiplicidad de regímenes y denominaciones, la normativa debería descender un tramo más y disponer que, cualquiera que fuese el órgano descentralizado funcionalmente, se encuadraría o en el rubro de las "instituciones" o en el rubro de las "empresas del Estado".

La dependencia jerárquica del Presidente, el actuar bajo la personalidad jurídica del Fisco y con los recursos y bienes fiscales, caracterizan a los servicios centralizados. Los descentralizados, en cambio, se distinguen por estar vinculados al Presidente por la relación de supervigilancia y no

por la jerarquía, con los poderes que sobre sus actos o sobre sus agentes la ley señale en cada caso, y por estar dotados de personalidad jurídica y de patrimonio propios en virtud de la ley.

En los planos regional y provincial, la Administración la ejerce el Presidente de la República por medio de los Intendentes y Gobernadores, y la administración local de las comunas o agrupación de comunas reside en las municipalidades, que son servicios territorialmente descentralizados y que se rigen por la ley orgánica constitucional respectiva, conforme al art. 107 de la Constitución Política. Debería señalarse así en el esquema general.

- 4.3. Ministerios. Especialmente deberán ser establecidas las normas fundamentales que corresponden a la organización de los ministerios, en cuanto son los órganos de administración que, conducidos por los ministros en su calidad de colaboradores del Presidente y de acuerdo con las políticas formuladas por éste, tiene competencia sectorial respecto de toda la administración radicada en el Presidente de la República.

A los ministerios, en general, ha de corresponderles el estudio y proposición de las políticas, planes, programas y proyectos relativos al sector de su competencia, y la elaboración de las normas que aseguren su cumplimiento, así como la evaluación y control de la ejecución de los mismos, pudiendo excepcionalmente actuar también como órganos de ejecución.

Habrá también normas sobre las subsecretarías y los subsecretarios como colaboradores inmediatos del ministro, y, básicamente, sobre la desconcentración en las secretarías regionales ministeriales.

- 4.4. Servicios públicos. Hay que entender el servicio público como un órgano de ejecución, destinado a llevar a la práctica las políticas, órdenes, instrucciones y normas dictadas por el Presidente de la República. Son órganos operativos sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente, por intermedio de los ministerios, según sean centralizados o descentralizados. Pero la ley orgánica establecerá las normas generales que posibiliten la desconcentración (radicación exclusiva de competencia en determinadas materias, margi-

nándose en éstas de la jerarquía) de los servicios pertenecientes a una misma persona jurídica, desconcentración que podrá ser territorial (direcciones generales), funcional y aún patrimonial (asignación de bienes o recursos para su administración directa); además, las normas generales que se refieran a los siguientes aspectos: la potestad reglamentaria de los servicios descentralizados; la representación judicial y extrajudicial del Estado, normalmente radicada, en cuanto al órgano respectivo en los jefes superiores de los servicios descentralizados, pero que en determinados casos podría conferir la ley a los servicios centralizados; y las bases o condiciones sobre las cuales pueda ser permitida la delegación de funciones.

- 4.5 Empresas del Estado. Estas empresas, que son las que la ley crea para que llenen cometidos o realicen actividades industriales o comerciales, son, en realidad, servicios públicos descentralizados funcionalmente y constituyen, como ya se dijo, uno de los dos grandes rubros en que deberían subdividirse tales servicios; el otro lo forman las instituciones autónomas. Las empresas se distinguen precisamente porque, mediante ellas, el Estado produce bienes o presta servicios a cambio de precios o tarifas; y, según el art. 19, N° 21, de la Constitución vigente, sólo podrán ser creadas por una ley de quorum calificado, y sus actividades estarán sometidas a la legislación común, sin perjuicio de las excepciones que, por una ley de igual calificación, pueden ser establecidas.

Se ha pensado, no sin fundamento, y así fue propuesto en algunas instancias de estudio sobre la materia, que, sin sustraer a estas empresas del régimen común de la gestión empresarial, la normativa orgánica constitucional debería diseñar un sistema general de administración que les correspondería como empresas estatales y servicios públicos que son, para evitar la diversidad y anarquía en sus regímenes que conspiran contra la eficiencia de la Administración Pública; sistema que, entre otros elementos, se basaría en la existencia de un directorio cuyos miembros serían de la confianza del Presidente de la República. El asunto es controvertible, pues en contrario se puede argüir que siendo muy diverso el cometido de cada empresa, no convendría rigidizar el sistema de su dirección y administración, que se dejaría al legislador respectivo.

- 4.6 Administración regional y provincial. En esta parte tendría que consignarse, en forma muy general, los aspectos que se contienen en la Constitución, complementándolos en cuanto

fuere necesario para su mejor aplicación, y todo ello para no omitir, en una ley orgánica constitucional sobre la Administración del Estado, que debe dar una visión global de la misma, las bases de la administración en sus niveles regional y provincial.

- 4.7 Relaciones entre la Administración del Estado y las entidades en que éste participa. Parece indispensable, y así fue recomendado en las instancias a que nos hemos ya referido, que la ley orgánica contenga normas muy breves, pero básicas, en el sentido regular las relaciones que la Administración del Estado ha de mantener con las empresas o entidades que conforman lo que se ha podido denominar "Administración Invisible", esto es, organizaciones que no pertenecen a la Administración del Estado, pero en donde éste participa en capital o representación, atendidos los fines, ligados al interés público, que tales entidades o empresas cumplen.

Por intermedio de la Corporación de Fomento de la Producción en especial, se ha producido en Chile tal fenómeno, pues han surgido empresas como ENDESA (Empresa Nacional de Electricidad S.A.) y muchas otras que no se han creado directamente por la ley, pero en las que el Estado tiene participación, cumpliéndose así cometidos de alto interés nacional. Son regidas, sin embargo, por el derecho común.

Algunas han dado, a su vez, origen a otras y así se diluye - como en el caso de los parientes lejanos - el vínculo con el Gobierno y Administración.

Es cierto que tales entidades no están, ni convendría que lo estuvieran, enmarcadas en los cuadros de la Administración Orgánica del Estado, pero sería imposible negar toda relación entre aquéllas y ésta, cuando hay capitales y por lo tanto, fondos públicos comprometidos en su gestión o tienen representantes estatales o concurren ambos elementos a la vez. Por lo demás, cuando la participación del Estado es al menos igual a la de los privados, el control sobre ellas en aspectos importantes se realiza por la Contraloría General de la República (art. 16, inc. 2º, Ley 10.336).

Por todo ello, y dejándose claramente establecido que las instituciones a que nos estamos refiriendo no integran la estructu

tura de la Administración ni son por lo tanto servicios públicos, una ley orgánica constitucional básica sobre esta Administración no podría eludir una regulación acerca de la relación que existe, y debiera normarse, entre aquella realidad y la Administración del Estado.

Cabría disponer, así, que el Presidente de la República, los ministros o los jefes superiores de servicio, en su caso, transmitieran sus instrucciones sobre la actuación que habría de corresponderles, a los directores de su designación, los que se someterían a un sistema de obediencia reflexiva; su incumplimiento, sin embargo, no afectaría la validez de los acuerdos, actos o contratos emitidos o celebrados, sin perjuicio de las responsabilidades procedentes. Así también, sería del caso ordenar que las empresas o entidades con participación al menos igual a la del Estado en la propiedad o control de su gestión, estuvieran impedidas de constituir o participar en otras de la misma índole; y que, cualquiera que fuere la participación estatal en ellas, no tuvieran ni pudieran ejercer potestades públicas, que son propias del atributo del poder que sólo corresponde al Estado.

#### 5.- Normas básicas sobre actividad de la Administración del Estado.

Aún cuando deberá existir en Chile una ley sobre procedimientos administrativos, una ley orgánica como la que nos ocupa, dentro del ámbito amplio de organización básica a que nos referimos antes (I.2), tendría que formular algunas reglas mínimas pero fundamentales sobre la actividad de la Administración, especialmente relacionadas con la certeza y transparencia de las actuaciones administrativas y la protección del patrimonio de los particulares.

Estas normas recaerían sobre las siguientes materias: a) uniformidad de los actos decisorios (decretos supremos y resoluciones); b) obligación y forma de dar conocimiento de los actos administrativos; c) la impugnabilidad de éstos por las vías administrativas y jurisdiccional o contenciosa, y la necesidad de su fundamentación en ciertos casos; d) la irrevocabilidad de los actos cuando haya derechos patrimoniales incorporados; e) la no invalidación de los que tengan efectos particulares, sin previa audiencia del afectado.

#### 6.- Normas básicas sobre carrera funcionaria.

Al respecto, recordamos que al dar nuestra opinión, en cuanto profesor de Derecho Administrativo, requerida por la Comisión

encargada del estudio sobre la materia, sugerimos, en esta parte, un conjunto de disposiciones que, casi sin modificaciones, fueron incluidas en el proyecto que dicha Comisión propuso. Aunque se garantiza en ellas la vigencia de los principios de carrera funcionaria - que es la exigencia constitucional - se procura no descender al dominio propio del estatuto administrativo que es una ley común y que deberá tener mayor flexibilidad.

Las normas generales sugeridas y aceptadas recaen sobre lo siguiente: a) el sistema de carrera protegerá la dignidad de la función y guardará conformidad con su carácter profesional y jerarquizado; ponderará el mérito, la idoneidad y la justicia en los procesos de selección e ingreso, en el desempeño, calificación, permanencia, promoción y capacitación del personal; b) se garantizará que la selección para el ingreso, que se hará por concurso público, obedecerá a procedimientos técnicos y objetivos sobre idoneidad; c) asimismo, se garantizará la estabilidad en el empleo: sólo se podrá cesar en él propia voluntad del empleado o por otra causa legal basada en el desempeño deficiente, en la pérdida de requisitos para ejercer la función, en el incumplimiento de sus obligaciones o en la supresión del empleo, salvo en los cargos de confianza exclusiva del Presidente de la República o del jefe del servicio; pero éstos deben ser la excepción y calificarse así por su descripción, según su importancia, naturaleza o jerarquía, tratándose siempre de empleo específicos; c) las promociones se harán por ascenso o previo concurso, pero mediante procedimientos técnicos y objetivos; d) la calificación del desempeño se hará según técnicas que aseguren su objetividad, fidelidad e imparcialidad (hoja de vida, entre otros); e) los funcionarios estarán sujetos a responsabilidad civil, penal y administrativa; la potestad disciplinaria se ejercerá según un debido procedimiento; f) los funcionarios tendrán derecho a reclamar de las decisiones de la autoridad que les afecten en su carrera; g) la capacitación se hará según programas nacionales y regionales y el sistema se coordinará con los diversos niveles de enseñanza y el desempeño de los empleos; habrá cursos de capacitación en los servicios y se contemplarán fondos en sus presupuestos y becas para los funcionarios; los programas podrán convenirse como instituciones públicas y privadas.

## II.- LA LEY N° 18.575, PUBLICADA EL 5 DE DICIEMBRE DE 1986.

### 1.- Observaciones generales.-

Cuando expusimos los criterios recién indicados, que ahora hemos escrito, en las XVII Jornadas de Derecho Público celebradas en Valparaíso, no había sido aún publicada la ley

orgánica constitucional sobre bases de la Administración del Estado, que da cumplimiento al art. 38 de la Constitución vigente y que lleva el N° 18.575.

En una visión global de este texto, debe decirse que, aún cuando se han omitido algunas, en general son tratadas en él las materias que hemos aquí puntualizado como propias de una ley de esta especie. No se ha seguido, en la regulación del contenido, el esquema que hemos aquí reseñado, lo que, a nuestro juicio, habría contribuido a la mejor ordenación y claridad de los preceptos. Se ha preferido otra clasificación más simple, en normas generales y normas especiales, no siempre fácil de distinguir y que puede dar origen a repeticiones innecesarias, como en efecto se producen, dificultando a veces su interpretación.

Las normas generales comprenden variadas materias: principios; disposiciones estatutarias, sobre actividad administrativa y aún sobre carrera funcionaria; normas especiales, a su vez, comprenden un párrafo sobre organización y funcionamiento (ministerios, servicios públicos, administración regional y provincial), y un párrafo sobre carrera funcionaria.

Conviene, sin embargo, analizarlas, muy brevemente, desde el ángulo de la puntualización que aquí hemos seguido.

## 2.- Relación entre ley orgánica constitucional y la ley común.

En general, la ley se mantiene en su ámbito propio, sin invadir el campo de la ley ordinaria; sin embargo, en aspectos estatutarios, se llega en algunos casos a esta incursión, con lo cual ciertas materias que han estado siempre en el estatuto administrativo quedarán ahora rigidizadas en cuanto a su modificación. En efecto, no obstante que el artículo 12 remite a las normas estatutarias que establezca la ley (común), para la regulación del ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad y la cesación de funciones, el régimen de las comisiones de servicio queda regulado en el art. 48, aunque - debe reconocerse - en beneficio de los funcionarios. Ocurre otro tanto con el art. 7°, que se ocupa establecer el deber de los funcionarios de cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el servicio y de "obedecer las ordenes que les imparta el superior jerárquico". Como la obligación de obediencia se encuentra regulada en el estatuto administrativo, que ha consagrado el sis-

tema de obediencia reflexiva que no concuerda con el de acatar, sin distinguir, las órdenes del superior, cabría preguntarse ahora subsiste o no el sistema del estatuto.

### 3.- Ambito subjetivo u orgánico.

La ley prescinde del término "Administración Pública" y se vale sólo del término "Administración del Estado", al que le otorga una acepción amplia, comprensiva de todos los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Es, desde luego, un avance de importancia, aún cuando habría sido útil una declaración expresa en el sentido de que ambos términos son sinónimos.

Pero sobre el art. 1º de la ley, que es el que se refiere a este concepto, cabe señalar ciertas desarmonías e imperfecciones.

Luego que el inciso 1º reafirma el principio de que el Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado por intermedio de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes (no dice por intermedio sino "con la colaboración de", lo que no es muy exacto). el inciso 2º agrega que la Administración del Estado estará constituida por los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las FF.AA., las FF. de Orden y Seguridad Pública, las municipalidades y las empresas públicas creadas por ley".

La mención expresa de los ministerios puede justificarse, puesto que por su intermedio se relacionan todos los órganos administrativos con el Presidente de la República. Pero las intendencias y gobernaciones por importantes que sean, constituyen también órganos públicos de administración y, sin embargo, aparecen en el texto como opuesto conceptualmente a los demás.

En cuanto a la inclusión expresa de algunos organismos como integrantes de la Administración del Estado, debe señalarse que la de la Contraloría General de la República no es conciliable con el capítulo IX de la Constitución, que la configura como un órgano autónomo y superior de fiscalización de toda aquella Administración y por ende separado de la jerarquía y de la supervigilancia del Presidente de la

República. No pertenece, por lo tanto, a la Administración que el art. 24 de la Constitución radica en el Jefe del Estado.

Si, por otra parte, se dice que la Administración está constituida por los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, no resulta explicable y aún induce a confusión incluir expresamente - fuera de la Contraloría General - a los que en el inciso 2º así se mencionan, ya que todos ellos son servicios públicos a la luz de la definición que precisamente da al respecto el art. 25 de la ley.

Estas observaciones cobran todavía mayor validez si se atiende a la extensión restringida que la ley otorga a su título II sobre normas especiales, que versan precisamente sobre la organización básica de la Administración y su funcionamiento, y sobre la carrera funcionaria.

Se dice, en efecto, en el inciso 2º del art. 18, que las normas de ese título "no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las FF.AA y a las FF. de Orden y Seguridad Pública, a las municipalidades y a las empresas públicas creadas por ley, órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda".

A la Contraloría General - ya se ha dicho - más que excluir la de este título II, la ley no debió considerarla como integrante de la Administración del Estado. Pero las municipalidades, aunque deban quedar regidas por una ley orgánica constitucional especial, y por cierto las FF.AA. y las de Orden y Seguridad, y las empresas públicas creadas por ley, son todos ellos, "servicios públicos", esto es, "órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua" y quedan "sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos ministerios", según textualmente son definidos por el art. 25 de la ley en examen, y son integrantes de la Administración del Estado, conforme al art. 1º. Ni siquiera el Banco Central - pensamos - atendido su carácter administrativo (véase nuestro "La organización administrativa en Chile bases fundamentales", págs. 65 - 66), podría escapar a una normativa básica, sin perjuicio de la configuración especial que le otorga su ley orgánica constitucional.

Ahora bien, es a toda la Administración del Estado a la cual se refiere el párrafo sobre "Bases generales" en el Capítulo IV de la Constitución Política, cuyo art. 38 ordena la dictación de la ley orgánica básica de que aquí se trata. Y en este título II de esta ley se contienen, precisamente, las normas sobre esta materia. De manera que, sin perjuicio de la normativa especial que deba corresponder a determinados órganos o servicios, las que son básicas y por eso generales han de ser aplicables a todos los que integran la Administración del Estado. Lo cual no obstaría a la exclusión de algunos preceptos - que no serán muchos - , si se entendieran incompatibles con la tipicidad de determinados organismos.

#### 4.- Contenido material.

##### 4.1. Principios generales.

La ley recoge los principios orgánicos a que antes nos hemos referido. Respecto del principio de la responsabilidad de los órganos administrativos, conviene, sin embargo, observar que, por una parte, él se encuentra formulado de un modo amplio, en las normas generales, artículo 6º, en concordancia con lo previsto en la Constitución, especialmente en los art. 6º y 7º de la Carta vigente, y, por otra parte, el art. 44 de la ley, dentro de las normas especiales, se refiere específicamente a la responsabilidad de los órganos de la Administración por los daños que causen por falta de servicio.

Habría que entender que ambos preceptos no se oponen sino que se complementan. Si el art. 6º sienta el principio general de que el daño por los órganos en el ejercicio de sus funciones es de responsabilidad de dichos órganos, supuesto que éstos han actuado con infracción de la Constitución o ley, el art. 44 regula especialmente el caso de que haya "falta de servicio", en el que será siempre responsable el órgano administrativo. En ese caso - agrega el art. 44 - el Estado podrá repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal. Si hay falta de servicio, se aplicará el art. 44; si no hay, podría basarse la responsabilidad en el art. 6º. El adverbio "siempre" que figuraba en el proyecto propuesto por la Comisión de Leyes Orgánicas Constitucionales era ilustrativo para el sentido del precepto, pero fue eliminado en la ley.

#### 4.2. Estructura general.

Se diseña en la ley esta estructura de un modo semejante a que aquí se bosquejó; pero no llega a la clasificación de los servicios funcionalmente descentralizados en instituciones y empresas, lo que habría simplificado, sin mengua de su flexibilidad creemos, la concepción de los variados órganos o servicios que conforman el cuadro de la Administración del Estado.

#### 4.3. Ministerios y servicios públicos.

Las normas fundamentales que se dan sobre esta materia son, en general, las que ha debido establecer, a nuestro juicio, la ley orgánica básica y hay algunas, como las que uniforman las denominaciones de los jefes superiores de los servicios y de los niveles superiores, que permitirán, sin duda, desbrozar de nomenclaturas inútiles y facilitar la expedición de los trámites administrativos. Observamos, sin embargo, la omisión de toda referencia y la potestad reglamentaria de los servicios descentralizados, que debe siempre estar limitada al ámbito específico del respectivo servicio.

Acerca de la desconcentración, modalidad cuyas características han sido determinadas en Derecho Administrativo (véase nuestro "Organización administrativa..."), las normas de esta ley son conceptualmente confusas. En efecto, según el inc. 2º del art. 30, "La desconcentración funcional se realizará mediante la radicación por ley de atribuciones en determinados órganos del respectivo servicio", incurriéndose así en error, no sólo sobre la desconcentración sino también sobre la competencia. Porque cuando la ley radica atribuciones en órganos de un servicio no se está desconcentrando; se está fijando competencia. Para que haya desconcentración es necesario que la ley confiera competencia exclusiva en determinadas materias a un órgano que, dentro de la persona jurídica a que pertenece, se encuentra sometido al vínculo jerárquico; de modo que, al desconcentrarse, queda así sustraído, en esas materias, de la jerarquía superior y la decisión administrativa culmina en él. La desconcentración opera más a menudo en los servicios centralizados, dentro de la persona jurídica Fisco. Sin embargo, este precepto, al referirse a "determinados órganos del respectivo servicio", parece entender que sólo habría desconcentración dentro de la persona jurídica de un servicio descentralizado.

Es cierto que el artículo siguiente, el 31, se pone en el caso de que la ley confiera competencia exclusiva a servicios centralizados para la resolución de determinadas materias y sustrae al jefe respectivo, en tal caso, del control jerárquico respecto de esas materias. Pero ocurre que al permitir aquí lo que realmente es desconcentración, lo hace independientemente de lo dicho antes sin siquiera mencionar que se trata de este fenómeno que ha sido conceptualizado de modo diferente y erróneo en el artículo 30, resultando así agravada la confusión.

#### 4.4. Empresas y entidades con participación estatal.

Está dicho que el texto legal considera a las empresas públicas creadas por ley como integrantes de la Administración del Estado, aunque las excluye de las normas básicas del título II sobre organización y carrera funcionaria. Está dicho también que no ha reconocido, al menos directa y expresamente, a estas empresas como especies de servicio funcionalmente descentralizado; pero la ley de su creación, ciertamente, lo hará en cada caso. Ha preferido esta ley orgánica no establecer otras normas que de un modo general regulen el régimen administrativo de estas empresas, seguramente para flexibilizar su funcionamiento.

El art. 6º dispone que el Estado puede participar y tener presentación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice. Esta norma no es más que la aplicación del principio en virtud del cual los órganos públicos sólo pueden actuar competentemente cuando han recibido de la ley una habilitación previa y expresa.

El precepto agrega que si las entidades desarrollan actividades empresariales, la ley deberá ser de quórum calificado. La exigencia viene del Nº 21 del art. 19 de la Constitución vigente y pensamos que la autorización legal deberá producirse en cada caso; lo contrario desnaturizaría el principio constitucional, que concibe al Estado empresario como una excepción calificada.

A todas estas entidades el inciso final del art. 6º prohíbe ejercer (lo que supone que la ley no podrá otorgar) potestades públicas.

Se refiere de este precepto, en el contexto de la ley, que las empresas públicas (en el sentido de que el Estado se halla de algún modo en ellas, o son creadas directamente por ley, como servicios públicos integrantes de la Administración del Estado, con fines industriales y comerciales y con aptitud suficiente para cumplirlos (personalidad jurídica y patrimonio propios) o son ajenas al cuadro orgánico de dicha administración y el Estado participa en ellas mediante aporte de capital o representación.

No hay otra normativa acerca de la "Administración Invisible" llamada así porque es una realidad constituida por entidades en que el Estado, mediante su participación, quiere contribuir a la realización de cometidos de interés público; pero no están "a la vista" como los órganos de la Administración del Estado, porque no pertenecen a ésta y se rigen por el derecho común. Como ya se hizo presente anteriormente, a fin de evitar desviaciones, proliferación incontrolable y carencia de mecanismo de responsabilidad de quienes dirigen tales entidades, habría sido importante y conveniente la introducción en esta ley de ciertas reglas básicas de relación entre ellas y la Administración, como las propuestas aquí en el acápite correspondiente, lo que en ningún caso habría excedido la competencia de una ley orgánica básica de la Administración del Estado.

#### 4.5. Administración regional y provincial.

En esta materia cumple esta ley, ajustándose a la Constitución, con sistematizar y en algún modo desarrollar los preceptos que ésta contiene al respecto, a fin de dar una visión global de la Administración del Estado, de la cual es parte, sin duda, la regional, encabezada por el Intendente y la provincial, encabezada por el Gobernador.

#### 5.- Normas sobre actividad de la Administración

Sobre los actos administrativos, la ley sólo contiene, en las normas generales, el art. 8º, sobre la regla de la iniciativa de la Administración en el cumplimiento de sus funciones y la agilidad y expedición que los órganos deben observar en los trámites o procedimientos; el art. 9º, sobre la impugnabilidad de los actos por las vías administrativas y contencio

sa, y el art. 10, sobre el control jerárquico de eficacia y legalidad que debe ejercerse sobre los subordinados. Lamentablemente ni sobre las limitaciones a la revocabilidad y a la invalidación ni sobre el debido conocimiento de los actos, todo en favor de los derechos de los administrados ni tampoco sobre la forma que deben revestir las decisiones, se establecen normas fundamentales, como habría sido deseable.

#### 6.- Normas sobre carrera funcionaria.

Se han recogido en la ley, en general, los principios que deben asegurar la carrera funcionaria en la Administración. Sin embargo, respecto de los empleos de la exclusiva confianza del Presidente de la República o de la autoridad facultada para hacer el nombramiento, que se vinculan en el principio de la estabilidad en las funciones, cabe formular la siguiente observación:

Sin duda, esos empleos deben ser así calificados por la Constitución o la ley. La Constitución señala algunos específicamente y la ley, al otorgar esa calidad, tendrá que hacerlo también en igual forma. Una calificación genérica sobre todos los empleos de uno o varios servicios sería inconstitucional, porque invertiría el principio de carrera funcionaria, reconocido como regla general por el art. 38 de la Carta, sin perjuicio de que, además, pudiese producirse así una contravención al principio de la igualdad ante la norma legal (art. 19, N° 2 C.P.). (Véase nuestro artículo "El principio de la igualdad ante la ley y la calificación genérica de empleos de la confianza...", G.J. N° 72).

Se echa de menos, pues, en el art. 51, que versa sobre esta materia, una disposición expresa en el sentido de que la ley podrá reconocer, excepcionalmente, la calidad de empleos de la confianza exclusiva a los que específicamente determine, atendida la importancia, naturaleza o jerarquía de las funciones que les corresponden por su descripción.

Desde otro punto de vista, una declaración en tal sentido es propia de la Constitución o de la ley común, que es a la cual se remite, para estos efectos, el N° 12 del art. 32 de Carta. Al establecer, pues, el art. 51 de esta ley orgánica constitucional que sólo los empleos de los dos primeros niveles jerárquicos del respectivo órgano o servicio podrán ser así calificados por la ley ordinaria, se introduce, nos parece, en el ámbito que es propio de esta última. El Tribunal Cons

titucional no reparó, sin embargo, en este aspecto.

Finalmente, no está demás dejar en claro que al entender el citado art. 51 que son empleos de la exclusiva confianza aquellos cuya designación y remoción corresponden al Presidente o a la autoridad respectiva, está uniendo dos conceptos que ahora se entienden separados: el de libre designación y el de libre remoción. Basta que haya libre remoción, actualmente, para que el empleo sea de la exclusiva confianza, aun cuando la designación requiera otras exigencias legales, y puede haber designación libre, pero remoción sujeta a causales estatutarias. Debería entenderse, entonces, que esta ley ha terminado con estas diferencias.

#### 7.- Conclusión.

Dentro del marco de la Constitución vigente, la ley orgánica constitucional de bases generales de la Administración de Estado que hemos comentado escuetamente, a la luz de los criterios expuestos en las XVII Jornadas de Derecho Público, constituye, sin duda, un avance importante en el Derecho Administrativo Chileno, no obstante las omisiones o imperfecciones acotadas, explicables acaso por tratarse de la primera vez que se legisla orgánicamente sobre la materia.

Es de esperar que ella sea seguida, en plazo no demasiado largo, por otras normativas de no menos valor, como serían la ley sobre procedimientos administrativos y la ley sobre el proceso contencioso administrativo.