

ACTAS OFICIALES DE LA COMISION DE ESTUDIO DE LAS LEYES
CONSTITUCIONALES

Sesión 10a., celebrada en Jueves 5 de Mayo de 1983

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

Excusa su inasistencia el señor Francisco Bulnes Ripamonti.

Concurren, especialmente invitados, los profesores de Derecho Administrativo de la U. de Chile señores Manuel Daniel Argandoña y Eduardo Soto Kloss.

Actúa de Secretario el señor Rafael Larraín Cruz.

El señor FERNANDEZ (Presidente) declara, en el nombre de Dios, abierta la sesión.

Anuncia que a la sesión concurren los profesores señores Manuel Daniel Argandoña y Eduardo Soto Kloss, a quienes se les pidió exponer sus puntos de vista acerca de lo que, a juicio de ellos, debería contener un proyecto de ley orgánica constitucional sobre Bases de la Administración Pública, de acuerdo al precepto del artículo 38 de la Constitución Política de la República.

Ofrece la palabra al señor Daniel.

El señor DANIEL agradece la invitación que se le formuló, y expresa que un juicio sobre la materia en estudio implica referirse al límite o deslinde entre la ley orgánica constitucional y la

ley común, cuya solución teórica y práctica es bastante compleja.

Manifiesta que la Carta Fundamental no define la ley orgánica, sino que señala las materias que debe contener; exige requisitos especiales para su aprobación y modificación; prohíbe la delegación de facultades legislativas en el Presidente de la República y la somete al control previo de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, incluyéndola en el ámbito propio de la ley, en el artículo 60, por lo que se deduce que la diferencia entre los dos tipos de normas, más que de jerarquía, es de competencia, con una especie de reserva a la ley orgánica de aspectos institucionales que requieren mayor estabilidad. Concluye que no es indiferente, en consecuencia, que lo orgánico constitucional descienda al terreno de la ley común, porque ello atentaría contra dicha estabilidad; ni que la ley común se introduzca en lo orgánico constitucional, pues al entrar ésta al sistema rígido de modificación establecido para la ley orgánica perdería su flexibilidad. El temor de desbordar el ámbito de lo orgánico constitucional podría conducir a quedarse en el plano de ideas muy generales, confundiendo con la Constitución misma; y el afán de establecer un cuerpo realmente orgánico podría hacer caer en ese desborde.

Expresa que, de acuerdo con el artículo 38 de la Constitución, el contenido de la iniciativa en estudio debería separarse en dos campos: la parte estructural básica de la Administración y la Carrera funcionaria, enfatizando, en este aspecto, en la seguridad que el constituyente quiere que se dé a ella, así como, regular la igualdad de acceso a los empleos públicos y la capacitación de sus funcionarios.

En lo tocante al primer campo, opina que en la Carta Fundamental existe una referencia a lo estructural orgánico, es decir, a que la ley tenga un esquema o diseño del complejo orgánico de la Administración, pero, añade, a su juicio, algunos elementos de esa índole, en todo caso, no podrían estar en ella, como son la relación estatutaria o de empleo, el régimen de bienes públicos y el sistema financiero, pues existe una ley general sobre bienes nacionales y fiscales y, asimismo, una ley sobre Administración Financiera.

Igualmente, observa que algunas materias muy importantes y directamente relacionadas con la Administración Pública no son orgánicas, como ocurre con los procedimientos administrativos y los conflictos de competencia, tramitación de decretos y resoluciones, etcétera.

Considera que la iniciativa debería, partiendo de los principios constitucionales, llegar a una sistematización, en su línea gruesa, de los órganos que componen la Administración, y reafirmar que el centro unitario radica en el Presidente de la República - recuerda que el artículo 24 habla de que le corresponden "el Gobierno y la Administración del Estado" -- y que la actividad del Primer Mandatario en este aspecto es realizada a través de los ministerios y servicios u órganos que la ley crea.

Del mismo modo, debería establecerse, a su juicio, la organización superior de la Administración del Estado, constituida por las entidades asesoras a nivel presidencial, como el Comité Asesor y ODEPLAN, por ejemplo, y los ministerios especialmente, por ser éstos los canales por los que se "sectorializan" todas las materias administrativas y cuyos titulares son los colaboradores inmediatos del Presidente. Expresa que debe enfatizarse el carácter de órgano superior que tienen las Secretarías de Estado y determinarse sus facultades generales, que pueden ser de orientación, dirección, coordinación, normativas y de formulación de políticas. Hace presente que algunas disposiciones tendrían que referirse también a las Subsecretarías. Concluye que, en lo demás, debe quedar el campo abierto para que una ley común desarrolle las atribuciones que se dan a cada ministerio en particular.

Sostiene que otro punto consiste en la estructuración general de los órganos o servicios públicos encargados de ejecutar políticas, planes y programas aprobados en un nivel superior. Advierte que son muy numerosos, de diversa naturaleza, con funciones diferentes y con denominaciones no uniformes.

Dice que la ley orgánica constitucional no puede llegar a una sistematización muy avanzada, porque provocaría rigidez en la Administración, que de por sí es dinámica y evolutiva.

Cree, sin embargo, que las pautas fundamentales deben ser incluidas y que, para fijarlas, podrían emplearse algunos datos o elementos permanentes, como la vinculación que todo órgano debe tener con el Presidente de la República; y la personalidad jurídica, pues como aquél debe administrar, cualquiera que sea la naturaleza del organismo o servicio público, éste tiene que estar relacionado con el Jefe del Estado. Anota que el vínculo puede ser distinto -- de jerarquía o de supervigilancia --, pero reitera que debe existir una relación. Agrega que, por otro lado, como la Administración Pública crea relaciones jurídicas y, por lo tanto, derechos y obligaciones, necesita ser sujeto de Derecho. Recuerda que, en el caso Chileno, esta personalidad jurídica corresponde al Fisco, pero hay organismos que también pueden tenerla.

Estima que esos dos elementos podrían servir de base para hacer una sistematización.

Indica que hay servicios ligados jerárquicamente al Presidente de la República -- llamados centralizados --, que carecen de personalidad jurídica y de patrimonio propio; y otros que, aun cuando no tienen tal dependencia, son supervigilados por él, porque la ley reserva al Primer Mandatario ciertos poderes, no obstante la autonomía otorgada a los organismos denominados descentralizados, que cuentan con personalidad jurídica y patrimonio propio.

Precisa que la descentralización -- como lo pretende el artículo 3° de la Constitución -- puede ser funcional, si se otorga por la función especial atribuida al servicio, como es el caso de la Corfo, o puede ser territorialmente descentralizada, cuando se da en razón del territorio administrado, como sucede con las municipali-

dades. Añade que, desde otro punto de vista, los órganos administrativos podrían ser de administración nacional, regional, provincial o comunal, de acuerdo con la forma en que esté dividido el territorio.

Agrega que las facultades generales de los Jefes superiores deberían ser también señaladas en la ley orgánica constitucional.

Hace presente que se dan otras clasificaciones y subclasificaciones, de acuerdo con la doctrina; pero, a su juicio, las leyes orgánicas constitucionales no deberían sobrepasar las pautas generales mencionadas, a fin de dar mayor libertad a la iniciativa del legislador ordinario en esta materia.

Considera también necesario determinar el ámbito de aplicación de la ley y la terminología respectiva; y explica que, después de una gradual evolución de la jurisprudencia administrativa chilena --recogida incluso por la reforma constitucional de 1970-- , la Administración del Estado podía ser central y descentralizada, con lo cual las expresiones "Administración del Estado" y "Administración Pública" vendrían a ser equivalentes.

Agrega que el epígrafe después del cual figura el artículo 38 de la Constitución de 1980 -- "Bases Generales de la Administración del Estado" -- pareció consagrar nuevamente aquella terminología, pero que, al establecer el mismo precepto que "una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública", se da margen a las siguientes preguntas: ¿son sinónimas las expresiones "Administración del Estado" y "Administración Pública"?, y si no lo son, ¿qué significado tiene cada una de ellas? Pregunta en qué términos se encontrarían las municipalidades y la Contraloría, en el caso de que tales expresiones fueran sinónimas.

Por todo lo anterior, estima conveniente que la ley orgánica respectiva se encargue de precisar dicha materia. Señala que, en un esquema general, podría sostenerse que la expresión "Administración del Estado" abarca todos los órganos administrativos, cual-

quiera que sea su naturaleza; pero debería aclararse, a su juicio, que la Contraloría es administración fiscalizadora, constitucionalmente autónoma, regida por una ley orgánica constitucional especial, y que las municipalidades también están reguladas por una ley especial de este género.

Se declara partidario de tal esquema, pero estima que, en todo caso, es un punto que esta ley deberá precisar.

En cuanto a la carrera funcionaria, puntualiza que es un sistema a la vez técnico y jurídico, donde, mediante procedimientos y organismos especialmente previstos, se pretende que el mérito, la idoneidad, la justicia y la seguridad intervengan en todo el proceso de selección e ingreso del personal, como también en su estabilidad, calificación, desempeño, acceso a cargos superiores y capacitación. Añota que este sistema supone la aceptación de determinados principios y la creación de estructuras, como igualmente clasificar todos los empleos de la Administración.

Estima que, según el artículo 38 de la Constitución, la ley orgánica respectiva debe contener esos principios que orientan la carrera funcionaria, y establecerlos en forma amplia, pero sin incurrir en vaguedades, a fin de que por su intermedio puedan darse todas las opciones que permitan resolver los problemas referentes a la administración de personal. Pone como ejemplo el principio de que a un empleo debe accederse por mérito. Dice al respecto que hay diversos sistemas, como los abiertos, en los cuales cualquiera persona puede ocupar un cargo, con la condición de reunir ciertos requisitos y de presentarse a un concurso. Apunta que, en este caso, no es necesaria la lista de méritos ni las calificaciones. La otra opción - dice - sería el extremo opuesto: una carrera muy cerrada donde los funcionarios ascienden grado tras grado.

Observa que también existen sistemas que combinan tales características, como el implantado por el decreto ley 1.608, de 1976;

y el decreto con fuerza de ley 90, del Ministerio de Hacienda, de 1977, que establece una división en diversos niveles dentro de los cuales se asciende grado tras grado, pero que, para el cambio de nivel, es necesario concursar.

En seguida, da lectura a un documento en el cual resume los principios a que ha hecho referencia, y que dice:

"1. La selección y el ingreso del personal a los empleos de la Administración, así como el progreso dentro de su carrera, que deben estar basados en sus aptitudes y en sus méritos, estarán sujetos a procedimientos técnicos que aseguren su objetividad.

"2. El personal de la Administración Pública debe gozar de estabilidad en el empleo y sólo podrá cesar en él por su voluntad o por otra causa legal, basada en su desempeño deficiente o en el incumplimiento de sus obligaciones. Los empleos de la confianza exclusiva del Presidente de la República son los que la Constitución señala como tales y los que la ley, atendidas la importancia o jerarquía de sus funciones, declare expresamente que tienen esa calidad.

"3. La capacitación sistemática para obtener la formación y los conocimientos necesarios para el desempeño de la función pública es un derecho y un deber de los servidores públicos. El sistema legal deberá propender a la coordinación de los niveles de enseñanza con las exigencias requeridas para los empleos, sin perjuicio de establecer un sistema de capacitación y perfeccionamiento especial para los funcionarios y su relación con las promociones.

"4. A un trabajo igual, desempeñado en circunstancias y condiciones similares, debe corresponder igual remuneración. La falta de promoción por no existir vacantes, no obstante el desempeño satisfactorio, deberá tener una compensación pecuniaria adecuada.

"5. El ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración debe estar sometido a un régimen a la vez justo y ágil

que permita perseguir la responsabilidad administrativa con el debido resguardo del derecho de defensa.

"6. Los servidores del Estado deben tener derecho a reclamar mediante procedimientos formales adecuados de las decisiones de la autoridad administrativa que les afecten.

"7. La administración del personal debe realizarse mediante procedimientos técnicos y por los órganos especializados que, para este efecto, se creen.

"8. La vigencia de un sistema técnico de remuneraciones y de un sistema, igualmente técnico, de clasificación y evaluación de empleos del personal de la Administración Pública, debe ser el presupuesto básico para la aplicación de los principios recientemente enunciados".

El señor FERNANDEZ (Presidente) agradece al señor Daniel su intervención, y cede la palabra al señor Soto Kloss.

El señor SOTO manifiesta su deseo de formular dos prevenciones, antes de dar comienzo a su exposición.

Hace suyos, en primer lugar, los conceptos vertidos por su colega de cátedra Manuel Daniel, salvo en lo tocante a la Contraloría General, la cual, a su juicio, no constituye parte de la Administración del Estado, sino que es otro Poder del Estado, pues, así en Chile tanto los tribunales revisan los actos de la Administración, como la Contraloría también realiza esa labor, si bien con potestades y efectos diversos y en momento distinto.

Expresa que la segunda prevención es de índole terminológica, y ello en una doble faceta. Confiesa que, como profesor, no resiste al impulso de señalarla y presenta excusas por si acaso estuviese fuera de lugar.

Explica que, en primer término, junto con otros injertos extrajerizantes - como los tribunales administrativos, la dicotomía actos de gestión y actos de autoridad, reglamentos autónomos y reglamentos de ejecución, etc., las "leyes orgánicas constitucionales" son una expresión ajena

al vocabulario jurídico nacional. Destaca que, en Chile, las leyes orgánicas siempre han sido algo distinto de lo que imaginó el constituyente de 1980, al adoptar este último un sistema foráneo, específicamente el de Francia, país donde tiene particular importancia y responde a causas políticas, originadas en 1958, pero que en el nuestro no existen. Da por sentado que todos los presentes saben muy bien que ese concepto no pertenece al léxico jurídico chileno, y piensa que ocasionará perturbaciones, no sólo terminológicas, sino también en materias de fondo. Le parece obvio que, en este momento, nadie pueda decir qué son, en puridad, las "leyes orgánicas constitucionales".

En un segundo aspecto, expone que, como lo ha advertido el señor Daniel, la Constitución de 1980 incurrió en la confusión terminológica de equiparar los conceptos de "Administración Pública" y "Administración del Estado", sobre lo cual en Chile se había alcanzado, por así decirlo, un arreglo o un acuerdo "pacífico" a través de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, la cual había entendido que la Administración Pública era una parte de la administración del Estado, era la administración fiscal, esto es, aquella que actuaba sobre la base de la persona jurídica del Fisco, en contraposición a todos los otros entes personificados que poseen personalidad jurídica distinta de la de éste. Comenta que, contrariamente a lo que pueda acontecer en otros países, nuestra Administración, si bien está formada por personas jurídicas, carece, en sí, de personalidad.

Hace constar que esta prevención la formula simplemente por amor a la verdad y a la ciencia que profesa.

Precisa que, efectuadas las dos prevenciones anteriores, pasará al desarrollo de su exposición.

Considera que, normalmente, suele ser difícil asesorar a una Comisión que tiene sobre sí la ingente tarea de legislar. Estima que existen dos maneras principales de colaborar con ella: sugerirle lo que podría hacer, es decir, ilustrarla sobre su cometido; e indicarle los peligros que significa legislar sobre la materia. Reconoce que esta última tarea es más heroica, porque muchas veces puede ser mal interpretada.

Puntualiza que, no obstante su posible dificultad, es esta última la que ha decidido asumir en esta oportunidad.

Manifiesta que no cabe duda de que, para elaborar una legislación, es menester conocer muy bien la materia sobre la cual ella ha de versar. Sin embargo, piensa que también es necesario prever los peligros que significa legislar en una materia determinada. Recuerda que don Valentín Letelier - con quien doctrinariamente no le une ningún lazo, pero cuya sapiencia administrativa admira- expresaba, a fines del siglo pasado, en una clase inaugural de Derecho Administrativo, que con frecuencia la gente cree que las cosas se arreglan legislando, sin advertir que, precisamente, al legislar, comienzan los problemas. Le parece que tal afirmación constituye una verdad de vigencia permanente. Opina que, mientras menos legisle, mejor cumple su función el legislador.

Anuncia que su exposición tratará de tres puntos, a saber :
1) la idea de "ley orgánica constitucional"; 2) la elaboración concreta de una ley orgánica constitucional sobre una materia, y 3) la ley orgánica constitucional de la Administración Pública, para así ir descendiendo de lo más general a lo más específico.

1º) Indica que, se la comparta o no, la idea de la ley orgánica constitucional tiene en vista rodear de mayor estabilidad a un ordenamiento, fijando exigencias mayores para su aprobación, enmienda o derogación, en su caso, en razón de normar ella las estructuras básicas, sea a) de un Poder del Estado- como los Tribunales de Justicia, el Congreso Nacional, la Administración, la Contraloría General de la República--, sea b) de órganos fundamentales de la institucionalidad -- como el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones, el Banco Central, las municipalidades, los consejos regionales de desarrollo--, sea en fin, c) de materias de importancia particular-- como el sistema electoral, los estados de excepción constitucional, la enseñanza, las concesiones mineras --. Especifica que la antedicha mayor estabilidad tiene por objeto impedir que la modificación del ordenamiento quede librada a las condiciones o exigencias inherentes a la enmienda de la ley común, en virtud de la trascendencia excepcional de las materias normadas.

2º) Por lo que atañe a la elaboración de una ley orgánica constitucional determinada, recalca que el fin tenido en vista resulta fundamental. Aduce que, en esencia, el Derecho es una ciencia práctica, por lo cual interesa primordialmente conocer el objetivo al cual apunta, como que el legislador no hace al legislar sino tender a conseguir fines. Piensa que tal elaboración concreta implica, en principio, una complejidad bastante grande, habida consideración de que ley orgánica constitucional es aquélla que, como ha señalado, fija o establece la estructura básica de un Poder del Estado, de un órgano esencial de la institucionalidad o de una materia fundamental. Opina que, "aparentemente", puede ser simple hacerlo, si la elaboración se reduce a fijar principios, bases o fundamentos. Esto se conecta, en su concepto, con la falsía de la terminología empleada por el constituyente. (Entre paréntesis, presenta excusas por este juicio a los tres miembros de esta Comisión que han sido constituyentes). Dicha falsía radica, en su opinión, en que las leyes orgánicas constitucionales no son tales, sino son propiamente leyes básicas, porque establecen las "bases" de un ordenamiento. Concluye que, por tanto, en apariencia, la tarea sería fácil si sólo se realizare una normación de principios, o sea, si únicamente se fijaren los cimientos del edificio normativo. Pone de relieve que ha dicho "en apariencia", porque, si bien hay oportunidades en que ello es posible, lo usual es que los principios exijan algún desarrollo mayor, a fin de evitar equívocos. Juzga imprescindible no olvidar que, sobre la base de los mismos principios, suelen concretarse realizaciones diametralmente opuestas. Por vía ejemplar, menciona que el tan clásico principio de la división de los Poderes ha tenido consecuencias absolutamente diversas, según se lo aplique "a la francesa" o "a la norteamericana", en un caso político. Asevera que, con mayor razón, en otro campo, un principio como el de la carrera funcionaria, como lo ha señalado el señor Daniel, puede llevar a un sistema de organización de la misma ya abierto o a un sistema ya cerrado, a un sistema monocrático o a un sistema "a la norteamericana". De ello infiere que esa aparente facilidad de regular únicamente principios puede traducirse en algo tan anodino como repetir los

términos de la Constitución o en pasar a normar un poco más, con el peligro de petrificar una materia. Hace hincapié en que, en el caso en análisis, ese peligro es considerable, si se atiende a que se está en presencia de una materia tan intrínsecamente dinámica como la Administración Pública, en la cual se trata de satisfacer, mediante medios de acción diversa, necesidades concretas que se van presentando a través del tiempo. Invita a imaginar, simplemente, qué habría ocurrido si en 1925 se hubiera petrificado la Administración, cuando precisamente a raíz de todo el movimiento que hubo desde aquel año en adelante nació el sentido de una Administración social, preocupada de la seguridad social, y luego la idea del Estado empresario, con todas las consecuencias que él conlleva. Arguye que petrificar este campo equivale a poner una malla, una "camisa de fuerza", que "explotará", por así decirlo, mañana mismo, apenas aparezcan nuevas necesidades.

De allí que, según un modo de ver, cabe pensar que una ley orgánica constitucional, a pesar de normar principios y precisamente con el fin de evitar los equívocos en su concreción, pueda contener no sólo materias básicas, sino también materias propias del contenido de una ley ordinaria, caso en el cual el Tribunal Constitucional, al pronunciarse en virtud del artículo 82, número 1, de la Constitución, determine, como lo ha hecho corrientemente hasta ahora, qué preceptos son orgánicos y qué preceptos no lo son. Advierte, eso sí, que esto conlleva los peligros consecuenciales, porque la determinación de lo que es orgánico queda enteramente librada al arbitrio de las mayorías del Tribunal Constitucional, que como órgano no tiene una perspectiva mayoritariamente jurídica, sino política, punto éste que, sin duda, representa otro grave riesgo. Sostiene que, si se pretendiera normar no sólo los principios, sino ir un poco más allá de ellos, la ley orgánica poseería los caracteres propios de la terminología "pre 1980", es decir, no sería sino una ley que regula un ordenamiento como un todo, organizándolo unitariamente. Agrega que, en otras pala-

bras, correspondería a nuestro concepto tradicional de ley orgánica, que no es otro que el de la ley que estructura un ordenamiento como un todo completo. En ese contexto, dice que tiene en mente las leyes orgánicas de los servicios públicos o, dentro de otro tipo de legislación, como la dictada desde 1974 en adelante, la ley orgánica de Municipalidades (decreto ley 1.289) y la ley orgánica sobre Procedimientos Expropiatorios (decreto ley 2.186). Hace presente que es posible elegir entre tales opciones, considerando los peligros consecuenciales. Reitera que su exposición trata de ir mostrando los riesgos que comporta cada una de las decisiones susceptibles de adoptarse.

3º) En lo atinente a la ley orgánica constitucional de la Administración Pública, observa que, curiosamente, la Constitución de 1980 determinó su contenido en forma taxativa, pues ha indicado que ella deberá reglar cuatro tipos de materias, y no otras. A pesar de asistirle la certeza de incurrir en repetición de lo ya expresado ante esta Comisión por expositores precedentes, precisa que el constituyente ha señalado que esta ley determinará la organización básica de la Administración Pública; garantizará la carrera funcionaria; asegurará la igualdad de oportunidades de ingreso en ella, y asegurará la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes. No obstante, dadas las materias sobre las cuales versa esta ley orgánica constitucional, las cuales son de suyo mudables, sometidas a cambio, esencialmente dinámicas, considera que, por prudencia elemental, no parece admisible hacer rígido este campo, o petrificarlo, tornándolo de difícil modificación. Ante este hecho, se pregunta qué cabe hacer. Parte de la base de que la Comisión ha recibido el mandato de legislar, y no el de no legislar, aunque éste también se encuentre, al menos, dentro de las posibilidades razonables. Desde su punto de vista debería normarse sólo los principios fundamentales del ordenamiento, las bases elementales de éste, aquello que hace a lo "orgánico". A la interrogante de en qué consiste lo orgánico, se responde que ello es la estructura básica. Sin embargo, llama la atención acerca de que lo

"orgánico" se encuentra ya normado en la Constitución. Subraya que, aunque desperdigadamente, por supuesto, la propia Carta ha determinado los principios básicos de la Administración del Estado. De paso, hace notar que la expresión "Administración Pública", aunque utilizada por el constituyente, está mal empleada, pues le parece palmario que se trata de la "Administración del Estado". Expone que, en efecto, la Constitución ha determinado a la Administración del Estado como "centralizada", en su artículo 3º; como "jerarquizada", en sus artículos 24 y 32, números 9 y 12, aparte de otros; como poseedora de "competencias expresas", en su artículo 7º, inciso segundo, y también en el 6º - pues no posee más potestades que las que expresamente se le hayan conferido por la Constitución o las leyes -, y siempre "subordinada al derecho" en la búsqueda del bien común, dentro de una tradición que proviene ya de la Carta de 1833.

Por lo que toca a las tres restantes materias - carrera funcionaria, igualdad de oportunidades de ingreso, capacitación y perfeccionamiento del personal -, declara que, a la verdad, querría hacer de "tábano socrático", por cuanto se encuentra persuadido de que, si a su respecto se adopta otra actitud, lo que se legisle a su respecto no será sino puro lirismo, simple intención programática.

Frente al hecho de que el texto de la Constitución estatuye que "una ley orgánica constitucional garantizará la carrera funcionaria", asevera que, como los miembros de la Comisión ya lo habrán apreciado, ello representa una novedad, si se tiene en cuenta lo vigente en esta materia por la normación común.

Para aclarar que lo dicho no es una "herejía", cita el artículo 22 del decreto ley N° 3.551, vigente ("Los empleados de las Municipalidades, con excepción de los Jueces de Policía Local, serán de la exclusiva confianza del Alcalde, quien podrá nombrarlos, promoverlos y removerlos con entera independencia de toda otra autoridad"); el artículo 5° del decreto ley N° 2.345, (faculta al Ministro del Interior para proponer al Presidente de la República la remoción por razones de buen servicio, de todo funcionario de la Administración del Estado); el decreto ley 3.410, sobre encasillamiento discrecional, en el pasado y hacia el futuro, de toda la Administración del Estado; las numerosas disposiciones en virtud de las cuales las jerarquías superiores de los servicios pueden exonerar, por su sola voluntad, a los servidores del Estado, sin que valgan ni fueros gremiales, ni laborales, ni maternales; el artículo 3° del decreto ley N° 1.608, el que, en virtud de la frondosa legislación dictada posteriormente a él, no sólo hace depender a los funcionarios de la exclusiva confianza del Presidente de la República, sino también de la de los Jefes Superiores de los servicios, etc.

Pone énfasis en que lo anterior demuestra la fortísima primacía de la calidad de funcionario de la exclusiva confianza del Presidente de la República o de los Jefes Superiores de los servicios, que pareciera hacer un tanto ilusoria la existencia de una verdadera carrera funcionaria, rigurosamente hablando.

Estima que, si en las leyes ordinarias no se afirma el principio de la carrera funcionaria - como sucede en los ejemplos que acaba de mencionar - y se norma sobre ella en la ley orgánica en proyecto, se producirá automáticamente la inconstitucionalidad de toda la legislación común vigente que en esta materia le es contraria; o, simplemente, y desde un punto de vista de mayor pureza jurídica, se producirá su derogación "ipso iure" por incompatibilidad.

Llama la atención sobre el hecho de que la mayoría de los funcionarios del Estado tiene la calidad de "exclusiva confianza". Agrega que, si se entiende que el establecimiento del principio de la carrera funcionaria en la ley orgánica conduce a la derogación de todas las normas comunes, surge un problema bastante arduo en la actual Administración, porque significaría la vigencia tanto de la carrera funcionaria, como del principio de la estabilidad funcionaria, y de las potestades regladas sobre exoneración y, por lo tanto, la ilegalidad de una exoneración que no se avenga con el principio del debido procedimiento.

Señala que formula estas observaciones, a fin de que la Comisión, por elemental prudencia legislativa, las tenga presente.

Se pregunta si capacitación y perfeccionamiento tienen algún sentido si los empleados carecen de una verdadera estabilidad en la función. A su modo de ver, carecerían de sentido, porque carrera funcionaria y capacitación parecen ir de la mano, y ser inescindibles.

En cuanto a la igualdad de oportunidades en el acceso a la función, expresa que existe un régimen concursal para la designación de los funcionarios; pero éste, en razón del arbitrio - no arbitrariedad discrecional tan amplia de la autoridad para el nombramiento de los funcionarios (v. gr.) artículo 3º del decreto ley Nº 1.608, toda norma que se establezca en la materia puede convertirse en algo enteramente semántico y declamatorio.

Piensa, en resumen, que sólo responde a la realidad dictar normas sobre la organización básica de la Administración Pública, donde hay un fértil campo de logros notables desde hace largos años; y que, de concretarse este proyecto de ley orgánica, podrían quedar derogadas por incompatibilidad, una larguísima serie de disposiciones, hoy vigentes, que podrían no adecuarse a la Constitución, lo que ciertamente sería un avance notorio; pero se pregunta si eso es lo que se desea. En todo caso, reitera que, de ser así, habría que prever las consecuencias prácticas que ello implica.

El señor CUEVAS consulta si el sistema que propone establecer el proyecto de ley orgánica de la Contraloría - ignora si se mantiene en los mismos términos -, en el cual no tan sólo la estabilidad funcionaria, sino también la estructura interna del mismo organismo, a través de la cual se desarrolla la carrera funcionaria, dependen del libre arbitrio del Contralor, y que confiere flexibilidad de manejo a la institución - que, en su opinión, está fuera del concepto de la Administración Pública -, pugnaría siempre y en toda instancia con el mandato constitucional de garantizar la carrera funcionaria; o si bajo ciertas condiciones y resguardos, podría introducirse como una forma más moderna, "más norteamericana", de realizar la gestión de un servicio.

El señor DANIEL sostiene que en un verdadero sistema de carrera funcionaria la excepción está constituida por los cargos políticos, los que en nuestra terminología se denominan "de la exclusiva confianza del Presidente de la República" y, por extensión, "de la exclusiva confianza de un jefe de servicio". Dice que, por tratarse de excepciones, la técnica y la administración científica recomiendan que esos cargos emanen de una previa descripción objetiva de las funciones, responsabilidad, etcétera, de cada empleo, y que si éstos, después de este proceso, resultan estar muy ligados a la política del Presidente de la República, debe otorgárseles el carácter de "exclusiva confianza", como sucede en el caso v. gr. del vicepresidente de CORFO.

Agrega que ese tipo de descripciones sirven de antecedente para que el legislador actúe en consecuencia; pero que si éste determina que tendrán esa naturaleza todos los cargos, salvo los que indica, ello no corresponderá al establecimiento de la carrera funcionaria.

Expone que puede ocurrir que la característica especialísima de la función que cumple un servicio - por ejemplo, la fiscalización constitucional, en el caso de la Contraloría - sea un antecedente para determinar que todos los empleos en él descritos deben ser de la exclusiva confianza del jefe de servicio, o sea, del Contralor. No cree que se llegue a ese extremo.

En cuanto a la estructura orgánica, estima que el problema es muy complejo, porque, de acuerdo con la Constitución, los empleos y servicios deben ser creados por ley, lo cual implica que el legislador debe aprobar toda la estructura básica de los mismos. Considera que la determinación de los órganos que representan la competencia básica del organismo que se crea corresponde al legislador, siendo lo demás propio de la potestad reglamentaria. En todo caso, advierte que sus observaciones sobre este punto obedecen a la necesidad de señalar un criterio, porque el problema, como dijo, es bastante complejo.

La señora BULNES comparte la opinión del profesor Soto en cuanto a que la Contraloría, por ejercer la función contralora, está fuera del campo de la Administración Pública.

Pregunta si los organismos que deben ejercer funciones contraloras y de fiscalización dentro de la Administración, como las diversas superintendencias, podrían ser considerados, asimismo, como no comprendidos dentro de la Administración.

El señor DANIEL manifiesta que no le cabe duda alguna en cuanto a que, con prescindencia de la Contraloría, los demás órganos de control están dentro de la Administración del Estado.

El señor SOTO aclara que se trata de organismos de control interno, mientras que la Contraloría tiene, en Chile, un estatuto muy especial: es un ente externo a la Administración que fiscaliza a ésta de manera preventiva, básicamente por la toma de razón y, a posteriori, por otros mecanismos. Subraya que la Contraloría es una entidad que no está dentro de la Administración; que no es Administración; que no administra, del mismo modo como tampoco administra el juez que falla en una causa en que una de las partes es el Estado.

La señora BULNES insiste en que las distintas superintendencias, por ejercer parte de la función contralora, podrían considerarse también como no integrantes de la Administración. Dice que ésta es una duda que tiene desde hace mucho tiempo.

El señor SOTO explica que en los estatutos legales de cada una de las superintendencias suelen fundirse funciones propiamente decisoras de administración con otras de fiscalización, como en los casos típicos de Aduanas, de la Superintendencia de Bancos, del Banco Central; anota que en esta materia hay un "enjambre" de funciones. Juzga que la razón histórica de este problema reside en que tales funciones, que primitivamente desempeñaba Contraloría, fueron otorgadas en general a otras entidades, a fin de flexibilizar la función fiscalizadora en algunas materias.

La señora BULNES apunta que entonces, en esas funciones, las diversas superintendencias podrían quedar fuera de la Administración.

El señor SOTO aclara que, esas funciones, están dentro de la Administración, en razón de sus estatutos orgánicos.

La señora BULNES observa que el punto es importante como para considerarlo a futuro en la ley orgánica constitucional.

El señor CUEVAS dice que, si se llegara a un Estado realmente subsidiario, en término de funciones y de tamaño, los organismos que proliferarían serían las superintendencias, las cuales, obviamente, son parte de la Administración del Estado, dada la forma en que el Estado ejerce una de sus funciones importantes, como lo es la de fiscalizar, en términos generales, como acota el señor Soto Kloss. Añade que éste no es control jurídico de la Contraloría, sino de carácter económico o financiero.

El señor SOTO reitera que las superintendencias son propiamente entes de fiscalización interna.

El señor CUEVAS manifiesta que la Contraloría, en el fondo, por su naturaleza, es un órgano de la Administración, con una labor especializada de control. Agrega que en torno de ella existe una especie de "ficción constitucional", y que ahora se le da una autonomía muy específica con el ánimo de reforzar el Estado de Derecho, tomando pie en ciertas experiencias de la época de la Unidad Popular. Sostiene que, por ello, la Contraloría fue reforzada en el texto de la Constitución de 1980.

El señor SOTO expresa que así es, pero aclara que las observaciones del señor Cuevas, tal vez apuntan a algo distinto.

El señor GUZMAN dice que, junto con agradecer la presencia de los profesores que han ilustrado hoy día a la Comisión, quiere sintetizar la observación del profesor Soto Kloss relativa al contenido de la ley orgánica correspondiente a la organización de la Administración Pública, si la ha entendido bien, expresando que él manifestó que ve un inconveniente o dificultad bastante grande para normarla, porque esa organización debe ser básica y, por lo tanto, remitirse a los principios fundamentales que deben regir la Administración del Estado, los que ya se hallan contenidos en la Constitución, en los diversos artículos que citó, de lo cual se colegiría que la ley carece de materia sustancial para normar.

Sostiene que hay una diferencia entre lo que pueden ser los principios y lo que es la organización básica de la Administración Pública. Añade que estima que los principios son criterios generales de una Administración centralizada, jerarquizada, con competencia expresa, siempre subordinada a Derecho y orientada al bien común; pero que ello no conforma una organización, ni aun básica, de la Administración Pública, sino que ilustra las directrices conceptuales con arreglo a las cuales debe configurarse dicha organización.

Puntualiza que, si entendió bien esa prevención, ella podría salvarse aclarando que es materia de esta ley orgánica constitucional desarrollar la parte sobre organización de la Administración del Estado en función de esos principios, sin que ello implique, en caso alguno, salirse del texto constitucional o del marco de la ley orgánica.

El señor SOTO expone que todo aquel que se interese por la historia de la Administración en Chile, podrá comprobar la flexibilidad que ha habido para lograr la satisfacción de las nuevas necesidades que han ido apareciendo, a través del tiempo, por medio de organismos administrativos específicos. Piensa que si la administración se norma-

ra por esta vía que petrifica, es decir, que pone una camisa de fuerza, es natural que se sobrepase en el fondo el propio texto normativo, porque él mismo quedará fuera de la realidad. Señala que un caso típico de esto lo constituye el llamado Estado-empresario, el cual, en 1925, por ejemplo, con una ley orgánica constitucional, habría significado algo que no estaba previsto, y contrario a la previsión de la Carta Fundamental. Conjetura que en el año 2.000 podrá aparecer no ya la idea del Estado-empresario o del Estado-comerciante, sino cualquiera utopía imaginable, y pregunta si funcionaría con esta ley, suponiendo que ella esté vigente en el año 2.000.

Afirma que, en todo caso, como una ley orgánica constitucional viene en cierta medida a petrificar un ordenamiento, es de grave peligro hacerlo en una materia tan dinámica y de suyo cambiante como la satisfacción de las necesidades públicas, que hoy día existen y mañana puede que no, por ser otras las que se presenten.

Enfatiza que si por ley orgánica se entendiera ley de base, sin requerir un quórum tan alto para su modificación - aunque hoy día tampoco vale dicho quórum, porque simplemente rige la unanimidad de la Junta -, no habría hecho estas observaciones.

Recalca que esa petrificación de un sistema, de un ordenamiento, la encuentra gravísima en materia de organización, ya que ésta de suyo es mudable, por ser instrumental: es "instrumento para", y los instrumentos se dejan de lado a medida que van siendo superados; si no, - dice - todavía estaríamos escribiendo con pluma de ganso. Reitera que la materia de organización es puramente instrumental, y que lo instrumental por una elemental prudencia no cabe petrificarlo.

El señor GUZMAN explica que no debiera temerse demasiado respecto del carácter estable de las leyes orgánicas constitucionales por la dificultad de su modificación y equipararlas por este motivo a una supuesta petrificación. Afirma que las leyes orgánicas constitucionales están abiertas a una modificación permanente en el tiempo, y que para ello sólo se requiere contar con un asentimiento mayoritario calificado, el cual no debiera faltar frente a la evidencia de que los tiempos van exigiendo nuevas normas.

Dice que pone de relieve ese hecho, porque en la preparación de estas leyes orgánicas puede presentarse el problema no sólo en este caso, sino en muchos otros, de modo que, si se estimara que consagrar algo en una ley orgánica constitucional significa petrificarlo, habría una autolimitación excesiva, más allá de lo que la realidad aconseja, porque las modificaciones igualmente se pueden hacer con quórum más exigentes de los normales.

El señor SOTO precisa que, ha formulado esta observación pensando más allá de 1989, pues hasta ese lapso las leyes orgánicas se modificarán tranquilamente por la unanimidad de la Junta; es decir, en este período actual, a su juicio, no hay tal dificultad.

El señor GUZMAN anota que eso ocurre aun pensando a futuro.

El señor SOTO insiste en que, pensando en un tiempo muy próximo, no habría ningún problema; y que por esa razón concordó con lo dicho por don Manuel Daniel respecto de lo que la ley orgánica podría contener, incluso teniendo presente esa gran agilidad que da la revisión del Tribunal Constitucional, que se pronuncia sobre lo que es o no es orgánico. Dice que, en ese aspecto, hasta 1989 no habría ningún problema mayor sobre modificación.

El señor FERNANDEZ (Presidente) dice que agradece a los profesores señores Manuel Daniel y Eduardo Sotó sus muy interesantes exposiciones, y los invita para otra oportunidad, una vez que esté más avanzado el estudio de esta ley orgánica constitucional.

Se levanta la sesión.

SERGIO FERNANDEZ FERNANDEZ
Presidente

RAFAEL LARRAIN CRUZ
Secretario