

Organización administrativa

Día 2 – Panel 1

Tabla de contenido

I.	Descentralización y coordinación entre niveles de gobierno: perspectivas para la nueva Constitución de Chile.....	3
	Introducción	3
	1. Breves notas sobre la coordinación entre niveles de gobierno y administración en la doctrina	4
	2. El principio de coordinación en el ordenamiento constitucional, en relación a la forma de Estado	6
	3. Breve diagnóstico	8
	4. Propuestas para fortalecer la coordinación multinivel en el marco de la nueva Constitución	10
	4.1. El modelo de Estado descentralizado	11
	Conclusiones	12
	Bibliografía citada	13
II.	MODERNIZACIÓN DE LA ORGÁNICA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO	15
	Sistema de empleo público.....	16
	Mejora en la gestión y control del gasto público	17
	Sistema permanente de coordinación interministerial	19
III.	Autonomía administrativa de organismos territoriales en la nueva Constitución. Una necesidad insoslayable, pero de difícil solución.....	20
IV.	¿Serán acaso las subsecretarías una “materia constitucional”?.....	26

1. Planteamiento general.....	26
2. Un necesario recuento histórico de cara a las constituciones chilenas del pasado.....	28
3. Línea de análisis propuestas	29
V. Bienes comunes, dominio público y autonomías territoriales. Algunos propuestas para Chile, a la luz del derecho comparado	32
Marco teórico: dominio publico y bienes comunes	33
Las relaciones entre dominio público y comunes	35
Los bienes comunes como inmuebles o muebles.....	35
Los bienes comunes como procedimiento	35
Relevancia y aportes de la ponencia propuesta	37
Los bienes comunes cuestionan la noción de dominio público y de soberanía	37
Los bienes comunes rehabilitan la función social de la propiedad.....	38
Los bienes comunes pueden favorecer la autonomía de los territorios	39

I. DESCENTRALIZACIÓN Y COORDINACIÓN ENTRE NIVELES DE GOBIERNO: PERSPECTIVAS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE CHILE

Esteban Szmulewicz Ramírez

Introducción

Chile es un Estado unitario. Históricamente, además, se ha caracterizado por una fuerte centralización, tanto en la Administración del Estado como en las finanzas públicas. La doctrina nacional sostiene que la descentralización y desconcentración administrativa del Estado chileno se ha caracterizado, en general, por una falta de profundidad política, con escasas innovaciones sustanciales, en extremo fragmentaria y carente de una estrategia de largo plazo (Hernández 1993; Ferrada 1999). No obstante ello, en la práctica particularmente en los últimos años, el nivel subnacional del Estado, los Gobiernos Regionales y Municipalidades, ha cobrado mayor protagonismo. Esta prolífica actividad de los territorios no ha ido acompañada de modificaciones jurídicas, ni tampoco en las prácticas en el nivel central, que generen mecanismos o instituciones que incorporen al nivel subnacional en el proceso de toma de decisiones.

De esta forma, la presente ponencia aborda, de manera exploratoria, el principio de coordinación, que debe orientar la acción de la Administración del Estado, y su correlato en materia de la organización territorial del gobierno y la Administración pública, de cara al debate sobre la nueva Constitución. Para estos efectos, primero se conceptualizará el principio de coordinación, sobre todo sus implicancias en la organización territorial del Estado. Luego, se realizarán algunas propuestas en torno al principio constitucional de coordinación, sobre la base de un cierto diagnóstico. Finalmente, se plantearán algunas conclusiones.

1. Breves notas sobre la coordinación entre niveles de gobierno y administración en la doctrina

Más allá de cierta mención general, lo cierto es que la coordinación entre los distintos niveles de la organización territorial del Estado no ha recibido en nuestro medio un tratamiento sistemático e integral. En los textos de referencia más general, aparece mencionado como principio de la organización administrativa, con una breve conceptualización, pero se despliegan escasamente sus implicancias en materia de la distribución territorial del gobierno y la Administración pública. Así, Bermúdez menciona el principio de coordinación a propósito de los principios de organización administrativa, agregando que “La ley, al crear un órgano administrativo, debe establecer los mecanismos por los cuales se concreta este principio entre el órgano respectivo con otras reparticiones administrativas. La primera forma de coordinación vendrá dada por la distribución de competencias entre los órganos que efectúa la propia ley. Luego, al momento del ejercicio de las competencias los órganos deberán poner en práctica el principio de coordinación, lo que se puede manifestar en acuerdos –formales o no- respecto del modo en que serán ejercidas aquéllas” (Bermúdez 2014).

A su turno, Cordero (2015) también trata el principio de coordinación a propósito de los principios de la organización administrativa, aunque lo menciona junto al principio de “cooperación”, indicando, como fundamento jurídico de ambos, el artículo 123 de la Constitución, y los artículos 3 y 5 de la LOCBGAE. Es interesante la incorporación del artículo 123 constitucional, ya que específicamente conecta el principio de coordinación con las relaciones interadministrativas, y las relaciones entre los Municipios y el resto de la organización administrativa (“demás servicios públicos”). Por otro lado, Cordero sostiene que en Chile existiría una ordenación administrativa sobre la base prevalente de la descentralización y la desconcentración, definiendo estos principios y también el de autonomía

En otro plano, también se ha hablado de la coordinación interadministrativa en el marco del ordenamiento territorial, particularmente en lo tocante a la ordenación en el contexto urbanístico. Se considera a la coordinación como un elemento que orienta hacia una suerte de “supra urbanismo”, la necesidad de armonización de planes sectoriales para la gestión del territorio, la coordinación entre entes estatales en torno a la zonificación del borde costero, y los Planes Regionales de Ordenamiento Territorial (PROT) y los Planes Regionales de Desarrollo Urbano (PRDU) como instrumentos que facilitan la coordinación entre entes estatales (Cordero 2011).

Finalmente, en la doctrina española se distingue entre la coordinación y la colaboración o cooperación. Al respecto, se ha señalado que “la diferencia básica entre coordinación y cooperación, estriba en que en el primer caso, la entidad superior es la que puede tomar la decisión última, de modo que la entidad inferior puede ver limitada su competencia. En la cooperación o colaboración, sin embargo, las entidades cooperantes tienen la misma capacidad decisoria, sin que la entidad superior pueda alterar la competencia de la entidad inferior” (Zambonino 2018). Esta distinción también ha sido recogida por Cordero, para quien la coordinación consiste en “la fijación de medios y sistemas de relación que haga posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos, respecto de los cuales el sistema legal desea que se realicen acciones conjuntas entre las diversas entidades, de manera que se obtenga un acto de contenido integrado o global, de manera de evitar duplicidad, disfuncionalidad y se obtengan resultados efectivos y eficientes” (Cordero 2015).

Dicho todo lo anterior, es posible concluir esta sección señalando que la doctrina nacional ha tratado muy someramente el asunto de la coordinación multinivel. Esta materia será especialmente relevante con la elección directa de los Gobernadores Regionales, y se comiencen a ejercer en plenitud y bajo el rol ejecutivo de estas autoridades, las nuevas atribuciones y competencias de los Gobiernos Regionales (Szmulewicz y Montecinos 2019).

2. El principio de coordinación en el ordenamiento constitucional, en relación a la forma de Estado

A Continuación, se revisará la manera en que la Constitución de 1980 aborda el tema de la descentralización y el principio de coordinación.

La doctrina nacional (Ferrada 1999; Cea 1999) concuerda en señalar que se consagran en el artículo 3º de la Constitución tres principios claves: 1) El Estado de Chile tiene la forma jurídica de un Estado unitario; 2) La Administración estatal será -imperativo categórico- descentralizada o desconcentrada, ya sea territorial como funcionalmente; y 3) El mandato de desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas. Ahora bien, precisamente por efecto del principio constitucional y legal de coordinación de la actuación administrativa, se estima que deberían existir instancias, mecanismos e instituciones de coordinación y articulación con la Administración central, de manera de no acentuar los rasgos rígidos que ya presenta el Estado unitario, producto de una mera descentralización administrativa (Suelst 2013).

El capítulo XIV de la Constitución desarrolla el Gobierno y Administración interior del Estado, a nivel constitucional, toda vez que estas disposiciones están detalladas en la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional. La división político-administrativa del país distingue entre regiones, provincias y comunas, estando cada uno de estos niveles a cargo de distintas autoridades.

La forma de Estado unitario consiste en la existencia de un solo centro de impulsión política y gubernamental, que en nuestro caso radica en el Presidente de la República, quien es el Jefe de Estado, de Gobierno y de la administración. A nivel de la organización territorial del poder, esto se traducía en la atribución del Presidente de nombrar y remover a su voluntad (artículos 32 N° 7 y 111 de la Constitución) a los Intendentes, en quienes reside la función de gobierno de la región, y a los Gobernadores Provinciales, que están a cargo de las Gobernaciones

Provinciales, en cuanto órganos territorialmente desconcentrados del Intendente. No ocurre lo mismo en el caso de las Municipalidades, que son corporaciones autónomas de derecho público, y que están lideradas por un Alcalde y Concejales Comunales directamente elegidos por la ciudadanía de la comuna.

Luego, llevado el principio de coordinación al ámbito de las relaciones entre el nivel nacional y el nivel regional, cabe destacar que de acuerdo al artículo 111 de la Constitución dicho rol le corresponde en la actualidad al Intendente regional, función que luego será compartida entre el Gobernador Regional recientemente electo de forma democrática, quien coordinará los servicios públicos que se relacionen con el Gobierno Regional, y el delegado presidencial regional, que ejercerá dicha función en relación con los servicios públicos que se relacionen con el Presidente de la República. En materia de finanzas públicas, una manifestación de la coordinación se puede visualizar en la posibilidad de celebrar convenios de programación de inversión pública, entre los Gobiernos Regionales, o entre éstos y uno o más ministerios, o incluso entre gobiernos Regionales y Municipalidades (artículo 115 constitucional). Respecto del principio de coordinación y la actividad de las Municipalidades, resulta particularmente relevante el artículo 118, en cuanto dispone que “Los servicios públicos deberán coordinarse con el municipio cuando desarrollen su labor en el territorio comunal respectivo, en conformidad con la ley”, asunto que luego se ve enfatizado por el artículo 123 de la carta fundamental.

Este diseño institucional revela que los énfasis han estado dados por la desconcentración administrativa y una débil descentralización, lográndose una escasa regionalización en tanto fortalecimiento de las regiones en sus capacidades decisorias, autonomía económica y potencial de desarrollo estratégico. Ahora bien, no obstante lo anterior, el diseño institucional a nivel regional ha sufrido una notable mutación a partir de la reforma constitucional la Ley N° 20.990, publicada el 5 de enero de 2017, se suprimió el cargo de Intendente y se creó el cargo de Gobernador Regional, electo a través de sufragio universal en votación popular, lo cual constituye una reforma democratizadora y con eventuales ribetes de

descentralización política de gran envergadura para nuestro país. Con este diseño se rompe la doble dependencia del intendente regional: entre los intereses regionales y los del ejecutivo nacional en la región, además de que los gobiernos regionales no sean una mera administración regional.

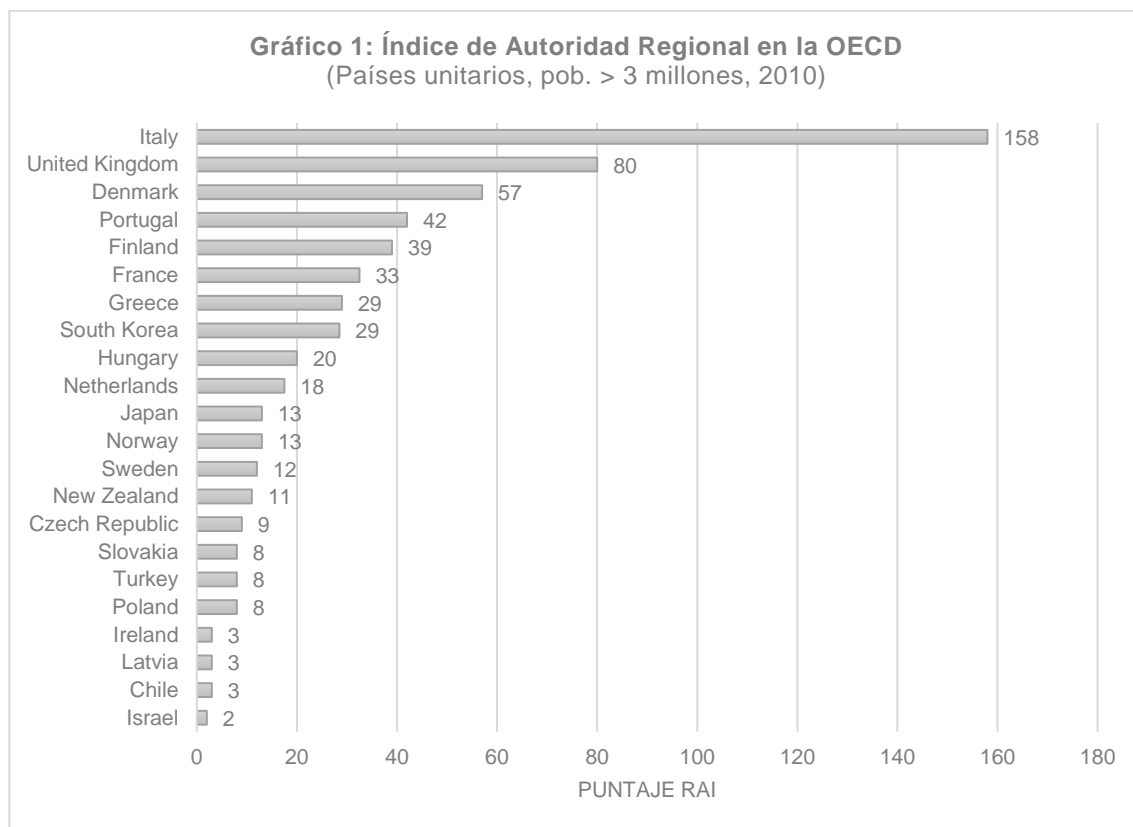
Desde el punto de vista del funcionamiento actual de la organización territorial de la Administración del Estado, y sin perjuicio de las reformas a partir de la ley de fortalecimiento de la regionalización (Nº 21.074), a la fecha las autoridades desconcentradas a nivel regional se relacionan hacia arriba con los ministros y el Presidente de la República, y hacia abajo con los Alcaldes de las municipalidades. La coordinación política, por su parte, está encabezada por el intendente regional.

3. Breve diagnóstico

A partir de esta breve contextualización, se presenta un somero diagnóstico de la situación nacional, que sirve para enmarcar el contexto en el cual se desarrollarán las propuestas que se presentan en el apartado siguiente.

1. Los conflictos en la coordinación política aparecen entre autoridades regionales y municipales, y entre nacionales y municipales (estas últimas, electas), sobre todo cuando son de distinto color político. Estos conflictos o bloqueos no se solucionarán con la elección directa de los Gobernadores Regionales, ni con las modificaciones introducidas por la ley de fortalecimiento de la regionalización. Al contrario, sin instancias de coordinación institucionalizadas, y dado el carácter flexible y abierto de la transferencia de competencias, es probable que los conflictos se acentúen con las nuevas autoridades electas a nivel regional.

2. Chile mantiene un nivel de rezago mundial en materia de descentralización regional. El Índice de Autoridad Regional compara el grado de descentralización regional entre diversos países. En una comparación de 63 de ellos, Chile se ubica en el lugar 52, similar a países de menor tamaño y población, como Irlanda, Latvia y Lituania. Si acotamos la comparación a países OCDE, unitarios y de más de 3 millones de habitantes obtenemos lo siguiente:



Fuente: Szmulewicz y Saffirio 2017

3. En Chile no existe un sistema de ordenamiento territorial ni tampoco un sistema que resguarde el desarrollo equitativo de las regiones y comunas según lo prevé el artículo 3 de la Constitución Política vigente antes citado. Ello implica, entre otros, que :

- a) No existen mecanismos que permitan coordinar las distintas regulaciones ni los instrumentos que establecen, salvo a nivel de zonificación de lo urbano;
- b) no existen organismos que permitan plena coordinación entre las políticas sectoriales (minería, energía), las de desarrollo comunal, regional y nacional y la zonificación del territorio;
- c) los vínculos entre municipios, regiones y el nivel central, siguen siendo escasos, parcializados y más bien sectoriales;
- d) hay una gran cantidad de instrumentos que toman forma de planes, políticas o programas sin una claridad de su alcance, obligatoriedad y falta un órgano que velo por la consistencia de todas ellas entre sí.

4. Propuestas para fortalecer la coordinación multinivel en el marco de la nueva Constitución

Para el logro de lo anterior, se requiere una mejor representación de los intereses de la ciudadanía y una descomprensión del fuerte presidencialismo, lo que supone generar una autoridad política de la región con legitimación directa, que presida el consejo regional y asuma la titularidad de ejecutivo regional y en coordinación con los municipios, para que las regiones no sigan repitiendo la gran desigualdad que viven Santiago y varias otras regiones de nuestro país. Todo ello sin perjuicio de mantenerse ligado a lo presidencial para las políticas nacionales, defensa, orden público, coordinación y supervigilancia de los organismos públicos que dependan del nivel central.

El panorama anterior obliga a pensar en la descentralización como un desafío país que no se agota en un solo nivel o dimensión del sistema normativo y las políticas públicas, sino que requiere la acción conjunta y coordinada de una serie de medidas de descentralización (política, administrativa o fiscal) y de fortalecimiento de las capacidades locales y regionales de conducción política y técnica en el nivel regional. Así las cosas, el debate sobre la forma jurídica del Estado debe fundarse en los siguientes criterios: (i) descentralización política como una precondition, de manera de acercar el proceso de decisiones a la ciudadanía; (ii) la necesidad de un acuerdo nacional, de ahí que se trate de una temática que debe abordarse a través de una profunda reforma constitucional o bien una nueva Constitución; (iii) este acuerdo debe surgir de la deliberación pública colectiva, y no del quehacer de un experto; (iv) cuidar la coherencia del conjunto de reformas políticas; y (v) tener presentes dos enfoques fundamentales, las estructuras y las instituciones, y dos complementarios, la cultura y la acción colectiva (Palma 2009). A partir del proceso constituyente se abre una posibilidad para recorrer el camino señalado. Algunas propuestas en esa línea podrían ser las siguientes.

4.1. El modelo de Estado descentralizado

Lo que caracteriza esta alternativa es que conserva la idea de un Estado unitario pero, a la par, asegura una efectiva descentralización política por medio de la elección directa de las autoridades regionales, las que –por lo mismo- dejan de ser dependientes del Presidente de la República. Junto con ello, y para garantizar una efectiva autonomía de los Gobiernos Regionales, se propone que la Constitución, recogiendo esta fórmula, establezca en su texto no sólo los principios rectores de esta forma de descentralización política y administrativa, sino además una transferencia gradual de competencias desde las autoridades centrales a los Gobiernos Regionales, junto con asegurar fuentes de financiamiento estables. También se deben mantener los órganos de representación plural y deliberativa de la ciudadanía regional, y potenciar sus funciones, para que sean un contrapeso a los gobernadores regionales, y auténticos foros de debate de los representantes de la sociedad política regional.

El Estado unitario descentralizado regionalmente se diferencia del Estado regional o autonómico en lo que se refiere a disponer de competencias legislativas propias de las que carecen los gobiernos regionales, los cuales tienen potestad de dictar reglamentos regionales en el ámbito de sus competencias (Nogueira 1985).

Además, esta forma de Estado implica un principio de lealtad constitucional: cada sujeto territorial debe ejercitar sus competencias teniendo en cuenta los efectos que determinadas decisiones podrían ocasionar en relación con los otros niveles de gobierno. Se debe colaborar para el mantenimiento del ordenamiento general y su fortalecimiento.

4.2. Instituciones de coordinación

La pandemia por Covid-19 nos ha mostrado que la descentralización sin cooperación, o al menos coordinación, puede generar muchos inconvenientes. Los conflictos en Estados Unidos y Brasil son ilustrativos de aquello. De esta forma, resulta importante disponer ciertos mecanismos de resolución de los conflictos o

controversias sobre las competencias que se pueden generar entre el gobierno central y las autoridades regionales, en vistas de la ampliación, clarificación y eventual traspaso de ciertas competencias a los Gobiernos Regionales.

Existirían dos grupos de mecanismos para manejar una controversia o conflicto entre el poder Ejecutivo y los Gobiernos Regionales. Por un lado se encuentran los mecanismos preventivos de conflictos que son, en su mayoría, tipos de convenios, contratos o resoluciones de coordinación entre ambas entidades territoriales para prevenir futuros conflictos, así también para coordinar el actuar y delimitar funciones, como acontece en España, Francia o Italia. Por otra parte, en cuanto a los mecanismos resolutivos de contiendas de competencias, en el caso chileno, el debate acerca de cuál mecanismo es más conveniente, debe estar circunscrito al modelo de Estado y al reconocimiento expreso o no en la Constitución de competencias de los Gobiernos Regionales en relación al nivel central. En materia preventiva, la figura de los convenios o contratos regionales parece ser la más adecuada, a fin de responder a la heterogeneidad de capacidades, vocaciones y necesidades de las regiones. En materia resolutiva, el conflicto pudiese ventilarse en sede del Tribunal Constitucional, si son competencias determinadas por la Constitución.

Conclusiones

En Chile, cabe reconocer que el modelo del Estado unitario y políticamente centralizado ha agotado los beneficios que produjo en distintas etapas históricas. En la actualidad, se presenta más bien como un factor que limita el desarrollo, y no tiende a reducir los graves desequilibrios y desigualdades territoriales. Así las cosas, la articulación entre los niveles nacional, regional y local implica colocar al centro del modelo de toma de decisiones la denominada “gobernanza multinivel”, identificando claramente qué nivel es el más adecuado para la provisión de bienes públicos y qué recursos deben entregársele para ello. Esto implica coordinación

entre el gobierno central y los gobiernos subnacionales, a la vez que se entregan recursos suficientes a cada uno de estos niveles.

El panorama anterior obliga a pensar en la descentralización como un desafío país que no se agota en una sola dimensión del sistema normativo y las políticas públicas. El proceso constituyente abre una oportunidad y un camino posible: habilitar y establecer las bases de un efectivo proceso de descentralización política, administrativa y financiera a nivel regional, y fortalecer las capacidades y recursos de las administraciones locales. Todo esto debe hacerse de manera responsable, según las capacidades y realidades de cada región y comuna, pero con un horizonte compartido.

Bibliografía citada

- Bermúdez Soto, Jorge (2014): *Derecho Administrativo General*. 3a ed. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

- Cea, José Luis (1999). *El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica*. Valdivia: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile.

- Cordero Quinzacara, Eduardo (2011): “Ordenamiento Territorial, Justicia Ambiental y Zonas Costeras”, en *Revista de Derecho de La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 36, N° 1, pp. 209–49.

- Cordero Vega, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo*. 2a. Santiago de Chile: Legal Publishing.

- Fernández Richard, José (2013): “La administración del Estado y las municipalidades en Chile”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año VII, N° 32, pp. 148-160.

- Ferrada, Juan Carlos (1999): “El Estado administrador de Chile: de unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 10, N° 1, pp. 115-123.

- Hernández, Luis (1993). “La descentralización en el ordenamiento constitucional chileno”. En *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 20, Tomo II.
- Nogueira Humberto (1985), “El estado unitario, los procesos de descentralización regional y el estado federal”, *EURE* Vol. 12, nos. 34-35, pp. 135-143.
- Palma, Eduardo (2009), “El desafío de la descentralización: la especificidad y las exigencias del caso chileno”, en Heinrich Von Baer (editor general), *Pensando Chile desde sus regiones*. Temuco, Ediciones Universidad de La Frontera.
- Suel, Vanessa (2013): “Un nuevo paradigma del Estado unitario: la asimetría territorial y los esquemas de coordinación”, en *Vniversitas*, Bogotá (Colombia), Nº 127, pp. 309-339.
- Szmulewicz, Esteban y Saffirio, I. (2017). “Propuestas para una descentralización coherente con la equidad territorial”. En Cifuentes, J., Pérez, C. & Rivera, S. (eds.) *¿Qué políticas públicas para Chile?*, pp. 108-129. Santiago, Centro de Estudios del Desarrollo.
- Szmulewicz, Esteban y Montecinos, Egon (2019): “Gobernadores regionales y delegados presidenciales: zonas de conflicto y espacios de colaboración”, en Von Baer y Bravo (eds.), *Desarrollo territorial colaborativo. Descentralizando poder, competencias y recursos*. Ediciones Universidad de La Frontera, Temuco, Chile, pp. 109-139.
- Zambonino, María (2018): “La articulación de la gobernanza multinivel a través de técnicas orgánicas de colaboración, cooperación y coordinación”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº 52, pp. 230-263.

II. MODERNIZACIÓN DE LA ORGÁNICA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO

Sandra Ponce de León Salucci¹

Es un hecho que en la medida que las sociedades se desarrollan exigen de sus Estados mejorar la calidad y oportunidad en la provisión de bienes y servicios públicos y ello exige que aquellos evolucionen permanentemente. A su vez, la crítica ciudadana dirigida a las autoridades políticas se intensificará cuando las personas, beneficiarias de la actividad de los órganos que aquellas dirigen, advierten que aquellas deciden mejorar los procesos que regulan su actuación solo cuando se descubren irregularidades.

Para enfrentar la legítima exigencia social a la que aludimos, resulta imprescindible, entonces, que el Estado cuente con una estructura que le permita gestionar el proceso de modernización o transformación de sus instituciones y órganos en forma continua y permanente. Dicho de una forma simple, la reforma al Estado constituye una materia de Estado y no solo de Gobierno. En esa línea, debiéramos aspirar a tener una agenda permanente de modernización del Estado y no como ha sido la lógica habitual en la materia, generar agendas nuevas en cada gobierno. Así quedó planteado en la Agenda presentada por el Gobierno en el año 2019.

¹ Abogada; Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, por la Pontificia Universidad Católica de Chile; Profesora del Departamento de Derecho Público y del Magíster LLM UC, de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Directora del Instituto Chileno de Derecho Administrativo. Ex Fiscal en los ministerios del Trabajo y Previsión Social y de Vivienda y Urbanismo; Ex Relatora del Tribunal Constitucional. Actualmente ejerce la profesión de manera independiente.

¿Cómo podemos enfrentar el trabajo encaminado a definir la orgánica administrativa que queremos y necesitamos en el país? ¿Es una oportunidad el proceso de cambio constitucional? ¡Sin duda!

La organización básica del Estado y los principios sobre los cuales ésta se desarrolla es parte del contenido esencial de la Constitución, por lo que la instalación y funcionamiento de la Convención Constitucional, es una instancia pertinente para abordar los pilares fundamentales del proceso continuo que se dirige hacia la modernización de la actividad estatal.

Las y los convencionales constituyentes podrán debatir y acordar cuál será la estructura orgánica del Estado, y dentro de ésta la que corresponderá a la Administración en todos sus niveles, jerárquicos, territoriales y materiales, y los principios y normas generales que regularán su funcionamiento, manteniendo como límite del poder que ejerzan sus órganos y servicios, el respeto a la juridicidad, dentro de un sistema de control y de responsabilidad eficiente. También podrán definir los mínimos comunes o básicos que se asegurarán a la población con respecto a la satisfacción de sus necesidades.

En los debates y análisis, debiera darse cabida a aspectos que sean capaces de orientar el proceso modernizador de la administración estatal acorde con los diversos desafíos que vaya enfrentando nuestro Estado en el tiempo para el cumplimiento de su deber fundamental de estar al servicio de la persona (no al revés); entre ellos me referiré solo a tres, en esta oportunidad:

Sistema de empleo público

No bastan las buenas ideas, los procesos, ni siquiera los recursos económicos. Las transformaciones las realizan las personas y, por ello, lo primero que se necesita para modernizar la Administración del Estado son equipos humanos capacitados y comprometidos con el cambio y, por otro lado, se requiere a un empleador que sea capaz de separar las funciones de gobierno de aquellas que son

propias de la orgánica administrativa y que, además, esté obligado a actuar de manera respetuosa de derechos básicos reconocidos a todo trabajador.

Para avanzar en la transformación de la función pública tendrá relevancia considerar, entre otros, la necesidad de contar con normas generales y principios en la preceptiva de la misma Constitución y, también, con reglas dirigidas al legislador. Como pautas para la regulación podemos proponer: el mérito como principio rector para el ingreso al cargo público, los concursos públicos como regla general de procedimiento para llenar las vacantes de cargos públicos, la estandarización de las escalas de sueldos y de las asignaciones, la movilidad horizontal de funcionarios (movilidad entre organismos públicos), la procedencia del pago de indemnización en caso de producirse el término anticipado de la función por causa no imputable al funcionario, un sistema de evaluación más flexible y orientado a la gestión del servicio.

Mejora en la gestión y control del gasto público

El Estado debe responder a las demandas de los ciudadanos -aquellas que la misma Constitución determine como compromisos y/o deberes- y su administración debe ser la más eficaz y eficiente posible para cumplirlas o satisfacerlas. En tal contexto, los órganos de la administración deberán ocupar todas las herramientas tecnológicas y de gestión disponibles y procurar el uso adecuado de los recursos existentes que, en su mayoría, provienen del aporte que realizan los contribuyentes en cumplimiento de la carga impuesta en las normas.

Se podría establecer en el texto constitucional el control de gestión del gasto público, dotado de mecanismos de evaluación que permitan identificar, por ejemplo, los programas gubernamentales deficitarios y a aquellos que no cumplen con el objeto previsto al tiempo de asignarse los respectivos recursos públicos. Ese antecedente debiese obligar a la autoridad a no perseverar en el programa observado en el ejercicio presupuestario siguiente, es decir, la autoridad quedará inhabilitada para mantenerlo por efecto de la observación objetiva que se realice

como conclusión del control desarrollado. No se propone un examen o control de mérito (oportunidad o conveniencia), ya que este sigue siendo exclusivo de la autoridad, sino que se plantea la necesidad de contar con un control del cumplimiento de elementos objetivos de los programas gubernamentales que hoy no existe.

Por otra parte, en lo que atañe al sistema de gestión presupuestario, el nuestro se identifica con el denominado “presupuesto por ítem” o “por línea de gasto”. Es decir, el presupuesto del sector público se determina por tipos de gastos en los que incurrirán los organismos estatales en el respectivo ejercicio anual. A su vez, el control presupuestario hasta hoy ha puesto el foco principalmente en la ejecución efectiva del gasto público y en privilegiar el equilibrio fiscal. Es sabido que el primer nivel de efectividad del gasto que se aplica a las instituciones públicas es su nivel de “ejecución presupuestaria”, es decir, su capacidad para gastar el presupuesto dentro del período, sin consideración de si lo hicieron para los fines que debía o no o de si se logró la meta prevista originalmente.

De esa forma, al no precisar los objetivos del respectivo gasto, el sistema inhibe el ahorro y la eficiencia en el uso de los recursos.

Se requiere, por lo tanto, revisar nuestra forma de diseñar, ejecutar y controlar el presupuesto nacional y establecer las bases del necesario *accountability*. A tal efecto, sin perjuicio de explorar las funciones que pueden encomendarse al Congreso Nacional en la materia, bien podría analizarse la pertinencia de crear un organismo autónomo que tuviera por misión exclusiva evaluar la eficiencia y eficacia de las políticas públicas, y dentro de sus funciones, ejercer el control de los programas gubernamentales en todas sus fases (diseño, implementación, ejecución del gasto y cumplimiento de su motivo, objeto y finalidad). Con ello, se podría verificar si las metas propuestas por determinada política han sido cumplidas o no y si los recursos que las personas han aportado han sido utilizados de modo “correcto”. Ese organismo autónomo debiese tener

reconocimiento constitucional, a mi juicio, con el fin de evitar interferencias de las mayorías políticas contingentes en una función especialmente sensible.

Se podría analizar, también, la pertinencia de incorporar esa clase de control a las funciones de la Contraloría General de la República; eso sí, pensando que ese organismo de control de la administración será objeto de estudio particular en el proceso de redacción de la nueva Constitución y que se le asegurará el mantenimiento de su autonomía constitucional y se establecerán normas que permitan asegurarle recursos financieros suficientes para ejercer sus relevantes atribuciones.

Sistema permanente de coordinación interministerial

Por último, otra materia que puede ser regulada en el texto constitucional con miras a modernizar la gestión de la Administración del Estado es el establecimiento de instancias permanentes y formales de coordinación entre ministerios sectoriales. Ello posibilitaría mejorar los débiles niveles de respuesta que brinda la convocatoria inorgánica a comités de ministros en la actualidad.

III. AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA DE ORGANISMOS TERRITORIALES EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN. UNA NECESIDAD INSOSLAYABLE, PERO DE DIFÍCIL SOLUCIÓN

Valeska Opazo

En nuestro actual ordenamiento constitucional la relación entre poder estatal y comunidad se engarza en la figura del Jefe de Estado: él es el “supremo administrador”, responsable de la satisfacción de todas las necesidades públicas, independiente de su origen, ejecución y financiamiento, y de fomentar el desarrollo del país. Poder que concreta, en todo el territorio nacional, gracias a la colaboración que le brindan los distintos organismos públicos, sustentada, a nivel jurídico, en los vínculos jerárquicos y de tutela. Consecuentemente, no es posible la existencia de algún organismo que se encuentre al margen de las potestades administrativas del Presidente de la República.

La sanidad de este vínculo entre comunidad y Jefe de Estado, para efectos de concretar la Administración Pública, es incuestionable, toda vez que contiene elementos esenciales que permiten el actuar de los servicios públicos, tales como orden y seguridad. Sin embargo, también es innegable que presenta agudas deficiencias con los actuales ámbitos territoriales, específicamente en lo que respecta al dinamismo que debe caracterizar a la función pública, principalmente en sus vertientes prestacionales y de respeto, protección y promoción de derechos fundamentales.

En efecto, si se observan las consecuencias prácticas de colocar el acento relacional en el poder central, independiente del lugar de origen de la necesidad a satisfacer, de sus características y de los medios existentes para su satisfacción, algunos de los efectos que se pueden observar son: primero, se “evapora” la responsabilidad de autoridades territoriales en la gestión y satisfacción de

necesidades propias del territorio, toda vez que el responsable de administrar el Estado, a nivel nacional y regional, es la autoridad central. Segundo, se inhibe la creatividad en la búsqueda de soluciones, porque la competencia del ente territorial se extiende, en la mayoría de las veces, solo a ejecutar, en fondo y forma, la decisión emanada del poder central, por tanto, frente a requerimientos propios de un determinado sector geográfico, la autoridad territorial carece de la posibilidad de imaginar respuestas y sus formas de concreción. Tercero, como el problema se encuentra alejado de la autoridad responsable de su solución, distanciamiento no solo geográfico, sino que también político y electoral, simplemente se olvida la necesidad territorial.

Este conjunto de verbos nos conduce a una relación de carácter estática, desde el punto de vista de la función administrativa, entre el Estado y sus regiones, toda vez que la solución a las problemáticas territoriales es irrelevante, impropia e inoportuna. Desde la perspectiva de los ciudadanos, este inmovilismo administrativo se traduce en una vulneración permanente a la garantía de igualdad en la protección de sus derechos: existe una evidente desigualdad en la satisfacción de necesidades en relación a los distintos grupos humanos que habitan el territorio; no se integra a todos los sectores de la Nación, independiente del sector geográfico de que se trate; y se no asegura el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (¿qué motivación existirá de participar si, a lo menos, se está en presencia de una dificultad espacial para influir en las autoridades responsables de tomar decisiones con enfoque territorial?).

El diagnóstico previo, ampliamente conocido y divulgado, permite presagiar que la actual discusión constitucional contemplará mecanismos de solución a esta problemática. Varias son las propuestas que se han dado: Estado Federal, Regional o Unitario fuertemente descentralizado. A nuestro entender, a fin de lograr una sana y dinámica relación entre el Estado y sus territorios, es necesario que la nueva Carta Política reconozca y garantice la autonomía de organismos territoriales.

En efecto, si entendemos por tal concepto un conjunto de funciones y atribuciones, de fuente constitucional, que entrañan el ejercicio de poderes con independencia a otros cuadros orgánicos del Estado (Zúñiga, Francisco: *Autonomías constitucionales e instituciones contra mayoritarias*, p. 230), su reconocimiento y garantía significaría asumir como legítimo, para los habitantes de un territorio, que un organismo regional, y no la autoridad central, sea el responsable y titular del poder necesario para decidir, ejecutar y financiar soluciones a sus problemáticas territoriales, lo cual se encuentra en íntima relación con una administración pública preocupada, idónea y oportuna, es decir, una función administrativa funcional. Además, su posición constitucional facilitaría un desarrollo legislativo que la respete, promueva y fortalezca (Cordero, Eduardo: *La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía*, p. 23), similar a lo que ocurre con el actual inciso primero del artículo 115 de la Constitución Política, y obstaculizaría autonomías aparentes, como acontece con los actuales gobiernos regionales que, no obstante su establecimiento en la Carta Política, presentan caracteres de organismos descentralizados.

Sin embargo, la consagración constitucional de autonomía puede resultar compleja, tanto desde una dimensión jerárquica como desde la perspectiva de órbitas de actuación, lo cual podría dificultar, condicionar o impedir su reconocimiento y garantía.

En efecto, desde el punto de vista de la jerarquía, la dificultad se encuentra en la actual exclusividad y superioridad que mantiene el Jefe de Estado para efectos de concretar la función pública. Es decir, si la doctrina está conteste en que el reconocimiento de autonomía significa negar al gobierno nacional, o a cualquier otro servicio público, la posibilidad de influir, prolongar o proyectar su poder en aquellos ámbitos en que el organismo es independiente para decidir, ejecutar y financiar, será necesario romper este privilegio. Ello requiere, primero, enfrentar y superar las causas que justifican y mantienen esta relación centralizada entre Estado y territorio, por ejemplo, aquellas de carácter histórico que ya no se condicen con el actual

funcionamiento estatal, entre las que se cuentan la tradición jurídica y administrativa española y conflictos bélicos que, en ese momento, requerían una fuerte cohesión social, (Ferrada, Juan Carlos: El estado regional chileno: lo que fue, lo que es y lo que puede ser, p. 227).

Segundo, si la autonomía significa eliminar cualquier sujeción del organismo territorial con el poder jerárquico del Presidente de la República, incluida su vertiente indirecta o de supervigilancia (Tribunal Constitucional, rol 1669-2010, considerando décimo octavo), también será necesario aceptar una nueva distribución del poder hacia organismos distintos al Jefe de Estado, es decir, admitir la eventual existencia de contrapesos regionales al poder central, desde la perspectiva de la función administrativa.

Para entender aun mas esta dificultad, consistente en una administración pública vertical, basta observar lo que ocurre actualmente con las Municipalidades. Si bien respecto de estos organismos existe un reconocimiento constitucional de autonomía, no es menos cierto que la propia Carta Política, al reconducir a la autoridad presidencial la titularidad y ejercicio de la función pública (Pantoja, Rolando: Tratado de Derecho Administrativo. Derecho y administración del Estado, pp. 276 a 277), es decir, al mantener la relación Estado-territorio enraizada en la figura del Jefe de Estado, torna ilusorio su propio reconocimiento.

Si entendíamos por autonomía un conjunto de poderes de fuente constitucional, el segundo ámbito que torna compleja su consagración, respecto de organismos territoriales, es, precisamente, la determinación de dichos poderes y su espacio de ejecución. Vale decir, el reconocimiento de autonomía significará, eventualmente, tres escenarios de poder administrativo: el primero estará compuesto por aquellos asuntos cuya decisión y ejecución debe ser uniforme en todo el territorio del Estado y, por lo mismo, de titularidad de la autoridad central. El segundo escenario, son las materias que caen dentro de la autonomía de los

organismos territoriales, es decir, aquellos asuntos de interés regional y respecto de los cuales no existe una prolongación jurídica del poder central.

La precisión de las materias que integrarán cada uno de estos ámbitos puede resultar compleja, primero, porque en su determinación se deberá conciliar la unidad jurídica estatal con la libertad de los organismos territoriales en el ámbito administrativo, es decir, se deberán encontrar fórmulas constitucionales que permitan respetar el interés público nacional y el interés público regional. Determinación que se encuentra vinculada a una situación coyuntural, de lo que en un momento determinado se entienda por uno u otro interés, lo cual elimina cualquier posibilidad de establecer parámetros rígidos de distribución de competencias.

La segunda dificultad que concurre en estos dos ámbitos, consiste en poder armonizarlos. En efecto, la determinación de aquellas materias que integrarán los cuadros de autonomía nacional y regional, no significa exclusión de estas esferas de poder, por el contrario, su formulación obliga al establecimiento de herramientas jurídico/constitucionales que permitan, de manera efectiva, la colaboración y coordinación armónica entre ellos, de modo que el ejercicio del poder administrativo sea autónomo, tanto en la esfera nacional como regional, pero también integrado y coherente. Algo de esto se vislumbra en el artículo 111 inciso tercero de la Constitución Política, cuando indica que al gobernador regional le corresponderá ejercer sus funciones *en coordinación* con los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

Por último, el tercer espacio de poder administrativo, generado a propósito de este eventual reconocimiento de autonomía a entes regionales, es uno combinado, es decir, que la decisión provenga del nivel nacional, ejecutivo o legislativo, y la ejecución quede entregada a lo regional. La dificultad que presenta este tercer escenario, es equilibrar el ámbito de libertad del organismo territorial en la concreción de la medida, con el establecimiento de un grado de control, por parte

del poder central, que permita verificar su efectiva ejecución, es decir, el problema consiste en consagrar algún mecanismo de tutela que no absorba la autonomía de ejecución.

En consecuencia, no obstante las ventajas que puede generar el reconocimiento constitucional de autonomía a organismos territoriales, principalmente desde la perspectiva de una eficiente y eficaz distribución del trabajo, no es menos cierto que su formulación presenta importantes inconvenientes jurídicos: desde el punto de la vista de la estructura estatal, significaría el desamarre con la figura del Jefe de Estado, lo cual implica transitar desde una función administrativa vertical hacia una horizontal; y en lo pertinente al ámbito y distribución de poderes entre los niveles central y regional, se traduciría en la necesidad de respetar los caracteres de especificidad y especialidad de las competencias, como también, en exigencias jurídicas de coordinación y colaboración entre ambas esferas de poder, es decir, una problemática vinculada, directamente, con el principio de juridicidad.

No obstante estas dificultades, reconocer y garantizar la autonomía de organismos regionales resulta relevante, toda vez que, en la práctica, significará potenciar el rol instrumental de la función pública y limitar el poder, lo cual, no es mas que la concreción del doble rol que ejercen los derechos fundamentales con respecto al Estado: ser impulsores y limitantes del mismo. Por tanto, este reconocimiento significaría, simplemente, la expresión de una forma democrática de relación entre Estado y territorio.

Valeska Opazo

IV. ¿SERÁN ACASO LAS SUBSECRETARÍAS UNA “MATERIA CONSTITUCIONAL”?

Octavio Ansaldi

Joandi Carvajal

1. Planteamiento general

Se utiliza la expresión “materia constitucional” (p.ej. Guastini) en el contexto de la distinción entre un concepto de constitución en sentido formal (el documento constitucional que goza de la condición, también formal, de supremacía constitucional) y otro de constitución en sentido material.

Este segundo concepto es por sí mismo objeto de discrepancias y, en cierta manera, los modos en que divergen entre sí los distintos enfoques en materia de teoría constitucional tienen que ver justamente con él. Autores en la línea de Lassalle o Mortati conciben a la constitución en sentido material como un conjunto de fuerzas que sostienen, en su interacción, al sistema político como tal; de modo que el concepto mira hacia la facticidad del desenvolvimiento de fuerzas políticas actuantes y su impacto en la configuración del orden constitucional. Otros autores, en la estela del iuspositivismo germánico al modo de Jellinek o Kelsen, emplean la noción, en cambio, como cartabón para la identificación de un determinado tipo de normas. En este sentido, la constitución en sentido material sería el conjunto de aquellas normas jurídicas que, independientemente de su ubicación textual, pueden reconocerse como normas que regulan la “materia constitucional”. Así, resulta que la constitución en sentido material puede coincidir total o parcialmente con la constitución en sentido formal, a la vez que será usual que en la constitución en sentido formal se contengan disposiciones que no sean reconocibles como propias de la materia constitucional (o al revés: que puedan encontrarse disposiciones materialmente constitucionales en cuerpos normativos distintos al documento constitucional).

Es en este segundo sentido en que se empleará aquí, preliminarmente, el concepto de “materia constitucional”. En otros términos, regular materias constitucionales sería aquello que caracteriza a las normas que, por decirlo de algún modo, “merecen” estar en una constitución entendida en sentido formal, especialmente si se aspira a la situación de ideal coincidencia entre la constitución en sentido material y la constitución en sentido formal. Sin ánimos de entrar en un asunto de teoría constitucional, vale para estos efectos asumir que la noción de “materia constitucional” que resultará determinante en un proceso constituyente como el chileno de la actualidad se ha de perfilar, antes que por elucubraciones teóricas o abstractas, a partir de una cierta interpretación del pasado constitucional (reciente y no tan reciente) que una nueva decisión fundamental viene a deconstituir y reemplazar. O sea, vale por el momento referir el concepto de materia constitucional a aquel conjunto de materias que serían, políticamente, tan fundamentales desde el punto de vista de la configuración del poder político del Estado que demandan al menos alguna regla constitucional que les afecte (como el lector podrá percibir, esto último acerca parcialmente la idea de “materia constitucional” a enfoques como los atribuidos más arriba a Lassalle o Mortati). Así, las materias susceptibles de ser consideradas constitucionales serían aquellas que demandan, al menos, una regla que sustraiga aspectos elementales sobre su diseño u organización, del juego democrático ordinario a cargo de los poderes constituidos.

Como sea, la propuesta de ponencia aquí referida no pretende entrar desde lo abstracto en la discusión de qué sea lo materialmente constitucional, para luego aplicar un determinado criterio así elaborado al campo de las subsecretarías. El camino propuesto es el inverso. Pretendemos aquí caracterizar el surgimiento y el desarrollo histórico-constitucional que han tenido las subsecretarías en el desarrollo chileno (reciente y no tan reciente), como asimismo pasar revista a su estado actual, tanto en términos de la regulación atingente a este peculiar órgano administrativo como, asimismo, en lo relativo a las actuales estructuras burocráticas sobre las que

se sostienen estas organizaciones. El objetivo es, entonces, apuntar a la historicidad política de las subsecretarías y a su forma actual de existencia; a fin de, sólo después de eso, levantar la pregunta relativa a su importancia constitucional.

¿Merecerán las subsecretarías alguna regla constitucional en la futura constitución? ¿por qué? Y en su caso, ¿cuál?

2. Un necesario recuento histórico de cara a las constituciones chilenas del pasado

Las subsecretarías, y su titular el subsecretario, adquieren su fisonomía y denominación definitivas con ocasión de una innominada ley de 1887 que organizó los ministerios, y que fue dictada durante el gobierno del Presidente José Manuel Balmaceda. Sin embargo, es posible rastrear los orígenes de la figura del subsecretario y su departamento hasta el año 1817 durante el periodo de la Patria Nueva.

En esa época, el recién electo Director Supremo, Bernardo O'Higgins, estableció tres modestas secretarías en lo que en ese entonces se denominaba la Secretaría del Reino de Chile (Secretaría de Guerra y Marina, Secretaría de Hacienda, y Secretaría de Gobierno y Relaciones Exteriores). Cada secretaría contaba en su interior con despachos a cargo de un "Oficial Mayor" (p.ej. la Secretaría de Guerra y Marina contaba con dos despachos, uno Guerra y otro de Marina, cada uno a cargo de un Oficial Mayor). Es aquí donde se encuentran las raíces de lo que conocemos actualmente como los subsecretarios. De hecho, ya la fugaz Constitución de 1822 se refería en su artículo 137 al "Oficial Mayor Subsecretario" y en sus artículos 138, 139 y 140 a la figura de los "Subsecretarios".

Con la llegada de la Constitución Liberal de 1828 se marca un hito que perdurará hasta nuestros días, los oficiales de secretarías –entre ellos el Oficial Mayor– adquieren el carácter de cargos de exclusiva confianza del titular del Poder Ejecutivo, al establecerse en su artículo 83 N° 4 que "Son atribuciones del Poder

Ejecutivo: Nombrar y remover sin expresión de causa a los Ministros Secretarios del Despacho, y a los oficiales de las secretarías”. De aquí arranca, por cierto, una disposición constitucional que tendrá permanencia en nuestra historia constitucional: se repite en muy similares términos en el art. 82 N° 6 de la Constitución de 1833, y luego en el art. 72 N° 5 de la Constitución de 1925.

Son estas disposiciones, naturalmente, la inspiración directa del actual art. 32 N° 7 de la Constitución de 1980, según el cual: “Son atribuciones especiales del Presidente de la República: Nombrar y remover a su voluntad a los ministros de Estado, subsecretarios, delegados presidenciales regionales y delegados presidenciales provinciales”. El numeral siguiente del mismo artículo (art. 32 N° 8) se encarga, por cierto, de enfatizar que los subsecretarios “serán de la confianza exclusiva del Presidente de la República y se mantendrán en sus puestos mientras cuenten con ella”.

Excluyendo otras tres disposiciones constitucionales gentes (que refieren al régimen remuneracional y a ciertas incompatibilidades aplicables a los subsecretarios; véanse: artículos 38 bis, 57 N° 2 y 132), la disposición del art. 32 N° 7 es hoy en día la principal regla constitucional en materia de subsecretarías. A su respecto cabe entonces preguntarse, ¿es esta una decisión constitucional fundamental en el diseño del poder político del Estado chileno? ¿es esta una norma que regula, en rigor, una materia constitucional? Y si es así, ¿por qué?

3. Línea de análisis propuestas

Existen indicios que llevan a pensar que, en la organización administrativa ministerial, el nivel inmediatamente inferior al del titular de la respectiva cartera -que en Chile corresponde a los subsecretarios- es entendido como el vértice que quiebra la lógica estrictamente política de las “autoridades de gobierno” y, en consecuencia, inicia los mandos ministeriales de naturaleza funcional (véase la jurisprudencia administrativa de la Contraloría, p.ej. dictámenes 7122/18, 44990/17, 82393/15, 47579/13, entre otros). El Presidente y los ministros suelen ser

considerados -por la Contraloría- como autoridades de gobierno, mientras que los subsecretarios, en cambio, son considerados funcionarios públicos. Sin embargo, dicha conclusión es difícil de sostener en términos tajantes mientras las subsecretarías mantengan como mecanismo de provisión y remoción de sus titularidades aquel que las vincula a la confianza exclusiva del Presidente de la República.

Es por eso que puede emprenderse un análisis constitucional productivo, especialmente desde el punto de vista de lo que la ciencia política y administrativa ha denominado: las relaciones entre política y administración (*politics and administration*, al menos desde la obra de F. Goodnow). Este enfoque conduce, por cierto, a los entresijos constitucionales que envuelve la propia organización del poder ejecutivo; problemática por la que insignes administrativistas del pasado, de la talla de Valentín Letelier, se han preocupado. De modo que, aun a pesar de ser una regla breve y poco llamativa, cabe afirmar que la regla constitucional vigente del art. 32 N° 7 entraña un conjunto de aspectos que bien podrían ser considerados como propios de la materia constitucional. Ciertamente, juega al menos un rol decisivo en la estructuración del poder presidencial frente a su propio aparato burocrático-ministerial, y con ello juega entonces un rol fundamental en la forma que adopta nuestro actual poder ejecutivo.

Esta reflexión abre, sin embargo, una pregunta de más largo alcance: ¿qué es una subsecretaría, desde el punto de vista de qué funciones político-constitucionales se espera que las subsecretarías sirvan? Una pregunta como esta demanda una respuesta sobre relaciones de poder, en este caso, unas relaciones que se mueven necesariamente sobre el trasfondo de unas ciertas fuerzas opuestas entre política y administración (o cabría decir: fuerzas pertenecientes al sistema de partidos políticos, frente a fuerzas de impulso estrictamente burocrático o funcional/profesional). Por cierto, el arreglo constitucional que se pueda adoptar en torno a la provisión de los cargos de subsecretarios tiene, además, potencial para afectar una serie de otros aspectos organizativos: en general el tratamiento de

los poderes presidenciales (o de un jefe de gobierno total o parcialmente análogo) y, con ello, el perfil del régimen presidencial (u otro eventual régimen de gobierno que vaya a adoptarse a nivel constitucional).

La mantención de una regla como la actualmente contenida en el art. 32 N° 7 en una futura constitución chilena, nos parece, que implica una toma de posición relevante sobre el modo en que se localiza y distribuye el poder político dentro de la rama ejecutiva. De ahí que no resulta superfluo discutir sobre el rol que esta disposición puede jugar en un eventual debate constituyente. Ya sea porque la opción óptima pueda ser la de mantener hacia el futuro una regla como esta, variar el contenido de esta regla hacia una que apunte en una dirección diversa, u optar simplemente porque en esta materia específica la futura constitución guarde silencio (lo que sería, en todo caso, desde la perspectiva constitucional, ya una decisión por sí misma).

V. BIENES COMUNES, DOMINIO PÚBLICO Y AUTONOMÍAS TERRITORIALES. ALGUNOS PROPUESTAS PARA CHILE, A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO

Benoît Delooz Brochet²

En el marco de las XVII Jornadas de derecho administrativo de la Asociación de Derecho Administrativo de Chile (ADAD) cuyo tema es “Derecho Administrativo y Constitución”, la ponencia aquí propuesta busca, a través del estudio de la noción fundamental del dominio público (en adelante: DP) bajo el prisma de la noción de *bienes comunes*, establecer las condiciones de un empoderamiento de las autonomías territoriales en el contexto de la reforma del Estado que anuncia el proceso constituyente en curso. La gestión catastrófica de la crisis sanitaria ha demostrado que el Estado no sabe gestionar sus bienes e incluso el modelo de la concesión aparece como un fracaso.

El marco teórico (1) de la ponencia está entonces definido por las dos nociones jurídicas de dominio público y de bienes comunes. Su confrontación o puesta en relación (2), estudiado a la luz de la doctrina y práctica comparada, permite hacer algunas propuestas (3), de fondo como técnicas, particularmente en cuanto a las autonomías territoriales. El nivel local y regional parece jurídica y prácticamente el mejor para buscar una aplicación de los bienes comunes: dondequiera que se haya desarrollado el problema de “lo común”, eso ha correspondido a una demanda de participación, cooperación y reparto a nivel local en la gestión de los recursos colectivos que son objeto de apropiación privada o de “confiscación” por parte de una autoridad pública. Pero, el interés de la noción de

² Docteur en Sciences Juridiques de l’Université de Toulouse 1 Capitole (France). Doctor en Derecho de la Universidad de Chile. Profesor de Derecho público. Facultad de Derecho y Humanidades, Universidad Central de Chile, Lord Cochrane 417, Santiago de Chile. benoit.delooz@ucentral.cl

“común” quizás se manifiesta tanto en la cuestión de la propiedad, como en la de potestad tutelar. De hecho, la propiedad de un bien cuenta menos que su gobernanza.

Marco teórico: dominio publico y bienes comunes

La historia del los bienes comunes es larga y ha conocido un auge fulgurante desde el premio nobel de economía otorgado a Elinor Ostrom en 2009. Pero, como lo señala J. Rochfeld, se constata hoy en la literatura económica como jurídica un regreso de los “comunes. De manera esquemática, se puede decir en un primer tiempo, que se trata de la voluntad de abrir al uso de todos (o de una comunidad) las utilidades de ciertos bienes o aún de la de conservar ciertos recursos y de transmitirlos a las futuras generaciones. La visión economista que prevaleció en los trabajos iniciales tomo un nuevo giro, un rumbo jurídico está vez con el impacto de los trabajos de la comisión Rodotà en Italia quienes han suscitado un gran interés en la doctrina jurídica, privada como pública, y luego en la jurisprudencia. Hay que recordar que frente a los intentos de los diferentes gobiernos de Silvio Berlusconi de privatizar el conjunto de los servicios públicos locales, en particular la gestión del agua potable, antes gestionado por empresas de capital esencialmente público según el modelo “*in house*”, se armó un vasto movimiento de “indignación”. Eso condujo a la creación en 2007, de la Comisión de Bienes Públicos, presidida por Stefano Rodotà, encargada por el Ministerio de Justicia de preparar un proyecto de ley constitucional sobre la modificación- principalmente- del Libro III del Código Civil, relativo a los bienes públicos. El objeto de la reforma era dotar al Estado de las herramientas jurídicas para recuperar y administrar mejor ciertos bienes públicos. La comisión forjó una nueva categoría jurídica, la de “bienes comunes” que no depende ni de lo público -es decir, estatal- ni de lo privado – caracterizado por el derecho de uso y abuso (*ius utendi* y *abutendi*). Los bienes comunes se referirían a un tercer tipo de propiedad, para designar “las cosas funcionalmente útiles para el ejercicio de los derechos fundamentales y el libre desarrollo de la persona” según la propia comisión. Lo que los distingue de los bienes públicos es, por lo tanto, una

propiedad difusa. La reforma no vio la luz, pero varias experiencias locales como movimientos ciudadanos y jurídicos emergieron e incluso algunas jurisprudencias. Varias son las aproximaciones jurídicas a la noción de bienes comunes. Ugo Matteí, uno de los juristas más radicales, “define a los bienes comunes, o la propiedad común, como aquellos de la colectividad que deberían desempeñar una función constitucional de tutela de lo público frente a la propiedad privada (poder privado) y a la propiedad del Estado (poder del Estado). En ese contexto, “el Estado (...) usualmente favorece la privatización de los bienes comunes (entre ellos, los bienes públicos que administra el Estado), sin que haya mecanismos jurídicos o constitucionales de rendición de cuentas de las acciones privatizantes sobre los comunes.” En una concepción también radical de lo "común", Antonio Negri afirma que es una praxis. El "común" no se considera un recurso "por naturaleza", sino que "se convierte en común" porque se lucha por que sea así". El "común" se refiere más bien a un proceso o práctica. Se dice que una cosa es "común" a partir del momento que es reivindicada como tal.

Si la ponencia se inscribirá claramente en un enfoque jurídico –y no económico- la noción de bienes comunes cuestiona dos conceptos fundamentales del pensamiento filosófico-político-jurídico occidental: la soberanía y la propiedad. En el contexto del proceso constituyente, la ponencia puede ser un aporte a la reflexión sobre esas materias fundamentales.

Ahora, si autores como A. Lucarelli consideran que los bienes comunes pueden permitir una refundación no estatal del derecho público sobre la base de una concepción más amplia de la democracia (la tercera vía que constituye los bienes comunes desvinculados de los bienes públicos y de los bienes privados encuentra sus orígenes en DUGUIT) al cuestionar la primacía del legislador en cuanto órgano político detentor de la soberanía, la ponencia no tiene, por cierto esa pretensión. Esta busca más investigar sobre el reconocimiento de un tercer tipo de propiedad que permite la participación a nivel local y regional sin cuestionar los servicios públicos nacionales de soberanía (policía, ejército, asuntos extranjeros,

moneda, estado civil, etc.), ni tampoco la existencia de la propiedad privada. Siguiendo a A. Lucarelli, la ponencia propone re-pensar el modelo demanial a partir de un nuevo enfoque sobre los bienes comunes orientado hacia la satisfacción de los derechos fundamentales y acompañada de una nueva forma de democracia participativa. En ese sentido, las experiencias italiana y española -doctrinal como práctica- es especialmente relevante en la medida que está influenciando ordenamientos jurídicos de índole continental como el español y el francés, y tendrá repercusiones más allá del viejo continente. Chile no escapará a la discusión y ese punto es uno de los intereses de la discusión ya que los juristas chilenos se interesan poco a la cuestión de los « bienes comunes », la cual es actualmente particularmente empoderada por la de los «bienes medioambientales».

Las relaciones entre dominio público y comunes

A primera vista, el dominio público parece constituir un terreno fértil para los “comunes”, cualquiera sea la manera con que se conciben.

Los bienes comunes como inmuebles o muebles

Si se les consideran como inmuebles o muebles que no son objeto de un derecho de propiedad exclusivo e individualistas (sin tomar partido sobre la forma jurídica de la comunidad que goza de ellos), parecen tener una cierta afinidad con el dominio público (en adelante, DP). En efecto, por una parte, éste se estructura en principio por una afectación a la utilidad pública (que puede ser local) y, por otra, por su inalienabilidad (y su imprescriptibilidad). Esas dos características limitan el derecho de propiedad de las personas públicas sobre los elementos de su DP, en beneficio de la población.

Los bienes comunes como procedimiento

Considerados en su dimensión procedimental que implica una gestión colectiva o al menos una participación del público a las decisiones que les conciernen, los bienes comunes parecen más alejados del DP. El régimen actual del DP, así como sus orígenes históricos -vinculados a la defensa militar del territorio

y la política económica estatal de del desarrollo económico- dejan poco espacio a la participación del público en la elaboración y la adopción de los actos relativos a esos bienes públicos. Sin embargo, el régimen demanial no lo excluye y cada vez más se exigen encuestas públicas, etc. para sacar algunos bienes del DP. Ahora bien, dos aspectos del régimen del DP, cuyos efectos se combinan y se refuerzan, dificultan el desarrollo de los “comunes”, considerados como bienes poseídos y/o gestionados por una comunidad. Se trata de la naturaleza voluntarista de la afectación y del derecho de propiedad de las personas públicas.

Normalmente, un bien perteneciendo a la Administración no puede estar afectado a un uso directo del público o a un servicio público sin su voluntad. Así, los administrados no pueden por su comportamiento, aunque colectivos, proceder a la afectación de un bien al uso directo publico, los principios de inalienabilidad (y su imprescriptibilidad) oponiéndose a tal evolución. La administración siendo al cargo del bien común (art. 1 CPR y 3 LOCGBAE), debe determinar lo que exige el interés general. En cuanto a la afectación de un bien público a un servicio público, esa decisión depende del poder legislativo y de la administración, porque no existe un servicio público “por naturaleza”. La dimensión voluntarista del DP refuerza el control que la administración ejerce sobre el DP.

Por otro lado, desde el principio del siglo XX no cabe duda que las personas públicas tienen un derecho de propiedad, no solo sobre su dominio privado, sino también sobre su DP. Esa concepción refuerza la idea que no hay un DP *per se* o por naturaleza que sería a disposición de la comunidad de los administrados.

Para que los elementos del DP puedan acercarse a los “comunes”, la primera idea sería de romper con la concepción voluntarista del DP y parecería útil regresar a la doctrina de la primera mitad del siglo XIX y particularmente las de J.-B. V. Proudhon. Para que funcione, el legislador debería decidir y delimitar todos los DP de manera precisa. Pero, descartar la noción de afectación llevaría de manera mecánica a reducir el alcance del DP. Los bienes afectados a un SP ya no estarían

protegidos por las reglas demaniales y sería lo mismo para varios bienes que la administración ha afectado al uso directo del público. En definitiva, es el campo de los comunes mismo que sería reducido si se lo piensa a través del DP.

Relevancia y aportes de la ponencia propuesta

Los aspectos originales a desarrollar a la luz son entonces de tres ordenes: en primer lugar, ¿cómo y hasta dónde, los bienes comunes cuestionan la noción de dominio público y, entonces, de soberanía?; en segundo lugar, ¿cómo los bienes comunes permiten pensar bajo nuevo ángulo la función social de la propiedad? En tercer lugar, ¿cómo, en base a las dos interrogantes previas, los bienes comunes pueden fortalecer las autonomías territoriales, en la medida que el reconocimiento del derecho fundamental al disfrute de los bienes comunes requiere necesariamente un sistema político y administrativo local capaz de potenciar la dimensión participativa de los ciudadanos.

Los bienes comunes cuestionan la noción de dominio público y de soberanía

Fabienne Orsi ha mostrado, apoyándose sobre los trabajos de Yann Thomas, como la noción de «público» originalmente asociada a la de pueblo y ciudadano, ha pasado a ser hoy propiedad del Estado. La autora afirma que al mismo tiempo que esa substitución se realiza, la noción de «propiedad» adquirió un sentido totalmente diferente, explicando por parte la disolución de los vínculos entre Estado y sociedad. Al origen, en derecho romano, el estatuto de los bienes públicos no era fundado sobre su naturaleza, sino que habían sido instituidos así para sustraerlos del comercio, es decir del circuito de la propiedad y del intercambio, para afectarles al uso del público: las cosas eran públicas porque inalienable e inapropiable a razón de su uso público y no por ser de titularidad estatal. Sin regresar sobre la historia del “descontrol” que sufrió el pueblo sobre los bienes comunes, cabe señalar- aún con Thomas- que los juristas romanos “no concebían esos bienes como propiedad del Estado sino como « copropiedad de los *cives*» y que, agrega ese autor, a la época republicana solo se podía consagrar un bien como *respublicae* con una votación popular. La propiedad entonces no estaba vinculada, como hoy, al principio de un derecho subjetivo del Estado, copiado sobre la concepción privatista formalizada en el Código Napoleón, pero cuyas raíces expropiatorias remontan a

mucho más antes como se ha señalado, y particularmente el movimiento de los *enclosures* en Inglaterra.

Como lo señala Orsi, las etapas de la sustitución de la propiedad de todos a la propiedad del Estado, se realiza principalmente a partir de la revolución francesa y los códigos civiles europeos que han rehabilitado la definición clásica del *dominium* del derecho romano y la noción de “disponibilidad” verdadero fundamento de la noción moderna de la propiedad. Detrás de la disponibilidad, se encuentra la preeminencia del poder del sujeto para utilizar los bienes como le parezca. Ahora bien, según la mayoría de la doctrina, es Jean-Baptiste Victor Proudhon quién habría teorizado la división entre el dominio privado del Estado y el dominio público compuesto por los bienes afectados al uso público o a un servicio público, dominio público sobre el que el Estado debería tener sólo un simple “derecho de custodia”. El Estado tenía entonces solo un derecho de administrar el dominio público en beneficio del público y no tenerlo en propiedad. Sin embargo, se produjo un cambio radical – principalmente a partir de la segunda mitad del siglo XIX- que consiste en entregar al Estado la gestión “en nombre y para el público (para el pueblo)” del dominio público. Al momento que el público se vuelve pasivo, se podría decir menor, es el inicio del gran movimiento que busca reconocer al Estado la personalidad jurídica y, entonces, la posibilidad de atribuirle un derecho de propiedad sobre los bienes públicos.

Los bienes comunes rehabilitan la función social de la propiedad

Uno de los aspectos central de la ponencia es entonces regresar sobre la concepción dominante de la propiedad como derecho subjetivo y absoluto para volver a una concepción alternativa de la propiedad definida como función social, uno de cuyos grandes promotores fue Léon Duguit a principios del siglo XX. Muy crítico de la idea de los derechos subjetivos en general y de la personalidad del Estado en particular, la noción duguitiana fue recogida por varias Constituciones, entre ellas – por lo que nos interesa aquí- la italiana de 1948, la española de 1978 o la chilena de 1980 (art. 19 numeral 24º). Vemos bien como, como consecuencia de las críticas a la noción de propiedad pública como privada, la noción de bienes

comunes puede influir sobre la definición de la demanialidad pública- material como inmaterial-y entonces sobre los poderes de la administración para decidir “soberanamente” de su destinación.

Los teóricos y prácticos de los bienes comunes, como Lucarelli, estiman que lo que “falla en la estructura fundadora de la demanialidad, y entonces en las elaboraciones teóricas a las que da lugar, es el vínculo entre bienes demaniales y derechos fundamentales. Hasta ahora, la función social vinculada a la demanialidad ha permanecido sujeta al poder discrecional del *dominus*, del propietario público, más que a los derechos fundamentales que deben protegerse.” Y el autor de invitar a construir justamente ese vínculo a través de la elaboración jurídica de los bienes comunes.

Los bienes comunes pueden favorecer la autonomía de los territorios

Si la concepción del DP defendida por Proudhon descartaba toda idea de propiedad, en cambio lo ponía bajo la tutela total de la administración, es decir bajo el control de la potestad pública. Ahora bien, como se ha visto, un “común” no significa “ausencia” de propiedad”, sino una forma de propiedad que, en lugar de ser concebida como exclusiva, sea pensada como inclusiva. Si, entonces, no se puede eliminar la propiedad pública entendida como dominio público (es decir bienes destinados al uso del público o afectado a un servicio público, pero -aquí está lo fundamental- cuya destinación o afectación es decidida por la administración) y la propiedad privada, se podrá indagar las experiencias de bienes comunes tal como han sido practicadas en Italia o España, por tomar ejemplos más cercanos culturalmente de Chile.

Los bienes comunes obligan a enmendar la democracia representativa a través de mecanismos de participación, que constituyen uno de los aspectos de los derechos fundamentales: el reconocimiento y la gestión de ciertos bienes, hoy considerado parte del dominio público, como “comunes” permite cuestionar varios aspectos de éste y proponer modificaciones -para nada utópicas- que tienen que

ver con la titularidad, el control, la posesión, y la gestión de los bienes comunes que sería de la responsabilidad de la colectividad en su conjunto y no de una estructura administrativa, aunque estén previsto mecanismos de participación ciudadana.

Es más, el desarrollo de la participación del público a la toma de decisiones que concierne el DP, podría permitir evitar que la administración privilegie demasiado la explotación comercial privada del DP en desmedro de su puesta a disposición del público.

Una de las consecuencias de la consagración de la noción de bienes comunes, aunque solo a nivel local o regional, sería también la posibilidad de redefinir las finalidades, la organización y la gobernanza de varios servicios públicos locales.

Por último, la introducción de modificaciones de esa amplitud permitiría avanzar hacia una concreción del principio de subsidiariedad en beneficio de los entes territoriales chilenos.