

Régimen de Gobierno y Administración del Estado

Día 3 – Panel 4

Tabla de contenido

I.	De la confusión a la distinción entre Gobierno y Administración del Estado.....	3
	Introducción.....	3
	La distinción Gobierno y Administración en la doctrina nacional y en algunos ejemplos comparados.....	3
	La confusión.....	4
	La diferenciación: pros y contras y algunas propuestas.....	5
II.	La separación de poderes y los órganos constitucionales autónomos.....	7
	El principio de separación de poderes.....	7
	La Nueva Separación de Poderes.....	9
	Órganos constitucionales autónomos en la tradición constitucional chilena.....	10
	Los órganos constitucionales autónomos en la nueva constitución: tres cuestiones básicas.....	14
III.	Definiciones constitucionales sobre la Administración del Estado, un problema complejo.....	18
	Introducción.....	18
	Diagnóstico.....	19
	Una visión crítica, la extensión de dichas modificaciones y su real impacto.....	20
	Nuestra propuesta.....	21
IV.	Los órganos administrativos de rango constitucional.....	23
	Introducción.....	23

La Constitución y la organización fundamental del Estado.....	23
La Administración del Estado ante la regulación constitucional.....	24
La regulación constitucional de la distribución territorial del poder	26
La consagración constitucional de órganos administrativos especiales	27

I. DE LA CONFUSIÓN A LA DISTINCIÓN ENTRE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Enrique Petar Rajevic Mosler*

Introducción.

La diferenciación conceptual entre la función de gobierno y la función administrativa, ambas incluidas en lo que convencionalmente se denomina “Poder Ejecutivo”, persigue diferenciar las tareas propiamente políticas de las tareas de ejecución de políticas y de prestación de servicios. La función de gobierno establece las directrices o grandes orientaciones del aparato administrativo, determinando prioridades y asignando medios, y conduce a la Administración Pública. Además, está compuesta por personal de exclusiva confianza, que cambia con las elecciones, salvo que la nueva autoridad elegida los confirme. La función administrativa, en cambio, materializa las políticas públicas y las prestaciones que, de modo rutinario y permanente, requiere la población, y la integra un personal permanente, reclutado según sus méritos y sujeto a un estatuto que resguarda su profesionalismo. Por ello se dice que debe seguir el principio de la eficacia indiferente.

La distinción Gobierno y Administración en la doctrina nacional y en algunos ejemplos comparados.

Esta diferenciación es conocida en la doctrina desde hace mucho tiempo, tanto a nivel nacional como comparado. En el plano nacional revisaremos como a finales del S. XIX este tema fue objeto de atención a propósito de las reformas administrativas impulsadas después de la Guerra del Pacífico, y veremos cómo no logró volcarse en la Carta de 1925, al menos no con la precisión que habría sido deseable. A nivel comparado revisaremos algunos ejemplos para verificar como se concreta esta diferenciación, al menos en España y en Francia. Eso, porque el

* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile.

artículo 97 de la Constitución española, de 1978, señala que «El Gobierno dirige... la Administración civil y militar...» y más adelante, en su artículo 103.1, dispone que «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales...». En tanto, la Constitución francesa, de 1958, en su artículo 20 establece que «El Gobierno determinará y dirigirá la política de la nación. Dispondrá de la Administración y de la fuerza armada...».

La confusión.

Si bien la Constitución vigente distingue ambas funciones, las confunde al entregarlas en simultáneo a las mismas autoridades, siguiendo el tranco de las Cartas Fundamentales de 1833 y 1925. No se trata de que no haya base para sostener su diferenciación, tanto porque el art. 38 habla de la pura Administración y allí sitúa la “carrera funcionaria”, fundada en “principios de carácter técnico y profesional” y con “igualdad de oportunidades de ingreso a ella”, como porque la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado la desarrolla al entregar a los Ministerios las funciones típicamente asociadas al Gobierno, y a los Servicios Públicos, las vinculadas con la administración. En esto es probable que la voracidad de la política haya impedido que se generase una Administración “en forma” que pudiese servir de contrapeso al Gobierno.

Tres ejemplos de esta indiferenciación son:

- a) La precarización del empleo público general, pues no se ha constituido nítidamente una capa de funcionarios/as permanentes, si bien existe. Ello, porque la sospecha de ser “operador/a político/a” rodea a todo quien no ingresó por concurso público, esto es, a $\frac{3}{4}$ partes del total. Los resultados de la encuesta nacional a funcionarios públicos de Chile de 2020 en relación con su forma de ingreso al Estado y el rol que piensan que tendría la política en su desarrollo profesional, así lo testimonian.
- b) La desvinculación masiva de los directivos sujetos al Sistema de Alta Dirección Pública durante los dos primeros años de los últimos tres Gobiernos, derivadas

de la alternancia política. Revisaremos las cifras que lo acreditan y que llevan a que la duración promedio de estos directivos sea, actualmente, de 2,95 años, esto es, ni siquiera los 3 que establece la Ley N° 19.882; y

- c) La falta de regulación del funcionamiento del Gobierno. Sabemos que organismos constituyen la Administración, según el artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, pero no cuáles integran el Gobierno, aunque podamos deducirlo de su texto. El funcionamiento del Consejo de Gabinete o del Comité Político, o la tramitación de un reglamento o de un proyecto de Ley son prácticas de cada Gobierno, que escasamente se registran en un instructivo o documento informal, y que impiden generar un acervo institucional incluso en la función de gobierno. Un ejemplo de regulación en esta línea es la Ley española 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

La diferenciación: pros y contras y algunas propuestas.

Revisaremos, primero, qué ventajas y qué inconvenientes podría tener introducir esta distinción en la nueva Constitución. Aunque esta parte requiere un estudio más profundo, estimo tentativamente que considerarla favorecería la consolidación de un empleo público “profesional”, tanto a nivel general como en el plano directivo. También podría traducirse en fortalecer la fisonomía orgánica de las entidades del Poder Ejecutivo, de manera que denoten su pertenencia a una u otra categoría. Lo anterior debiese repercutir en una mejor implementación de políticas públicas y una mayor confianza de la ciudadanía en las instituciones públicas, entre otras cosas porque si se mantiene el actual escenario de fragmentación política, garantizar la existencia de una Administración Pública estable y profesional resulta esencial. De igual modo, y dependiendo de la manera como se exprese en el texto constitucional, podría ser una oportunidad para superar el enfoque orgánico del Derecho Administrativo y transitar a un enfoque funcional, que abarcara las

actividades administrativas realizadas por los órganos del Estado ajenos al “Poder Ejecutivo”.

Sin embargo, hay riesgos que analizar. Entre ellos están: (i) la corporativización del funcionariado, que puede usar su posición para mejorar su propia posición postergando el interés general; (ii) la balcanización del Poder Ejecutivo, dividido en feudos cuya coordinación sea dificultosa o imposible (algo de eso ya lo vivimos en los litigios judiciales entre organismos públicos, como CODELCO y la Contraloría o numerosos servicios públicos y el Consejo para la Transparencia; y (iii) El desalineamiento entre Administración y Gobierno.

Para terminar, ensayaremos propuestas concretas a través de las cuales el nuevo texto constitucional podría operativizar esta distinción, asumiendo un modelo presidencial y uno semipresidencial, de una manera que se ajuste a nuestra tradición, maximice los beneficios buscados y procure conjurar los riesgos identificados.

II. LA SEPARACIÓN DE PODERES Y LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

Guillermo Jiménez

Samuel Tschorne

Este paper analiza el problema de la constitucionalización de órganos administrativos autónomos. Argumentaremos que contra las apariencias la inclusión de este tipo de instituciones en una constitución es un problema que nos obliga a preguntarnos por el lugar de la Administración del Estado en las estructuras modernas. Por lo tanto, este no es problema meramente técnico que se circunscribe a un número reducido de órganos.

El principio de separación de poderes

El principio de separación de poderes debería ser el punto de partida de esta discusión. La “doctrina pura” asocia tres funciones a tres órganos separados (Vile 1998). De acuerdo a esta doctrina, “Es esencial para el establecimiento y la mantención de la libertad política que el gobierno sea dividido en tres ramas o departamentos, la legislatura, el ejecutivo, y la judicatura. A cada una de estas tres ramas hay una función de gobierno identificable, legislativa, ejecutiva o judicial” (Vile 1998 14). En el mismo sentido, Michel Troper explica que la versión jurídica de esta doctrina sostiene se basa en las reglas de independencia especialización. De acuerdo a la primera, “hay que crear autoridades u órganos mutuamente independientes, lo que significa en la práctica que los individuos que compongan cada una de estas autoridades no deben ser nombrados por los otros órganos y, sobre todo, que deben ser discrecionalmente revocables por ellos” (Troper 2001 204). De acuerdo a la regla de especialización, por su parte, “el Estado considerado globalmente ejerce tres funciones: legislativa, ejecutiva y jurisdiccional [...] cada una de las autoridades o cada uno de los grupos de autoridades debe estar especializado en el ejercicio de una de las funciones, es decir que sólo debe ejercer

una de ellas y ejercerla completamente y, en cambio, no debe participar en absoluto en el ejercicio de las demás funciones” (Troper 2001 204).

A pesar de la fuerza persuasiva que esta doctrina todavía parece poseer, existen desarrollos contemporáneos que son difícilmente compatibles con esta doctrina. La existencia y, especialmente, la constitucionalización de “órganos regulatorios o de supervisión independientes” es uno de los fenómenos que ponen en tensión ideas recibidas sobre la separación de poderes. Estos órganos han surgido en un relevante número de constituciones a partir del siglo XX para desempeñar funciones que no es posible reducir a una categoría homogénea (Bulmer 2019). Entre las funciones que han sido identificadas están el aseguramiento de la integridad de los procesos electorales, la protección de la imparcialidad de la administración pública y de los nombramientos públicos, la preservación de la independencia de la judicatura, el aseguramiento de la integridad financiera del Estado y la prevención de la corrupción, el aseguramiento de la justicia administrativa, la protección de la libertad de información, la preservación del pluralismo de los medios de comunicación, el monitoreo y promoción de los derechos humanos, la igualdad de género y de los derechos de minoría, la supervisión de transiciones y la implementación de constituciones, y el manejo económico y la distribución de recursos entre regiones (Bulmer 2019).

Por cierto la propia administración pública constituye una estructura distinguible de las tres clásicas. El propio Vile (1998 capítulo 13) explica que el surgimiento del Estado Administrativo ha constituido un desafío a las ideas de separación de poderes predominantes entre los siglos XVII y XIX. En su descripción, mientras el Poder Ejecutivo encarna valores de eficiencia, el Legislativo de democracia y el Judicial de justicia, la administración encarnaría el valor de justicia social y habría desarrollado formas de actuación a través de procedimientos que promoverían ese valor (Vile 1998 381). De esta forma, “el término ‘ejecutivo’ hace ya tiempo que ha perdido su connotación original, porque los líderes políticos a la cabeza de la maquinaria estatal, ya sea la presidencia o un gabinete en un sistema

parlamentario, se han involucrado profundamente en la formulación e iniciación de política y legislación tanto como en su implementación. Ahora la etiqueta 'ejecutivo' es incluso menos apropiada, porque es la maquinaria administrativa, influida pero no controlada por el liderazgo político, la que pone en acción las leyes" (Vile 1998 400).

Así, el problema de una "cuarta rama" o "cuarto Poder" del Estado, incluye no sólo cómo reconocer constitucionalmente órganos de regulatorios y de supervisión autónomos, sino que también exige pensar las estructuras constitucionales que acomodan a la Administración del Estado más en general. Esto explica que para ciertas concepciones constitucionales más conservadoras la misma administración moderna sea de dudosa constitucionalidad.

De esta manera este trabajo quiere destacar los puntos de contacto entre la emergencia de órganos constitucionales autónomos encargados de "controlar" el funcionamiento de las otras ramas del gobierno y el estatus constitucional de la administración.

La Nueva Separación de Poderes

En la literatura comparada la versión más restringida de este fenómeno ha comenzado a ser estudiado de forma relativamente reciente, pero está lejos de estar consolidado. Tras la escandalosa contienda electoral entre George W Bush y Al Gore, Bruce Ackerman (2000) lo abordó en su ensayo *The New Separation of Powers*, abogado por la creación de nuevas instituciones constitucionales neutrales respecto de los poderes políticos y que pudieran arbitrar disputas en donde el partisanismo se expresa de forma más agresiva como las electorales.

Luego, del ataque a las Torres Gemelas y el nuevo escándola por la parcialidad de la asesoría jurídica del gobierno que amparo violaciones a los derechos humanos en los interrogatorios a sospechosos de terrorismo, este mismo autor volvió a explorar la idea de incorporar órganos autónomos en la estructura constitucional de Estados Unidos (Ackerman 2010). Argumentó que era necesario

crear un Supreme Executive Tribunal que ofreciera interpretación jurídico-constitucional independiente al ejecutivo en contraposición con la asesoría jurídica políticamente sesgada que ofrece la Office for Legal Council (Ackerman 2010). Este órgano permitiría que especialmente los miembros del Congreso solicitaran prontas determinaciones jurídicas respecto de asuntos que la Corte Suprema no estaría normalmente dispuesta a resolver (por ejemplo, por ser asuntos incluidos en la “political question doctrine”).

Como se ve, en estos dos casos Ackerman observa que existen falencias en la estructura constitucional tradicional que sólo pueden ser remediados por la vía de crear nuevas instituciones de supervisión del proceso electoral y del Ejecutivo, respectivamente.

Como ya anticipamos en otros sistemas constitucionales, fórmulas como las exploradas por Bruce Ackerman ya han sido implementadas. De hecho, existen estudios que han intentado generalizar a partir de la gran variedad de instituciones que se encuentran en constituciones modernas (Bulmer 2019, John Ackerman 2011, Landau 2013). En los últimos años, especialmente atractiva ha sido la idea de la posible emergencia de una nueva cuarta rama del gobierno dedicada a preservar la integridad pública o el valor no-mayoritario de la democracia (Khaitan 2021, Tushnet 2021).

Órganos constitucionales autónomos en la tradición constitucional chilena¹

Comencemos entonces por la pregunta más básica: ¿qué es un órgano constitucional en el derecho chileno? Órgano constitucional es todo organismo cuya existencia está contemplada directamente en la propia constitución y que ésta decide regular con algún detalle —especificando su función, principales atribuciones

¹ Esta sección y la siguiente han sido adaptadas de un post de los autores en www.razonesconstituyentes.cl.

y algunos aspectos de su organización (composición, nombramiento, etc.). Esto lleva, a su vez, a preguntarse: ¿qué órganos son regulados por las constituciones? Aunque las constituciones exhiben enormes variaciones a este respecto, hay ciertas distinciones básicas que permiten orientar la discusión. Hay órganos que de manera prácticamente universal han estado regulados en todas las constituciones, pues establecen la separación de poderes y definen el régimen de gobierno. Más allá de los órganos centrales de los poderes “legislativo”, “ejecutivo” y “judicial”, en las constituciones normalmente se decide contemplar otros órganos constitucionales (esto ha llevado a que se hable de un “cuarto poder”, “quinto poder”, etc.). Es esta última categoría, sobre todo cuando se trata de órganos no jurisdiccionales dotados de autonomía constitucional, la que plantea las preguntas más interesantes.

De acuerdo con la doctrina clásica de la separación de poderes, las constituciones modernas se detienen a establecer y regular una asamblea legislativa (el Parlamento o Congreso), los principales órganos del poder ejecutivo (el jefe de gobierno y sus ministros) y aspectos básicos del poder judicial y, particularmente, de los tribunales superiores de justicia. Así, la actual constitución regula estos órganos en los capítulos IV, V y VI. Si bien todos estos poderes, bajo la concepción tradicional son en principio independientes y sus poderes se apoyan directamente en la constitución, todos se controlan mutuamente a través de los mecanismos de control y contrapeso que establecen las propias normas constitucionales y la legislación complementaria. La regulación constitucional de la manera en que Congreso y gobierno se relacionan y controlan entre sí define el régimen de gobierno en ese sistema constitucional, y el establecimiento de una judicatura independiente siempre ha constituido un elemento necesario del Estado de derecho.

No obstante, la enorme mayoría de las constituciones contemplan otros órganos constitucionales además de los ya mencionados. En este aspecto la experiencia histórica y comparada se vuelve extraordinariamente heterogénea. Desde luego, en las constituciones normalmente se regulan los principales órganos

de gobierno y administración interior, pues se considera que es importante que se adopte una decisión constitucional acerca de la distribución territorial del poder (ie. el grado de descentralización en un Estado unitario como el chileno). Aunque la autonomía local y los poderes municipales han sido objeto de intensa discusión entre nosotros, sobre todo durante la segunda mitad del siglo XIX, es probablemente la discusión sobre el gobierno y administración regional donde se ha dado con mayor intensidad la discusión sobre descentralización territorial, como demuestran las recientes reformas al capítulo XIV de la constitución sobre gobierno y administración interior.

En los textos constitucionales chilenos pasados se han contemplado otros órganos constitucionales, algunos que han dejado de existir (ej. el Consejo de Estado bajo la Constitución de 1833) y otros que todavía tienen algún equivalente, tales como la creación de órganos jurisdiccionales especiales fuera del poder judicial encargados de la justicia electoral y la justicia constitucional (ie. el Tribunal Calificador de Elecciones y el Tribunal Constitucional, respectivamente, bajo la Constitución de 1925). La constitución de 1980 dedicó sendos capítulos a configurar estos órganos constitucionales de tipo jurisdiccional (hoy capítulos VIII y IX). Pero más allá de estos órganos constitucionales, que en tanto jurisdiccionales tienen la autonomía propia de todo órgano de esta clase («independencia judicial»), más interesantes son los órganos no jurisdiccionales dotados de autonomía constitucional. Durante la constitución de 1925, sólo con la constitucionalización de la Contraloría General de la República en 1943 (Ley 7727) nos encontramos con un ejemplo de un órgano administrativo cuya autonomía viene establecida por la constitución.

Bajo la actual constitución el número de esta clase de órganos constitucionales autónomos no jurisdiccionales se expandió de manera notable. Además de la Contraloría (capítulo X), a este tipo de órganos constitucionales autónomos se sumó primero el Banco Central (capítulo XIII) y el Consejo Nacional de Televisión (art. 19 n° 12); y luego del retorno a la democracia, el Ministerio

Público (capítulo VII) y el Servicio Electoral (capítulo IX). La existencia de estos órganos constitucionales autónomos de tipo no jurisdiccional plantean preguntas distintas para el derecho y la teoría constitucional porque constituyen una excepción al carácter unitario del poder ejecutivo.

El poder ejecutivo es unitario en nuestro sistema constitucional: “el gobierno y la administración corresponden al Presidente de la República, quien es el jefe de Estado” (art. 24 CPR). Todos los demás órganos de la administración del Estado (esto es, todos los órganos no parlamentarios ni jurisdiccionales) constituyen un complejo de instituciones públicas cuya unidad responde a que están bajo la dirección del gobierno y, en último término, del Presidente (“El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes”, art. 1 LOCBGAE). Al Presidente le corresponde gobernar y administrar el Estado por intermedio de los ministerios que dirigen de acuerdo a sus políticas e instrucciones la actuación del gobierno y los servicios públicos en sus respectivos sectores (arts. 1 y 2 DFL 7912/1927; arts. 22 y 23 LOCBGAE). Esto es importante por razones democráticas. La actuación de la Administración es legítima en un Estado democrático de derecho porque implementa las políticas fijadas por el Presidente, quien es la principal autoridad de gobierno a la que la ciudadanía confió la dirección del Estado a través de una elección directa para que lleve adelante su programa de gobierno dentro del marco que fijan la Constitución y las leyes por un período determinado. Por eso, en principio, todos los órganos de la administración del Estado están sometidos «a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar» (art. 28 LOCBGAE).

Los órganos autónomos constituyen una excepción, pues como su nombre lo indica, son órganos que por decisión constitucional son autónomos respecto del gobierno y, en este sentido, no están sometidos a dirección presidencial. Esto hace extremadamente problemática su legitimación democrática. Desde luego, porque

sus decisiones no cuentan con el respaldo democrático provisto por las políticas, planes y programas aprobados por el Presidente. Lo único que podría justificar este carácter anómalo en términos democráticos es la especial función que cumplen estos órganos cuyo desempeño hace imprescindible que actúen con un grado particularmente intenso de independencia o autonomía frente al gobierno de turno. Así, se argumenta, porque asumen precisamente funciones de control y fiscalización del gobierno y la administración (Contraloría), porque asumen la política monetaria (Banco Central), la persecución penal (Ministerio Público), la administración de los procesos electorales (Servicio Electoral) o de un medio de comunicación social particularmente sensible para la libertad de expresión (Consejo Nacional de Televisión). La exención de la dirección presidencial que viene asegurada por su autonomía constitucional, supone que no sólo sus órganos de dirección no están sometidos a instrucciones o las políticas del Presidente, sino que sus autoridades de dirección tienen un sistema de nombramiento, remoción y duración en el cargo compatibles con su independencia. Esto exige como contrapeso que se disponga de alguna otra vía de rendición de cuentas ante la ciudadanía por parte de sus órganos políticos y que sus decisiones estén debidamente sometidas a controles de juridicidad ante órganos propiamente jurisdiccionales. Como ha sostenido consistentemente la doctrina y la jurisprudencia, la «autonomía» no supone una «autarquía» constitucional, de manera tal que todo órgano autónomo puede —más todavía, debe— estar sometido a un conjunto apropiado de controles y contrapesos (Contreras y Lovera, 2020: 275-7).

Los órganos constitucionales autónomos en la nueva constitución: tres cuestiones básicas

Los órganos constitucionales autónomos no jurisdiccionales enfrentarán tres tipos de cuestiones en una futura constitución. Primero, debe adoptarse una decisión sobre cuáles de estos órganos se deben reconocer en la futura constitución: ¿Deben mantenerse algunos o todos estos órganos? ¿Hay otros

órganos que deban crearse/reconocerse a nivel constitucional y dotarlos de autonomía frente al gobierno? Un segundo tipo de decisión versa sobre cómo regularlos en la constitución: ¿cuán intensamente deben regularse en la constitución cada uno de estos órganos y, correlativamente, qué debe remitirse al legislador? Junto a estos dos tipos cuestiones que necesariamente deberán decidirse en una futura constitución, es necesario considerar, por último, la propuesta de crear un régimen básico de agencias administrativas independientes para autorizar al legislador bajo ese marco crear órganos administrativos exentos de control presidencial.

Hasta el momento, en la literatura no se han ofrecido argumentos muy elaborados para responder estos distintos tipos de cuestiones. Respecto del primer tipo de cuestiones, se ha sostenido que salvo en el caso del CNTV y el COSENA, es bastante improbable que se deconstitucionalice algunos de estos órganos, puesto que no parece haber razones de peso para “sacarlos” de la constitución (Soto, 2021: 197). De manera similar, en cuanto a la pregunta de si agregar nuevas instituciones a la lista de órganos constitucionales autónomos —y, en su caso, cuáles— no se ha hecho más que reconocer que hay órganos que han empujado constantemente por lograr este «reconocimiento constitucional» (ej. el Consejo para la Transparencia, la Defensoría Penal Pública y el Instituto Nacional de Derechos Humanos) y observar que de multiplicarse estos órganos se arriesga con extender indebidamente el texto constitucional (Soto, 2021: 197). Más allá de los argumentos que se dan para destacar la importancia de las funciones que cumplen estas instituciones y de que tengan un carácter técnico (Vergara, 2017: 46), no se ha ofrecido un criterio general que permita dar una respuesta razonada a la pregunta de qué órganos debieran mantener o adquirir autonomía constitucional. Esto es lo central, pues como es evidente, existen muchas instituciones estatales que cumplen funciones de carácter técnico muy importantes que no tendrán y no debieran tener este “reconocimiento constitucional”.

En cuanto al segundo tipo de cuestiones, se ha observado con razón que la constitución vigente ha regulado de forma muy dispar estos órganos sin que se justifique esta diversidad regulatoria y debiera hacerse un esfuerzo por uniformar la regulación de estos órganos en la constitución (Núñez 2021: 14). Así, no parece haber una buena explicación de por qué el Banco Central está regulado de una manera tan superficial en la constitución, lo que ofrece un contraste con la detallada regulación dada al Ministerio Público o el Servicio Electoral. Al mismo tiempo, se afirma, la importancia de resguardar la autonomía de estos órganos frente a indebidas intervenciones de los órganos políticos debiera exigir que la constitución someta su regulación complementaria a leyes supramayoritarias (Soto, 2021: 198). No obstante, pareciera que la experiencia bajo la constitución vigente con las leyes orgánicas de estos órganos sugiere que someterlas a estos quórum supramayoritarios las rigidiza excesivamente. Por lo demás, mientras no se examine mejor el argumento general que justifica la creación de estos órganos no es posible evaluar adecuadamente si esto viene exigido por las razones que justifican su autonomía constitucional.

El tercer tipo de pregunta plantea problemas a los que no se han dado debida atención. Hasta hoy se ha entendido de manera más o menos unánime que la creación de órganos exentos de dirección presidencial sólo se puede hacer a través de normas constitucionales, pues ello constituye una excepción al carácter unitario del gobierno y la administración (Valdivia, 2018: 95). En este contexto, la propuesta de contemplar a nivel constitucional una regulación marco que autorice al legislador a crear órganos autónomos del gobierno en determinados mercados y sectores regulados, al modo de las “agencias regulatorias independientes” que existen en algunos sistemas comparados, supone una alteración extraordinariamente importante del actual diseño constitucional (Zárate 2017; Soto, 2021: 198). A pesar de lo atractiva que parece la propuesta, los argumentos que se han dado no se hacen cargo suficientemente de los problemas de legitimación democrática, de

rendición de cuentas (esp. frente al Congreso) y de fragmentación del poder ejecutivo que supone la creación y potencial proliferación de este tipo de órganos.

III. DEFINICIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, UN PROBLEMA COMPLEJO

Roberto Burgos Pinto

Felipe Lizama Allende

Introducción

Enfrentados a una singular disyuntiva a resultas del proceso constituyente que enfrenta nuestro país, el que aún tiene resultado incierto, la Asociación de Derecho Administrativo ha propuesto, en el marco de sus próximas jornadas, tituladas “**Derecho Administrativo y Constitución**”, reflejar una problemática en que los cultores de esta disciplina no han tenido ni la figuración mediática ni la reflexión en columnas de prensa. Tal vez porque esa antigua afirmación -alemana- que el derecho administrativo es un “derecho constitucional concretizado” (Fritz Werner), es que quienes se dedican académica y/o profesionalmente al derecho administrativo, no han emitido pareceres públicos en la materia.

Por ello, motivados por el proceso en ciernes y presumiblemente, por el interés en que el debate se desarrolle en cauces normales, desprovistos de la pura consideración política contingente, donde el derecho administrativo debe contribuir, así tanto como al control, como a la racionalidad de la actuación (Sebastián Martín-Retortillo), que hoy por hoy debería ser un “reto”, en palabras del último autor citado, nuestro objeto en la ponencia que proponemos a esta Comisión Organizadora es discutir sobre qué aspectos de la Administración del Estado deben estar en una Carta Fundamental. En relación con el párrafo anterior, también la literatura alemana nos da un aliciente, a saber, que el derecho constitucional pasa y el derecho administrativo permanece (Otto Mayer)

Diagnóstico.

Desde el origen de la Constitución actual (DL N° 3464, de 1981, D.S. N° 100, de 2005) hemos visto que la Administración del Estado fue mutando no tanto en sus principios (si nos atenemos al marco previsto en el artículo 1°), sino que por la incorporación en su normativa orgánica.

Considérese a título ejemplar los siguientes cambios que ha experimentado el Código Político en la materia.

- a) Hubo modificaciones que trajeron relevancia con aquellas contenidas en la Ley N° 18.825, particularmente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, a resultas de modificar el inciso 2° del art. 38 de la preceptiva constitucional. Ello fundado, en un proceso típicamente chileno, a saber, la incomodidad que en cierta academia suscitó un fallo de la Excm. Corte (A saber, “Parra Acuña Carlos con Ilustre Municipalidad de Temuco”, dictado de 6 de marzo de 1989).
- b) Otras reformas pueden ser consideradas sustanciales, procedimentales y organizacionales a la vez, considérese para estos efectos la modificación de la Ley N° 19.097, de 1991, que modificó, entre otras disposiciones, el artículo 3°, el artículo 19 N° 20, y sustituyó los artículos 100 a 104, todos ellos de la Constitución, con el propósito de reformar el régimen municipal y la administración regional
- c) No puede olvidarse que la Constitución reconoció preclaros principios que ya habían estado recepcionados en las leyes administrativas básicas, tales como la probidad, la publicidad y la transparencia (Ley N° 20.050 de 2005), en conjunto con la prevención del conflicto de intereses en la Administración (Ley N° 20.414, de 2010).
- d) También la incorporación de algunos conceptos propios del derecho administrativo, o más bien, una aspiración para ciertas personas jurídicas

administrativas, como lo es la “autonomía”, pueden advertirse con la Ley N° 20.193, de 2007, al disciplinar el estatuto de los territorios de Isla de Pascua y Juan Fernández, o bien con la Ley N° 20.860, de 2015, que le otorga dicha calidad al Servicio Electoral.

- e) Finalmente, hay aspectos propios de la organización política y la forma de elección de las autoridades que ha incidido En el tratamiento de la Administración Regional, nos referimos a la Ley N° 20.990, de 2017, que dispuso la elección popular del órgano ejecutivo del Gobierno Regional (sin perjuicio de otras modificaciones).

Efectuada en esta breve relación normativa a que hemos pasado revista, puede advertirse que muchas modificaciones que incorporan aspectos de la organización administrativa del Estado en la Constitución han pasado por variopintas razones. Sorprendentemente, nada se dijo en alguna de ellas sobre el procedimiento administrativo, el control, las sanciones administrativas, ideas que algún lector podría asociar a las de la luz roja del derecho administrativo (Harlow y Rawlings). Una aproximación preliminar nos puede forzar a colegir que estas transformaciones dieron un cambio paradigmático en la organización administrativa chilena, con un nuevo enfoque incluso social (Pantoja Bauzá), o en terminología comparada, más propio de la “luz verde” que tiene la disciplina que nos convoca.

Una visión crítica, la extensión de dichas modificaciones y su real impacto.

Claramente, la valoración a todas y cada una de las múltiples reformas a la Carta Manga en materia de administración del Estado puede revelar cierta crítica en torno a su importancia y extensión. Podrían darse afirmaciones como que son reformas cosméticas, o más bien inspiradas en propósitos que no necesariamente prosperan. Ello envuelve un problema más propio del derecho constitucional que del derecho administrativo, la tensión entre “normatividad” y “facticidad”.

Por ello, creemos conveniente, más bien, centrarse en aquellos aspectos que sí o sí debieran ser concebidos en algún extremo en un texto constitucional positivo, que verse sobre la Administración del Estado, sin que ello pretenda sobreabundarlo de normas. Algún observador podría acusar que es una nueva forma de reflejar el “minimalismo constitucional” (José Francisco García) en un área particularmente sensible y en la que, es por todos sabidos, la Administración tiene una gran función en el marco de lograr la procura existencial (Daseinsvorsorge), de la que hace ya años nos hablara Ernst Forsthoff y que explicitara con detalle García Pelayo.

Enseguida, vemos de modo palmario que en la relación administración-individuo pueden tener cabida los métodos de hermenéutica constitucional, los que pueden diferir con los de la legislación civil, que podrían ser empleados por la Administración activa a fin de garantizar la observancia del principio de juridicidad estatuido constitucionalmente. La realidad es que cello constituye un problema, que ha advertido Schmidt Assman, de momento que la interpretación de algunas normas administrativas “carece de un canon metodológico”, pues se deben combinar diversos métodos interpretativos, y además cabe tener presente la llamada interpretación “conforme a la constitución”, a fin de restringir la hermenéutica de los organismos que aplican el supremo texto, a fin de ser respetuosos de las decisiones mayoritarias.

Nuestra propuesta

Por lo expuesto, somos del parecer que, en lo referido a la Administración del Estado, la Constitución pueda incorporar los componentes básicos de una administración centralizada y sus mecanismos de atenuación, y evaluar la posibilidad que algunos de los principios contenidos tanto en la Ley N° 18.575, como en la Ley N° 19.880, puedan reflejarse parcialmente en dicho texto, sin caer en la redundancia normativa, pero que sirvan al adjudicador constitucional/administrativo como un elemento de hermenéutica que permita reflejar que los cambios constitucionales pueden tener una mayor o menor utilidad en los ciudadanos.

En consonancia con lo anterior, somos contrarios al exceso de incorporaciones normativas en materia de Administración del Estado a la Carta Fundamental, como las que hemos visto desde los años 1989 hasta esta data, pues ellas denotan más bien un exceso de confianza en la realización de aquella idea que, si está en la Constitución, su cumplimiento será inmediato.

A mayor abundamiento, varios de los temas que por años han generado genuino interés de reflejarse en la Constitución, nunca tuvieron cabida en la Constitución, considérese la justicia administrativa, la responsabilidad patrimonial de la Administración (que sigue generando intensa discusión doctrinal y jurisprudencial), el acto administrativo y su procedimiento de elaboración, la construcción de la jurisprudencia administrativa vinculante para la Administración del Estado (incluso, sin fundamento constitucional, como lo planteó Eduardo Aldunate). Esperar en la comodidad de la docencia y del ejercicio profesional que se zanjen de una buena vez estos temas a nivel normativo-constitucional, nos parece un completo despropósito.

Por ello, tal vez con cierto realismo jurídico y político, el catálogo mínimo administrativo facilitaría la deliberación democrática sobre qué tipo de Administración debemos tener, al terminar el proceso constituyente, facilitaría la interpretación constitucional al sustraer del extenso articulado constitucional múltiples materias que exceden al texto, siendo indispensable retomar el valor de la ley como cauce de la acción administrativa toda vez que, como señalara García de Enterría, toda acción singular del poder esté justificada en una ley previa.

IV. LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS DE RANGO CONSTITUCIONAL

José Miguel Valdivia Olivares

Tomás Patricio Izquierdo Serrano

Introducción

En la Constitución aun vigente figura un número importante de organismos públicos, varios de los cuales forman parte de la Administración del Estado o cumplen funciones administrativas. El reemplazo del marco constitucional, promovido bajo la alegoría de una hoja en blanco, plantea la inevitable pregunta acerca de la sobrevivencia del reconocimiento constitucional de esas instituciones. Sería ingenuo querer predecir lo que irá a ocurrir con el texto constitucional que apruebe la Convención; probablemente, tampoco sería muy consistente con ningún método de análisis jurídico. En cambio, lo que el derecho efectivamente posibilita, y es el objeto de la ponencia que se propone, es formular criterios acerca de la necesidad o incluso la simple posibilidad de consagrar a nivel constitucional el reconocimiento de una determinada institución pública.

La Constitución y la organización fundamental del Estado

Ante todo, corresponde a la Constitución tomar definiciones sobre la estructura fundamental del Estado.

Desde una perspectiva minimalista, la operación constitucional ha de recaer en las condiciones de gobernabilidad política, que se traducen en el establecimiento de un régimen de gobierno singular. Chile ha seguido –salvo en períodos breves– un modelo fuertemente presidencial en este ámbito; es posible que esa materia cambie, lo cual dependería de una nueva ecuación que determine la manera en que habrán de relacionarse el Presidente de la República y el Congreso Nacional.

En sí misma, y aunque de modo parcial, esta estructura elemental ya supone un cierto reconocimiento del principio de división de poderes. El Congreso y el

Gobierno son depositarios de funciones clásicamente distinguibles: la legislación y la conducción política del país. Sería inusual no contemplar aquí mismo una regulación también elemental de los órganos judiciales, que recoja así la triada clásica de los poderes del Estado imaginada por los juristas filósofos de la Ilustración, y al mismo tiempo prolongue la tradición constitucional chilena, que desde al menos 1818 contiene una configuración elemental de los órganos jurisdiccionales. Ciertamente, la forma exacta del aparato jurisdiccional o sus variantes es algo que no debe necesariamente preverse por la Constitución.

Una perspectiva conceptual sobre los órganos constitucionales los identifica como titulares o receptores de atribuciones constitucionales singulares específicas, en el sentido de que su ejercicio no está sujeto a la interferencia de otras instituciones. En ese sentido, antiguamente confundida con alguna dimensión de la soberanía, los órganos constitucionales son independientes o autónomos unos de otros. La observación vale también para la noción teórica de justicia constitucional radicada en un órgano específico, un tribunal constitucional; con todo, con este ejemplo esta idea de órgano constitucional se muestra contingente o subordinada a las opciones políticas de cada país: no todos los regímenes constitucionales occidentales cuentan con Tribunales Constitucionales ni es necesario tenerlos.

La Administración del Estado ante la regulación constitucional

La noción conceptual de *órgano constitucional* impide considerar a la administración misma como uno de esos órganos. La administración es una herramienta del gobierno y está subordinada al legislador; no puede pensársela, ni en forma agregada ni considerando sus integrantes singulares, como autónoma de las demás instituciones constitucionales. *A priori*, ningún organismo administrativo necesita reconocimiento constitucional.

Sin duda, la Constitución puede definir algún criterio aplicable a la administración entendida en sentido orgánico. En el texto vigente, las referencias a la administración se concentran en: a) dominación por el Presidente de la República;

b) origen mediante norma legal; c) carácter técnico profesional (como proyección de la garantías institucionales de la burocracia); d) estándares diferenciados de control judicial, por contraste con el régimen común de garantías de los justiciables; y e) algunos controles administrativos. ¿Es necesario que la próxima Constitución se refiera a estas materias?

Parece ineludible adscribir la administración al centro de poder político. Que en sí misma la configuración de este centro de poder esté sujeta a discusión, es una cuestión completamente distinta: el gobierno cuenta con la administración como herramienta de materialización de las opciones políticas de la ciudadanía. En cuanto al modo de creación del aparato estatal, la regla actualmente vigente (que exige de una norma legal) es relativamente rígida, y podría ser objeto de alguna flexibilización; con todo, algún filtro legislativo en la materia es inevitable, desde el momento en que al menos el gasto público es ordenado por norma de origen legislativo. Es mucho más discutible que las garantías institucionales de la función pública deban ser recogidas en la Constitución; en esta materia las categorías legales están en una crisis terminal, pero deberán ser definidas con calma en otro escenario, de modo que si el constituyente quisiera hablar al respecto, debiera ser extremadamente parco. En cuanto al control judicial, es aconsejable que la constitución ofrezca garantías a los ciudadanos, pero ellas sólo tienen sentido si son distintas de las previstas de modo general para la discusión de cualesquiera litigios entre partes; hasta ahora, no se ha avanzado mucho en un ejercicio de diferenciación sobre la materia, por lo que la cuestión debería pensarse mejor. Finalmente, las referencias al control por la Contraloría dependerán de cuánto se diga sobre ese organismo; ahora bien, el eventual reconocimiento constitucional de esa institución probablemente estará vinculado a su función principal, que es precisamente el control de la administración, aunque no parece necesario prever con detalle sus manifestaciones específicas.

La regulación constitucional de la distribución territorial del poder

Un Estado unitario –como sido la tónica de Chile, si se exceptúa la breve aventura federal de 1826– se caracteriza por la presencia de un único centro de poder para todo el territorio, en cuanto a las funciones básicas del Estado: un único poder judicial, un único legislativo y un único gobierno. Si embargo, este diseño no es incompatible con modos de organización administrativa que impliquen grados fuertes de descentralización territorial. ¿Tiene que preverse esto en la Constitución?

En el entendido de que la administración del Estado es conducida por el gobierno, las pretensiones de autogobierno por parte de los territorios podrían verse dificultadas. Por eso, no es infrecuente que las constituciones se ocupen también de la definición sobre distribución territorial del poder. Es más discutible que esos lineamientos constitucionales sobre regionalización o sobre el régimen municipal atribuyan a los órganos respectivos la calidad de genuinos órganos constitucionales (autónomos). La descentralización territorial puede ir acompañada de formas de coordinación o colaboración interadministrativas más o menos intensas. Probablemente ese será el caso de los servicios públicos que se transfieran a las regiones, como también lo es la infiltración de las orientaciones del gobierno central en algunas materias de resorte municipal, como la gestión del urbanismo. ¿Estas técnicas ponen en riesgo el objetivo central de autodeterminación de los territorios?

En épocas de experimentación sobre la materia, como la que está inaugurándose con los gobiernos regionales, nada es menos conveniente que una regulación muy intensa de la configuración constitucional de estas instituciones. Lo mismo cabe postular respecto de los municipios, que se ven enfrentados a múltiples modificaciones legales que ocasionalmente reflejan la inadecuación del marco constitucional.

La consagración constitucional de órganos administrativos especiales

La atribución de la administración del Estado al Presidente de la República (Constitución, Art. 24) ha impulsado al constituyente a consagrar —e incluso regular— constitucionalmente a varios órganos administrativos autónomos de la administración central. Esa consagración puede ser motivada por distintas razones.

Ante todo, la consagración constitucional de un órgano tiene un insoslayable componente simbólico; le otorga cierto grado de fijeza o estabilidad que acrecienta su estatus. Es probable que varios de los debates que han antecedido a la consagración de estas instituciones atendieran preferentemente a demandas más o menos imprecisas de autonomía. Por supuesto, estas motivaciones son legítimas, aunque su asistematicidad puede provocar anomalías. De hecho, en el marco vigente es posible detectar órganos cuya previsión constitucional es solo atribuible a pulsiones políticas de un momento concreto, ya sea como distinción a los nobles objetivos de la institución o por temor a las consecuencias negativas que persigue mitigar.

Por cierto, la consagración constitucional de órganos administrativos conlleva la estabilización de ciertos debates. Sea o no su motivación original, los órganos constitucionales están protegidos de la discusión legislativa, pues solo pueden modificarse o eliminarse mediante una reforma constitucional, que suele requerir quórum más altos de aprobación. Esta rigidez se acrecienta cuando la Constitución no solo prevé la existencia de los órganos sino también su regulación; en principio, esto no parece conveniente, pues provoca la perpetuación de reglas específicas que a la larga pueden resultar arcaicas o políticamente cuestionables.

Es indudable que la discusión constitucional seguirá alimentándose de este tipo de motivaciones, más aún en un escenario de efervescencia política. Sin embargo, la racionalización de la discusión exige dotarla de algún grado de sistematicidad.