

# CONTRIBUCION AL ESTUDIO DE LA LEY ORGANICA SOBRE ADMINISTRACION DEL ESTADO

*José Luis Cea Egaña*

Profesor de Derecho Político y Derecho Constitucional \*

## I. INTRODUCCIÓN

El precepto constitucional sobre las Bases Fundamentales de la Administración del Estado<sup>1</sup> puede ser examinado desde tres perspectivas: la exigencia que establece de dictar una ley orgánica constitucional; en seguida, que ésta debe considerar los cinco grupos de materias a que se refiere el inciso primero; y en tercer lugar, la posibilidad de reclamación, en la sede contencioso-administrativa, respecto de las lesiones a los derechos de los administrados provocadas por órganos administrativos y municipales, según el inciso segundo.

En el presente estudio me circunscribiré a los dos primeros puntos indicados, porque el tercero es ajeno a la ley básica de la Administración del Estado o Administración Pública. Util es advertir, además, que mi enfoque es constitucional más que de Derecho Administrativo.

## II. PRECISIONES SOBRE LAS LEYES ORGÁNICAS

En lo atinente a la ley orgánica constitucional y su contenido, cabe partir asumiendo el conocimiento de las cuatro características que la tipifican en nuestro ordenamiento jurídico, inspirado en el modelo de las Constituciones francesa, italiana y, de alguna manera, la española de 1978, de modo que no es menester aquí analizarlas. Conveniente es aclarar, sin embargo, algunas dudas que origina la dictación de tales leyes y su ulterior aplicación.

Sobre el particular, cabe preguntarse, en primer lugar, respecto de la extensión y profundidad con que el legislador puede abordar las cinco materias aludidas en el inciso primero, pues, si bien la ley orgánica debe ser básica y general, limitándose a sistematizar los principios y normas fundamentales que desarrollan directa e inmediatamente los preceptos constitucionales, cabe agregar, como segunda especie de disposiciones, aquellas que tienen el carácter de elementos complementarios indispen-

\* Síntesis de la exposición verbal hecha por el autor ante la Comisión de Estudio de las Leyes Orgánicas Constitucionales, el 12 de mayo de 1983.

<sup>1</sup> Constitución de 1980, artículo 38.

sables, esto es, que lógicamente deben entenderse incorporados en el rango propio de una ley orgánica constitucional. En consecuencia, mediante la adición de normas imprescindibles y de las conexas indispensables, se amplía la competencia del legislador en la materia.

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

Si la ley orgánica puede contener las tres clases de preceptos esbozados, como lo ha aceptado reiteradamente la mayoría de nuestro Tribunal Constitucional<sup>2</sup>, sería útil que la misma ley declarara para el efecto del control preventivo de la constitucionalidad que le incumbe, cuáles son las disposiciones fundamentales u orgánicas, cuáles son los elementos complementarios o indispensablemente conexos a aquéllas y cuáles, en fin, son las normas legales meramente comunes, precisión expresada por el legislador en el propio texto normativo que, obviamente, puede ser revisada por dicho Tribunal. Ese camino, práctico y lógico debido a la sistematización legislativa que implica, respetaría la competencia del legislador tanto calificado como común, a la vez que facilitaría el ejercicio del contralor constitucional respecto de los tres ámbitos competenciales descritos.

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

En mi concepto, la ley siempre es obra del mismo Órgano, que declara la voluntad soberana en la forma prevista por la Constitución. Esto es

<sup>2</sup> Consultar, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional pronunciada el 26 de noviembre de 1981 y publicada en IX *Revista Chilena de Derecho* N° 1 (1982), pp. 127-131.

lo esencial y sustantivamente decisivo, ya que la jerarquía de las normas no se establece sólo ni principalmente por los procedimientos de elaboración, sino en atención a la diferente calidad de los sujetos que las producen y al contenido de los preceptos cuya dictación es de su competencia. De esta manera, fluye que procede distinguir entre el legislador constitucional, de una parte, y el legislador constituido, de otra. Este es el sentido que, a mi juicio, deviene correcto en cuanto al principio de jerarquía que nuestra Constitución reconoce<sup>3</sup>.

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

Cabe concluir, en consecuencia, que la inconstitucionalidad material de las leyes calificadas y ordinarias no resulta de su presunta inferioridad de rango en relación con la ley orgánica, es decir, de la infracción al principio de jerarquía normativa, sino de la invasión de ámbitos competenciales reservados expresamente a esta última, esto es, de la vulneración del principio de competencia y no de posición formalmente jerárquica<sup>4</sup>.

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

### III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO

En primer lugar, pertinente resulta observar que la Constitución se refiere en algunos preceptos a la Administración o administración del Estado y en otros a la Administración Pública o administración pública<sup>5</sup>, no obstante que, hasta la reforma constitucional de enero de 1970, la jurisprudencia y la doctrina precisaban que la primera de tales locuciones era el género y la segunda la especie dentro de aquélla. A partir de dicha reforma, sin embargo, la Carta se refirió con acierto a la Administración del Estado, abarcando tanto la centralizada como la descentralizada.

<sup>3</sup> Consultar, por ejemplo, los artículos 6º, 7º, 19 Nº 26, 24, 32 y 80 de la Constitución.

<sup>4</sup> Tesis sustentada por Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández en su *I Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Civitas, 3ª ed., 1982), pp. 134-137.

<sup>5</sup> Así ocurre, por ejemplo, en los artículos 3º, 24, 33, 38, 60 Nº 18 y 62 inciso 2º e inciso 4º Nº 4º, respectivamente.

Pues bien, en mi opinión los términos aludidos que hoy aparecen en la Constitución deben entenderse como sinónimos, incluyéndose, en consecuencia, los servicios públicos que integran la Administración centralizada, tanto concentrada como desconcentrada territorial o funcionalmente, y a la vez los servicios que forman parte de la Administración descentralizada, estimada territorial o funcionalmente.

La única duda, en cuanto a la ubicación que les corresponde en tal esquema, es la relativa a los organismos asesores, a ciertas instituciones técnicas y a los entes privados que desempeñan alguna función administrativa y que no son servicios públicos. Por vía ilustrativa, menciono sobre el particular, el Consejo de Estado, ODEPLAN y CONAF, respectivamente, a propósito de cada una de las tres categorías nombradas.

#### IV. CRITERIOS ESTRUCTURAL Y FUNCIONAL

La determinación de la organización básica de la Administración Pública o del Estado es el primero de los cinco grupos de materias que debe regular la ley orgánica constitucional y el más importante, por lo que me detendré en él.

Dicha Administración puede considerarse en una perspectiva estructural u orgánica y en otra funcional u operativa, aclarando que esta última puede ser normativa, de ejecución o fiscalizadora y que, aun cuando el texto constitucional parece aludir sólo a la dimensión estructural, es lógico y conveniente tomar en cuenta también los principales asuntos complementarios o conexos que inciden en el aspecto funcional.

Destaco la importancia, consecuentemente, de que el legislador llegue a un criterio definido respecto de la amplitud y profundidad de su competencia en la elaboración del texto pertinente, pues si se extiende no sólo a la parte orgánica, sino también a la operativa, convendría conceptualizar ciertos términos comunes en el Derecho Administrativo y en el Derecho Constitucional en lo pertinente a los principales actos jurídicos de carácter administrativo, precisando qué autoridades son competentes al respecto. Aludo, en concreto, el decreto supremo, reglamento, resolución y orden de servicio, por ejemplo.

#### V. PRINCIPIOS MATRICES

La determinación de la organización básica de la Administración Pública debe efectuarla la ley orgánica con sujeción a determinados criterios matrices, una sinopsis de los cuales presento a continuación.

### 1. Organización jerárquica y piramidal

El principio de jerarquía u organización piramidal, que tradicionalmente ha tenido y que no obsta a su modernización, ha de ser reconocido y aplicado. Según tal principio, el Presidente de la República es el supremo jerarca, que gobierna y administra el Estado<sup>6</sup>, y a cuya autoridad deben ser reconducidos, mediante dependencia o simple relación, los Ministerios y todos los servicios públicos nacionales o territoriales, sean descentralizados o desconcentrados en sus diversas especies.

### 2. Estado Unitario con Administración Descentralizada y Desconcentrada

Como segundo criterio matriz sugiero reconocer el principio unitario en cuanto a la forma de Estado para, en seguida, aplicar el siguiente esquema de organización administrativa: como regla general —siguiendo el criterio trazado por la Carta Fundamental— establecer la desconcentración funcional y regional de los Ministerios y servicios centralizados, señalando la ley orgánica las disposiciones de común aplicación en la materia, y no limitándose a repetir el propósito escuetamente declarado en el artículo 103 de la Constitución. Pienso que ésta es la ocasión de armonizar las disposiciones de la nueva ley con las pertinentes sobre regionalización.

En seguida, debe avanzarse en el proceso de regionalización mediante el establecimiento de servicios funcional y territorialmente descentralizados, contemplando también aquí las normas de común aplicación que desarrollen el principio presente en la Constitución<sup>7</sup>. Al respecto, una vez más destaco que no me parece suficiente que la ley orgánica se limite a reproducir las buenas intenciones expresadas en el artículo 3º de la Carta Fundamental.

Por último, señalo que debe ser ampliamente permitida la delegación de atribuciones —concepto distinto de los de desconcentración y descentralización— y el procedimiento para practicarla, estableciendo sólo la responsabilidad del delegatario, dejando a salvo, obviamente, lo propio del delegante en caso de negligencia en el cumplimiento de sus deberes de dirección y fiscalización, entre otros.

### 3. Legalidad superior o discrecionalidad en régimen de heterotutela

Como tercer criterio, propongo reiterar y desarrollar el principio de legalidad, especialmente enfocado en relación con la discrecionalidad administrativa. Me declaro partidario de una delimitación drástica de dicha discrecionalidad, como asimismo de la eliminación de las facultades

<sup>6</sup> Constitución de 1980, artículo 24 inciso 1º.

<sup>7</sup> Id., artículos 3º y 103.

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

Abundando sobre el tópico, considero que la Constitución es clara y explícita al excluir la posibilidad de que los órganos administrativos ejerzan facultades jurisdiccionales, particularmente de carácter punitivo, sea por la vía de multas u otras sanciones, o por medio de la discrecionalidad, que estimo peligrosa.

A mi juicio, no es propio que la Administración Pública, por sí y ante sí, apoyándose en la autotutela, ejerza facultades sancionatorias que afecten a las personas o los bienes de los administrados. El artículo 19, números 2° y 3° en relación con el artículo 73 de la Constitución, entre otros, relativos al debido proceso y a la igual protección de los derechos, son categóricos en el sentido de reservar el ejercicio de las facultades jurisdiccionales a los tribunales que establezca la ley, y no radicar en los servicios públicos, cualquiera sea su jerarquía o naturaleza, el ejercicio de potestades tan delicadas, especialmente cuando no están severamente controladas por un órgano independiente.

Reconozco que la evolución del Derecho Público en este sentido se ha orientado, lamentablemente, por lo que se ha denominado la “despenalización” de las leyes y la “administrativización” de las sanciones, pero lo que a mi juicio debe encontrarse es una fórmula que salvaguarde el ejercicio de los derechos y no los deje entregados a la discrecionalidad —en este caso, punitiva— de la Administración.

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

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

#### 4. *Competencia y nomenclatura uniforme*

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

Con base en tal asunto es posible avanzar hacia el establecimiento de una nomenclatura uniforme y de general aplicación en la división interna de los Ministerios, Subsecretarías y servicios en general, como asimismo en las denominaciones respectivas. La ley orgánica constitucional que se estudia proporciona una gran oportunidad para sistematizar la caótica e imprecisa terminología otrora existente en la materia, la que desgraciadamente ha sido reintroducida en la Nueva Constitución<sup>8</sup>. Proporciono como ejemplos aquellos entes denominados fiscales, semifiscales y de administración autónoma, cuya identificación nunca ha sido claramente perfilada por la jurisprudencia ni por la doctrina, con las consecuencias que tal ambigüedad conlleva.

#### 5. *Coordinación entre Leyes Orgánicas*

El quinto criterio consiste en excluir de esta ley orgánica la normativa referente a instituciones creadas o mantenidas por la propia Constitución y que han de ser reguladas mediante sus respectivas leyes orgánicas. Tal sucede con la Contraloría General de la República, el Banco Central y las Municipalidades<sup>9</sup>. Agrego que, en todo caso, sería necesario coordinar las disposiciones de la ley orgánica sobre las bases de la Administración Pública con las correspondientes a los demás cuerpos legales que se dicten para los órganos mencionados.

#### 6. *Fiscalización y supervigilancia*

El sexto criterio matriz en la configuración de las bases de la Administración Pública estriba en regular el ámbito de la fiscalización y de la supervigilancia, precisando el campo de la Contraloría General de la República. Aparentemente y según las Actas Oficiales de la Comisión

<sup>8</sup> Examinar, verbo y gracia, los artículos 55 y 62 inciso 4º, números 2º, 3º y 4º.

<sup>9</sup> Constitución de 1980, artículos 87, 97 y 107, respectivamente.

de Estudio de la Constitución, la actuación de la Contraloría estaría circunscrita sólo a la Administración centralizada, de tal forma que las leyes respectivas fueran indicando, en cada situación, la extensión o no de ella a la administración descentralizada. Asimismo, debe regularse en lo esencial el ámbito y ejercicio de la fiscalización interna de la Administración, vale decir, los problemas de subordinación y de supervigilancia o tutela.

### 7. *Subsidiariedad del Estado*

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

## VI. OTROS ASUNTOS

El inciso segundo del artículo 38 contempla otras cuatro materias, a las cuales me referiré en forma sucinta porque inciden estrictamente en el ámbito administrativo, el cual prefiero reservar a los especialistas en la disciplina respectiva.

La primera de tales materias es la referente a la carrera funcionaria, la cual ha de ser considerada en conjunto con los principios de carácter técnico y profesional en que debe cimentarse. Aclaro, sin embargo, que las ideas que formularé no son aplicables a los cargos de exclusiva confianza y libre designación del Presidente de la República.

A mi juicio, la carrera funcionaria debe estar basada principalmente en el mérito, objetivamente evaluado mediante calificaciones periódicas. Además, ha de ser reconocido el derecho a ascender y la propiedad del ejercicio de la función —mas no del cargo— respecto de los funcionarios que observen buen comportamiento o idóneo desempeño en sus funciones. Atribuyo, por ende, suma importancia a la estabilidad de los funcionarios en las tareas que sirven. La completa prescindencia política en todos los cuadros y jerarquías de la Administración Pública y la devoción leal al servicio y al país deben ser reconocidas y reguladas, dando lugar, en el caso de incumplimiento, a las correspondientes sanciones.

La igualdad de oportunidades en cuanto al ingreso a la Administración Pública podría extenderse a los ascensos y al nivel de remuneraciones de quienes no pueden ser promovidos, a pesar de su comportamiento funcionario meritario. Esta igualdad debe asegurarse mediante concursos públicos, sean nacionales, sectoriales o específicos, considerando el derecho

a reclamar por vicios ante la Contraloría o los órganos jurisdiccionales del caso.

Por último, creo que la capacitación y perfeccionamiento de los cuadros públicos deben desarrollarse para lograr una eficiente y moderna carrera funcionaria, ojalá en términos semejantes a los empleados en el Poder Judicial o en las Fuerzas Armadas, de Orden y de Seguridad Pública. En igual ámbito de ideas agrego que la carrera funcionaria debe estar relacionada con la capacitación y el perfeccionamiento permanente financiado, dando lugar a la realización de actividades —cursos y seminarios, por ejemplo— que podrían exigirse como requisito previo para nombramientos, ascensos y promociones.

Una vez que se han establecido relaciones parciales y morales con el régimen fiscal que regula dichos derechos, no parece tener lugar a ello, no por la particularidad jurídica que constituye un análisis de pura naturaleza, sino porque en el plano tributario, además de constituir un instrumento para recaudar dichos fiscales, debe cumplir objetivos de carácter económico y social. Entre estos últimos, la promoción de la cultura, se manifiesta a través de aspectos literarios, científicos y científicos, mediante el establecimiento de gravámenes especiales por estas actividades, la simplificación del sistema, a fin de que una institución como el extranjero tenga afectado acceso a la información tributaria y los distintos gravámenes que la componen, en conformidad para adecuarse a las nuevas situaciones que se presentan y en estabilidad, devienen en elementos indispensables de referencia para las autoridades locales, a fin de que junto con protegerse los derechos de un autor por crear una obra, se le permita a su vez un sistema oportuno que permita su divulgación, tanto en su país de origen como en el exterior; lográndose así un adecuado proceso de integración cultural.

Una inquietud muy peculiar sobre el sistema tributario chileno que regula el Derecho de Autor, nos permite describirlo como "proteccionista", el establecer gravámenes excesivamente altos para las remuneraciones que perciben los autores chilenos no domiciliados en el país, incluso lo autoriza anticipadamente en el Impuesto Adicional, cuyo análisis ocupará parte de esta exposición. Lo anterior es agravado que la doble tributación internacional que se produce en esta materia y que no ha podido subsanarse completamente ni siquiera mediante el mecanismo de los tratados bilaterales.

En el campo interno, los gravámenes que afectan a la creación de una obra y su posterior divulgación, no constituyen precisamente un estímulo a la actividad intelectual; y, muy por el contrario, resultan bastante gravosos,

<sup>1</sup> Conferencia celebrada en el 18 Congreso de la Sociedad Internacional para el Derecho de Autor, celebrado en Santiago de Chile del 71 de octubre al 4 de noviembre de 1954.