

# COMENTARIOS SOBRE LA LEY ORGANICA CONSTITUCIONAL DE BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO

ANA MARIA GARCIA BARZELATTO  
Universidad de Chile

Recientemente el Tribunal Constitucional ha dictado un fallo referente a la constitucionalidad del proyecto de *Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado*<sup>1</sup>.

La actualidad del tema constituye un estímulo para formular en estas Jornadas de Derecho Público algunos comentarios introductorios que nos permitan dar una visión global del tratamiento que el legislador orgánico otorgó a esta materia tan significativa para el desarrollo de la función pública administrativa. Asimismo, nos referiremos a algunos aspectos precisos de la normativa que estimamos de interés destacar.

La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado consta de cincuenta y cuatro artículos, distribuidos en tres títulos. El Título I contiene las Normas Generales (artículos 1º a 17) y el Título II las Normas Especiales divididas en dos párrafos: uno referente a la organización y funcionamiento de los órganos públicos administrativos, (artículos 18 a 44) y otro relativo a la carrera funcionaria (artículos 45 a 53). El Título final contiene un artículo derogatorio, del artículo 5º del D.L. N° 2.345/78 y del D.L. N° 3410/80, un artículo final relativo a la fecha de entrada en vigencia de la ley, y un artículo transitorio que delega facultades al Presidente de la República sobre determinadas materias.

## I. NORMAS GENERALES DEL PROYECTO

El artículo 1º radica la función de gobierno y administración del Es-

<sup>1</sup> El fallo se dictó el 2 de octubre de 1986 y la ley orgánica constitucional fue publicada el 5 de diciembre de 1986.

tado en el Presidente de la República, quien la ejerce con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes. Reitera esta norma lo dispuesto por la Ley Fundamental de 1980<sup>2</sup>. Se formula, además, un concepto de Administración del Estado que se caracteriza por su amplitud ya que comprende no sólo los ministerios, intendencias, gobernaciones, órganos y servicios públicos, sino que también la Contraloría General de la República, el Banco Central, las FEAA, y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades, y finalmente las empresas públicas creadas por ley.

Se indica como fin de la Administración del Estado estar *al servicio de la comunidad, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente* (artículo 3º inciso 1º), pero con una limitación: *garantizar la adecuada autonomía de los grupos intermedios* (artículo 3 inciso 2º); con lo que se adhiere al principio de subsidiariedad consagrado en la Constitución Política.

Las normas generales de la ley destacan numerosos principios de la organización administrativa del Estado los que son propios de todo Estado de Derecho, a saber: a) el principio de la legalidad (artículo 2º); b) el principio de la competencia (artículo 2º); c) el principio de la responsabilidad de los órganos públicos y de los funcionarios (artículos 4, 15 y 44); d) el principio de la jerarquía y el control jerárquico (artículos 7 y 10); y e) el principio de la unidad (artículo 5º inciso segundo).

Vinculado al principio de la responsabilidad funcionaria, existen normas dirigidas a enfatizar la necesidad de eficiencia en el cumplimiento de la función administrativa y la obligación de las autoridades y funcionarios de velar por ella *procurando la simplificación y rapidez de los trámites y el mejor aprovechamiento de los medios disponibles* (artículo 5º inciso 1º). El personal de la Administración del Estado queda sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de hacer efectiva, además, la responsabilidad civil y penal que pueda afectarle (artículo 15º). El principio de la responsabilidad de los órganos del Estado está consagrado constitucionalmente en forma expresa en los artículos 6º y 7º además del artículo 38 inciso 2º de la Constitución Política.

En relación con el principio de la jerarquía, la ley establece

<sup>2</sup> Constitución Política 1980 art. 24 inciso uno y 33 inciso uno.

normas sobre la conducta funcionaria y la observancia del principio de la probidad administrativa que *implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado* (artículo 7), disponiéndose la obligación de control permanente de parte de las autoridades y funcionarios facultados para elaborar planes o dictar normas (artículo 11º), tanto para el cumplimiento de los planes como para la aplicación concreta de las normas. El control jerárquico debe extenderse al cumplimiento eficaz de los fines perseguidos y a la legalidad y oportunidad de las actuaciones (artículo 10º inciso 2º).

Las normas procesales administrativas se describen principalmente en los artículos 8 y 9. Así, se determina que los actos administrativos que vulneran los principios propios de la Administración del Estado pueden ser impugnados mediante los recursos que establezca la ley, procediendo siempre el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto y, cuando sea procedente, el recurso jerárquico ante el superior correspondiente. Se establece asimismo el derecho de petición o reclamo y la agilidad y expedición de los procedimientos administrativos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos, asegurándose el derecho a un racional y justo procedimiento (artículo 15 inciso 2º).

Las normas generales de la ley remiten al Estatuto Administrativo lo referente al ingreso, derechos, deberes, responsabilidad administrativa y cesación de funciones del personal de la Administración del Estado. Las normas estatutarias, deberán, en todo caso, garantizar el derecho de postular a los cargos en igualdad de condiciones (artículo 13 inciso 2), lo que asegura los derechos constitucionales de igualdad ante la ley y ante los cargos públicos (Constitución Políticas artículo 19 N.ºs. 2 y 7).

Además, los estatutos deberán proteger la dignidad de la función pública, la que se caracteriza como una función técnica, profesional y jerarquizada (artículo 14º).

Dando expreso cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 38º inciso 1º de la Constitución Política, la última disposición del Título I determina que la Administración del Estado asegura *la capacitación y el perfeccionamiento de su personal*, materia que es posteriormente regulada en el segundo párrafo de las normas especiales del proyecto.

Finalmente, se establece la prohibición de los funcionarios de

la Administración del Estado para realizar cualquier actividad política dentro de la Administración y de usar su autoridad o cargo en fines ajenos a sus funciones.

## II. NORMAS ESPECIALES

A diferencia de las normas generales que son aplicables a todas las entidades comprendidas dentro del concepto amplio de Administración del Estado definido en el artículo 1º, las disposiciones especiales, relativas a la organización y funcionamiento de los Servicios y a la carrera funcionaria, sólo son aplicables a los ministerios, intendencias, gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Quedan, en consecuencia, excluidos en la aplicación de estas normas la Contraloría General de la República, el Banco Central, las FEAA, y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley. Estos organismos se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda.

### A. ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO (ARTICULOS 18º a 44º)

El párrafo 1º de las normas especiales regula la organización y funcionamiento de los órganos citados precedentemente.

No formularemos una descripción lata de los órganos en referencia sino que sólo indicaremos, a modo de muestreo, las entidades administrativas que contiene el proyecto y las materias que respecto de cada una de ellas regula, para referirnos, posteriormente, a algunos aspectos precisos del proyecto que nos interesa destacar. Se regula, entonces, la organización y funcionamiento de los siguientes órganos públicos administrativos y las siguientes materias:

1. *Ministerios*: Concepto de Ministerio (artículo 19º inciso 1º); funciones (artículo 19º inciso 2º); concepto del cargo del Ministro de Estado (artículo 20º); cargo de exclusiva confianza del Presidente de la República y requisitos de designación (artículo 42º).
2. *Subsecretarios*: Concepto y funciones del cargo de Sub-secretario (artículo 21º), subrogancia (artículo 22º).
3. *Secretarías Regionales Ministeriales*: Se consagra su existencia como órganos desconcentrados territorialmente a cargo de un Secretario Regional Ministerial (artículo 23º). En la organización de

los Ministerios, de las Subsecretarías y Secretarías Regionales Ministeriales sólo podrán existir los niveles jerárquicos de División, Departamento, Sección y Oficina, considerando la importancia y el volumen de trabajo que signifique la respectiva función (artículo 24º).

4. *Servicios Públicos*: Concepto de servicio público y su dependencia (artículo 25 y 27); concepto de servicio público centralizado (artículo 26 inciso 2º); concepto de servicio público descentralizado (artículo 26 inciso 3º); jefatura del Servicio Público, denominación y funciones (artículo 28 incisos 1º y 2º); Consejos u órganos colegiados (artículo 28 inciso 3º); indicación taxativa de los niveles que pueden establecerse en la organización interna del servicio público (artículo 29); niveles complementarios que pueden establecerse en las instituciones de Educación Superior estatal (artículo 29 inciso último); desconcentración territorial (artículo 30 incisos 1º y 2º); desconcentración funcional (artículo 30 incisos 1º y 3º, artículo 31º); delegación (artículo 32º); contiendas de competencia entre actividades administrativas (artículo 36º); Jefe Superior de Servicio, cargo de exclusiva confianza y requisitos de designación (artículo 42 inciso 3).

El artículo 36 determina que las contiendas de competencia que surjan entre diversas autoridades administrativas serán resueltas por el superior jerárquico del cual dependan o con el cual se relacionan. Cabe hacer presente que el Tribunal Constitucional estimó que esta materia "no es propia de ley orgánica constitucional porque la Carta Fundamental específicamente, y en forma amplia, la entrega a la regulación de una ley común en un precepto de carácter especial como lo es el artículo 115, inciso 1º, de la Constitución que dispone: *La ley determinará la forma de resolver las cuestiones de competencia que pudieren suscitarse entre las autoridades nacionales, regionales, provinciales y comunales* (Considerando N° 10). En consecuencia, el Tribunal declaró que no le correspondía pronunciarse sobre este artículo por versar sobre materias que no son propias de ley orgánica constitucional, sino de ley ordinaria o común.

5. *Intendentes*: Se atribuye el gobierno y administración superior de la región al Intendente (artículo 37º); facultades del intendente (artículo 38º); órganos asesores del Intendente: el Consejo Regional de Desarrollo y organismos técnicos que señala la ley (artículo 39º); subordinación al Intendente de los Secretarios Regionales Ministeriales (artículo 39 inciso 2º); el intendente, cargo de ex-

clusiva confianza y requisitos de designación (artículo 42 inciso 2º).

6. *Gobernadores*: Se atribuye el gobierno y la administración superior de la provincia al gobernador (artículo 40); atribuciones del Gobernador y facultad para delegar facultades (artículo 41º); el gobernador, cargo de exclusiva confianza y requisitos de designación (artículo 42º inciso 2º).

La normativa que regula los cargos de Intendente y Gobernador es de carácter general y reitera las disposiciones que al efecto establece la Constitución Política en los artículos 100, 102, 105 y 106.

Finalmente, las normas especiales autorizan la delegación del ejercicio de las atribuciones y facultades propias de los órganos precitados indicando las características y limitaciones de tal delegación (artículo 43).

Antes de concluir esta breve reseña del primer párrafo del Título I de la ley orgánica, debemos destacar que la única disposición que el fallo del Tribunal Constitucional declaró inconstitucional es la segunda parte del inciso 1º del artículo 39º que, después de señalar que el Consejo Regional de Desarrollo será un órgano asesor del Intendente, dispone: *Lo anterior es sin perjuicio de las facultades decisorias que la ley asigne al Consejo Regional de Desarrollo*. Transcribimos, a continuación, las consideraciones que tuvo en vista el Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad del proyecto:

*La referencia a "la ley", sin ningún calificativo adicional, debe entenderse a la ley común u ordinaria que constituye la regla general de la normativa constitucional;*

*16º: Que el artículo 102, inciso final, de la Carta Fundamental prescribe: "Los consejos regionales tendrán las demás atribuciones que les señalen la Constitución y la ley". Un primer análisis de este precepto, de acuerdo a su tenor literal y con prescindencia del resto de las disposiciones que se refieren al consejo regional de desarrollo, conduce a pensar que las atribuciones de dicho consejo son propias de ley común, ya que se emplea la palabra "ley" en sentido genérico;*

*17º: Que, sin embargo, el artículo 101, inciso final, de la Constitución reserva, con gran amplitud, a una ley orgá-*

*nica constitucional determinar, "atendidas las características de cada región, el número, forma de designación y duración en el cargo de los miembros del consejo, y lo relativo a su organización y funcionamiento y los casos en que los integrantes de éste, que sean funcionarios públicos, tendrán derecho a voto".*

*18º: Que el contexto de los incisos finales de los artículos 101 y 102 antes transcritos, se infiere que el constituyente reservó a una ley orgánica constitucional este conjunto de materias, ya que no resulta lógico resolver que su intención haya sido excluir de una norma de este rango las atribuciones del consejo regional de desarrollo que, precisamente, determinarán el ámbito de acción de este órgano, en circunstancias que reserva a ella el número, forma de designación y duración en el cargo de sus miembros, su organización y funcionamiento y, en fin, otras materias de menor significación. En suma, la debida correspondencia y armonía que debe existir entre los distintos preceptos de la Carta Fundamental lleva a la ineludible conclusión que es propio de ley orgánica constitucional determinar las atribuciones del consejo regional de desarrollo;*

*19º: Que, en consecuencia, la segunda parte del inciso 1º del artículo 39 del proyecto remitido es inconstitucional, por cuanto vulnera el inciso final del artículo 102 de la Carta Fundamental al establecer que corresponde a la ley ordinaria o común determinar las facultades decisorias del consejo regional de desarrollo.*

Pensamos que cabe explicar estas mismas consideraciones para explicarnos que el Tribunal Constitucional no haya objetado la desconcentración Territorial de los Ministerios mediante Secretarías Regionales y de los servicios públicos mediante Direcciones Regionales (artículos 23º y 30º inciso 2º), a pesar de que el artículo 103 de la Constitución Política dispone que *La ley contemplará, con las excepciones que procedan, la desconcentración regional de los Ministerios y de los servicios públicos y los procedimientos que permitan asegurar su debida coordinación y facilitar el ejercicio de las facultades de las autoridades regionales.*

Es evidente que el Tribunal Constitucional estimó que la ley a que se refiere el artículo 103 no debe entenderse como ley común u ordinaria sino como la ley orgánica constitucional a que alude el último inciso del artículo 101 de la Constitución Política y que, en consecuencia, a ésta le corresponde disponer la desconcentración regional de los Ministerios y servicios públicos.

#### B. CARRERA FUNCIONARIA (ARTICULOS 45 A 53)

La garantía de la carrera funcionaria tiene rango constitucional en nuestro ordenamiento fundamental. El artículo 38º de la Constitución Política ordena a la ley orgánica garantizar la carrera funcionaria y asegurar la vigencia de los principios básicos de igualdad, de oportunidades de ingreso, la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.

Siguiendo el mandato constitucional, la ley establece los principios básicos de la carrera funcionaria, la que será regulada por Estatuto Administrativo, en conformidad con las bases establecidas en el propio texto de ley (artículo 45). Según lo ya establecido en nuestro ordenamiento y recogiendo las pautas generalmente aceptadas por el Derecho Comparado, la ley regula los siguientes aspectos de la carrera funcionaria:

1. El ingreso en calidad de titular por concurso público y la selección de los postulantes al cargo en base a procedimientos técnicos, imparciales e idóneos (artículo 46).
2. Promoción funcionaria en base al mérito, la antigüedad y la idoneidad (artículo 47 inciso 2º).
3. Estabilidad en el cargo (artículo 48).
4. Calificación del desempeño del funcionario (artículo 49).
5. Capacitación y perfeccionamiento. Becas (artículo 50).
6. A igual función igual remuneración (artículo 52).

Mención aparte merecen en el texto legal los funcionarios de exclusiva confianza atendido a que por la naturaleza de sus funciones están sujetos a la libre designación y remoción del Presidente de la República o de la autoridad facultada para efectuar el nombramiento (artículo 51). Al respecto se señala que *la ley sólo podrá conferir dicha calidad a empleos que correspondan a los dos primeros niveles jerárquicos del respectivo órgano o servicio*, no considerándose para estos efectos los cargos a que se refieren los N<sup>OS</sup>



9 y 10 del artículo 32º de la Constitución Política. No nos parece clara la norma por cuanto es difícil precisar a qué dos primeros niveles jerárquicos se está refiriendo: ¿Director y Sub-Director?, ¿Director y Jefe de Departamento? ...

El fallo del Tribunal Constitucional determinó, en relación con esta materia, que es a la ley común u ordinaria a quien compete otorgar a determinados empleos la calidad de cargos de la exclusiva confianza del Presidente de la República según lo dispuesto en el artículo 32 Nº 12 de la Constitución y se estaría imponiendo "una limitación a dicha ley al establecer que ésta sólo podría conferir dicha calidad a empleos que correspondan a los dos primeros niveles jerárquicos del respectivo órgano o servicio" (Considerando Nº 12). Sin embargo, el Tribunal Constitucional concluye estimando que esta norma pertenece a la ley orgánica constitucional y *no merece reparo constitucional, por cuanto ella versa sobre una materia que de suyo es propia de la organización básica de la Administración del Estado y, al mismo tiempo, contribuye a garantizar la carrera funcionaria, materia que la Constitución en forma concreta le encarga a la presente ley* (Considerando Nº 13).

Hecha esta reseña muy general de la ley orgánica constitucional sobre bases de la Administración del Estado, abordaremos el análisis de dos materias precisas: el concepto de Administración del Estado y la carrera funcionaria.

### III. CONCEPTO DE ADMINISTRACION DEL ESTADO

La ley formula el siguiente concepto de Administración del Estado, en el segundo inciso del artículo 1º:

*La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.*

La disposición transcrita es un concepto amplio o genérico asimilable a lo que hoy se entiende por Administración del Estado, que se diferencia del concepto de Administración Pública por estimar-

se este último más restringido, limitado a un campo más reducido como es la Administración centralizada.

Las distintas interpretaciones que pueden darse a las expresiones *Administración del Estado* y *Administración Pública* fue objeto de numerosas divergencias de opiniones durante la tramitación del proyecto de ley, y así lo señala el fallo del Tribunal Constitucional (Considerando N° 4).

La dificultad se remonta a la Constitución Política de 1925 que en su artículo 45° inciso 3° usaba el término *Administración Pública* para referirse únicamente a los servicios centralizados. La reforma constitucional de 1943 agregó al concepto de Administración Pública otros servicios tales como las *instituciones semi-fiscales* y las *empresas fiscales* y, en el plano territorial, las municipalidades<sup>3</sup>.

El Estatuto Administrativo (D.F.L. N° 338 de 1960) amplió la expresión *Administración del Estado*, lo que unido a los dictámenes de la Contraloría General de la República que expresaban que ambos conceptos no eran sinónimos sino que habría entre ellos una relación de género (*Administración del Estado*) a especie (*Administración Pública*), concluyó por reconocerse el concepto *Administración del Estado* como un término genérico que engloba tanto a los servicios centralizados, es decir, aquellos que gozando de la personalidad jurídica del Fisco, dependen directamente del Presidente de la República y se financian con los fondos del presupuesto fiscal, como los servicios descentralizados, es decir, aquellos creados por ley para cumplir funciones determinadas y que gozan de personalidad jurídica y patrimonio propio.

La reforma constitucional de 1970 (Ley N° 17.284), incorporó en definitiva a la Constitución Política de 1925 (artículo 45° inciso 2°) la expresión *Administración del Estado* en el sentido genérico que hemos indicado.

No obstante el largo camino recorrido, la Constitución Política de 1980, vuelve nuevamente a plantear la divergencia por cuanto el artículo 38° utiliza en forma indistinta ambos términos. El epígrafe bajo el cual se ubica el artículo 38° dice: *Administración del Estado* y el inciso 1° del artículo 38° dice *Ad-*

<sup>3</sup> Vid. Soto Kloss, Eduardo, *Bases Constitucionales de la Administración del Estado de Chile*. En Régimen Jurídico de la Administración del Estado con Reyes R., Gustavo, Editorial Jurídica de Chile, 1980, pág. 27.

*ministración Pública.* Planteada la divergencia, el Tribunal Constitucional ha concluido que ambas expresiones son sinónimas y en su sentido más amplio y genérico. El fundamento está dado en el Considerando N° 5 del fallo del Tribunal Constitucional que señala *que no resulta justificado pensar que el constituyente encargara a una ley orgánica constitucional la regulación de la organización básica de sólo una parte o sector de la Administración del Estado y excluyera a otra, ya que la razón para entregar esta materia a una ley de este rango es la misma en uno y otro caso, no resultando lógico, entonces, en términos generales, someterlas a normas legales de distinta naturaleza, habida consideración que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición. A igual conclusión conlleva, el espíritu del constituyente al consagrar en nuestra normativa jurídica las leyes orgánicas constitucionales como un todo armónico y sistemático cuyo objeto es desarrollar los preceptos de la Carta Fundamental en determinadas materias, puesto que tales características se pierden si se resolviera que la organización básica de la Administración Pública, "stricto sensu", queda entregada a una ley de esta naturaleza y el resto de los servicios y organismos que integran la Administración del Estado fuera propia de una ley ordinaria o común.*

Sin embargo, determinados organismos incluidos en el concepto de Administración del Estado quedan posteriormente excluidos de la aplicación de las normas especiales (Título II) del proyecto de ley orgánica constitucional, relativas a la organización y funcionamiento, atendido a que por su especial naturaleza, la Constitución Política regula su organización básica como es el caso de las FF.AA. y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, o encarga su reglamentación a leyes orgánicas constitucionales especiales como es el caso de la Contraloría General de la República, el Banco Central y las Municipalidades, o, se la entrega a una ley de quórum calificado como debe ser la que legisle sobre las empresas públicas que desarrollen actividades empresariales.

En consecuencia, las normas generales del Título I de la Ley Orgánica Constitucional serán aplicables a todos los organismos que integran la Administración del Estado, según su sentido amplio, pero las normas especiales del Título II, relativas a la organización y funcionamiento y a la carrera funcionaria, no se aplicarán a las entidades señaladas en el párrafo precedente.

Estimamos que el fallo del tribunal Constitucional ha sido escla-

receder en cuanto precisa en definitiva los conceptos y concluye con las divergencias planteadas en torno a ellos. Sin embargo, en relación con el concepto genérico de *Administración del Estado* contenido en el artículo 1º debemos manifestar que no parece en absoluto afortunada la inclusión de la Contraloría General de la República como organismo integrante de la *Administración del Estado*, por varias razones que pasamos a exponer.

El artículo 24 de la Constitución Política entrega al Presidente de la República, en su calidad de Jefe del Estado, la función de Gobierno y Administración del Estado y *su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes*. Para el desempeño de tal función el Presidente cuenta con los Ministros de Estado que son sus colaboradores directos e inmediatos en el gobierno y administración del Estado (artículo 33º). La organización básica de la Administración Pública, según señala el artículo 38º de la Constitución Política, estará determinada en una ley orgánica constitucional. Es decir, el Presidente de la República para realizar la función administrativa que le asigna la Constitución, cuenta con una vasta y compleja organización.

La función legislativa radica, como sabemos, en el Congreso Nacional que *se compone de dos ramas: la Cámara de Diputados y el Senado. Ambas concurren a la formación de las leyes en conformidad a esta Constitución y tienen las demás atribuciones que ella establece* (Constitución Política artículo 42). Una ley orgánica constitucional deberá regular las materias relativas al Congreso Nacional que señala la Constitución Política<sup>4</sup>.

La función jurisdiccional corresponde a los tribunales. El artículo 73º de la Constitución Política establece que *la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley*. Una ley orgánica constitucional deberá determinar su organización y funcionamiento.

Del mismo modo, la función contralora la ha radicado el constituyente en la Contraloría General de la República, la que se define en el artículo 87º de la Constitución:

4 El Anteproyecto de Ley Orgánica Constitucional relativo al Congreso Nacional fue dado a conocer a la prensa por el Ministro del Interior, el 22 de junio de 1986.

*Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.*

La Contraloría, órgano de rango constitucional es por definición, un *organismo autónomo*. No está sujeto a dependencia alguna ni siquiera a la del Presidente de la República, quien debe designar al Contralor General con acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio, pero quien, por disposición constitucional, es *inamovible en su cargo* (artículo 87º inciso 2º)<sup>5</sup>. No se observa, en consecuencia, dependencia ni vinculación jerárquica de ningún orden con el órgano en el cual el constituyente radica la función administrativa, cual es, el Presidente de la República.

Por lo demás la ley en análisis excluye, como se indicó precedentemente, a la Contraloría General y otras instituciones del ámbito de la ley orgánica constitucional en cuanto a su regulación específica. Es decir, no le son aplicables las normas especiales del Título II, lo que denota que el legislador orgánico advirtió la dificultad que se presentaba al respecto. En ningún caso podría haber hecho aplicables a la Contraloría General, que es el caso de nuestro interés, las normas especiales porque no encuentra ubicación entre los órganos administrativos básicos que allí se describen, ni siquiera como servicio público ya que éstos *estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios* o, excepcionalmente *bajo la dependencia o supervigilancia directa del Presidente de la República* (artículo 25º del proyecto de ley orgánica constitucional).

<sup>5</sup> La Ley N° 10.336 de 1964 de la Contraloría, que según la Disposición Quinta Transitoria debe estimarse como L.O.C. en tanto no se dicte la que determina la Constitución, dispone que la Contraloría es *independiente de todo ministerio, autoridad u oficina*.

Por otra parte, la naturaleza de las funciones que le asigna la Constitución coloca a la Contraloría en un plano prevalente en relación con los órganos administrativos. La función de control y fiscalización, claramente señalada en el artículo 87 transcrito se extiende a toda la Administración del Estado. Específicamente, en lo referente a la fiscalización del ingreso e inversión de los fondos, la norma incluye al Fisco, Municipalidades y los *demás organismos y servicios que determinan las leyes*, con lo que le reconoce constitucionalmente amplia extensión a sus facultades contraloras<sup>6</sup>.

La Contraloría General de la República es un organismo constitucionalmente autónomo, no está sometido a la dependencia jerárquica del Presidente de la República, no colabora con éste en la realización de la función administrativa. Cumple, en cambio, en forma autónoma, la función de control de la juridicidad de los actos de la Administración y de fiscalización, función que es distinta a la función de la administrativa destinada a satisfacer de modo permanente y concreto las necesidades de la comunidad.

Por las razones expuestas, estimamos improcedente la inclusión de la Contraloría General de la República como parte de la Administración del Estado. Por su carácter autónomo y la naturaleza de sus funciones, se rige por la Constitución Política y su propia ley orgánica constitucional.

#### IV. LA CARRERA FUNCIONARIA

Recogiendo la experiencia de países europeos y el Derecho Comparado, se han ido dictando en Chile durante las dos últimas décadas, una serie de disposiciones legales tendientes a implantar la carrera funcionaria<sup>7</sup>. Sin embargo, se carecía hasta ahora de un texto normativo único que contuviera los principios esenciales

<sup>6</sup> Vid. Daniel A., Manuel, *La Organización Administrativa en Chile* ob. cit., pág. 63. El profesor Daniel sostiene que en una perspectiva global podría distinguirse, a lo más, entre una *administración activa o de gestión*, dependiente del o relacionada con el Presidente de la República - y una *administración fiscalizadora*, atribuida y realizada por la Contraloría General de la República. *Pero en un genuino sentido constitucional, la Contraloría Gral. de la República no está incluida en la Administración del Estado a que se refiere el artículo 24 de la Carta Fundamental*, pág. 65.

<sup>7</sup> D.L. N° 249/1974; D.L. N° 1607 y 1608/1976; D.F.L. N° 90 Hacienda/1977.

en forma sistematizada y coherente. En este sentido las disposiciones de la ley orgánica constitucional, siguiendo el mandato constitucional del artículo 38º representan un significativo aporte para la función pública administrativa en el sentido de garantizar, en definitiva, la carrera funcionaria que se proyecta en un doble sentido positivo: contribuye a la mayor eficiencia de la organización administrativa y a la mayor protección de los derechos del funcionario público.

El proyecto de ley recoge en esta materia los principios que doctrinalmente se estiman fundamentales para garantizar la carrera funcionaria<sup>8</sup> y determina que el Estatuto Administrativo del personal de los ministerios, intendencias, gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, regulará la carrera funcionaria. Asimismo podrán existir estatutos de carácter especial para determinadas profesiones o actividades (artículo 45º).

La normativa en estudio contempla los siguientes principios:

#### 1. DESCRIPCIÓN Y EVALUACIÓN DE CARGOS

La adecuada descripción de los cargos de la Administración conduce a su agrupación y evaluación según las tareas que deben cumplirse. Cada cargo, según su complejidad, originalidad, responsabilidad es susceptible de agruparse junto a otros similares y los niveles de empleos que resulten de este proceso servirán para definir los requisitos de ingreso de los postulantes al cargo, su ubicación en la escala de remuneraciones, los procedimientos de promoción del funcionario, la necesidad de capacitación y la forma de calificar el desempeño<sup>9</sup>.

Sin duda la descripción y evaluación de cargos es un principio básico e indispensable para asegurar la vigencia de otros principios de la carrera funcionaria.

De la ley, obviamente, el principio se colige de una serie de disposiciones contenidas en el párrafo segundo de las Normas Especiales. Así, el artículo 47º, en concordancia con el artículo 14º

<sup>8</sup> Vid. los principios de la carrera funcionaria en Daniel A., Manuel, *Base Constitucional para la carrera funcionaria*. Revista de Dº Público N°s 31-32, 1982, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, págs. 121 y ss.

<sup>9</sup> Daniel A., Manuel, ob. cit., pág. 124.

del proyecto, caracteriza a la función pública como una función de *carácter técnico, profesional y jerarquizado*. El artículo 48º inciso 3º establece que los *funcionarios públicos sólo podrán ser destinados a funciones propias del empleo para el cual han sido designados*. . . Por su parte, el inciso cuarto del mismo artículo dispone que los funcionarios públicos podrán ser *designados en comisiones de servicio para el desempeño de funciones ajenas al cargo, en el mismo órgano o servicio público o en otro distinto* ... y continúa estableciendo que las comisiones de servicio *no podrán significar el desempeño de funciones de inferior jerarquía a las del cargo, o ajenas a los conocimientos que éste requiere o al servicio público*. Por último, el artículo 52º establece que *a funciones análogas, que imparten responsabilidades semejantes y se ejerzan en condiciones similares se les asignen iguales retribuciones*.

Las normas indicadas nos permiten concluir sin lugar a dudas que el legislador orgánico ha considerado requisito *sine sine qua non* la adecuada descripción y evaluación de los cargos o empleos según las funciones que le corresponda en cada caso realizar para el cumplimiento de sus fines. Sólo así podrán tener sentido y real aplicación las disposiciones señaladas en el párrafo precedente.

## 2. RECLUTAMIENTO Y SELECCION

*El sistema de reclutamiento y selección debe operar sobre la base del conocimiento técnico. La eficacia del trabajo administrativo depende, en definitiva del personal que lo realiza*<sup>10</sup>. Las pautas de selección deben ser conocidas, objetivas, relacionadas exclusivamente con la idoneidad para cumplir la función asignada al cargo, evitando discriminaciones arbitrarias.

Este principio se consagra en la ley por cuanto *el ingreso en calidad de titular se hará por concurso público y la selección de los postulantes se efectuará mediante procedimientos técnicos, imparciales e idóneos que aseguren una apreciación objetiva de sus aptitudes y méritos* (artículo 46º)<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Vid. nuestra *Consideraciones doctrinarias sobre las bases de la Administración del Estado*. En Revista de Dº Público, Nºs 29-30, 1981, Facultad de Derecho, U. de Chile, págs. 182 y ss.

<sup>11</sup> Disposición semejante en artículos 18 y 19 del Estatuto Administrativo D.F.L. Nº 338/1960.



### 3. LA ESTABILIDAD EN EL CARGO

La seguridad en el empleo es una de las bases que mejor garantizan la carrera funcionaria y el eficiente desempeño de la función, la que debería siempre realizarse en forma independiente de las presiones políticas provenientes de la renovación periódica de los gobernantes. Respecto de este principio cabe formular dos salvedades. En primer lugar, que existen cargos que escapan a los empleos de carrera a los que no es aplicable el principio que estamos tratando. Tales son los cargos de exclusiva confianza del Presidente de la República, cuya designación y remoción del funcionario en el cargo depende de éste solamente, y cuya calidad de tal es otorgada por ley (artículo 32 N° 12 Constitución Política). En segundo lugar, estabilidad no equivale a inamovilidad, en consecuencia el funcionario de carrera que incurre en causal de eliminación puede ser destituido de su cargo de acuerdo al procedimiento previamente establecido.

El artículo 48 de la ley recoge este principio al establecer que el personal gozará de estabilidad en el empleo y sólo podrá cesar en él por: a) renuncia voluntaria debidamente aceptada; b) jubilación; y c) causa legal basada en su desempeño deficiente, en el incumplimiento de sus obligaciones, en la pérdida de requisitos para ejercer la función, en el término del período legal por el cual fue designado o en la supresión del empleo (artículo 48 inciso 1°).

Queda excluida en consecuencia, toda consideración de tipo discrecional de la autoridad para poner término a la carrera funcionaria. El desempeño deficiente y el incumplimiento deberán acreditarse mediante las calificaciones estampadas en la hoja de vida del funcionario o mediante investigación o sumario administrativo (artículo 48° inciso 2°).

Además, se garantiza la estabilidad porque los funcionarios públicos podrán ser destinados a funciones propias del empleo para el cual han sido designados dentro del órgano correspondiente, salvo que sean designados en comisiones de servicios las que, en todo caso, serán *esencialmente transitorias* y referidas a funciones que no sean de inferior jerarquía (artículo 48° incisos 3° y 4°).

### 4. PROMOCION Y CALIFICACIONES

El principio comúnmente aceptado en materia de promoción funcionaria es que ésta se base en el mérito y capacidad demostrada

por el postulante, sin perjuicio de la experiencia acumulada durante el transcurso de su desempeño laboral que se traduce en otro factor que comúnmente se considera, tal es la antigüedad en el cargo.

Para medir el nivel del desempeño del funcionario es preciso que éste sea sometido a calificaciones periódicas, establecidas sobre bases técnicas conocidas y objetivas.

La ley funda la carrera funcionaria en tres elementos: el mérito, la antigüedad y la idoneidad de los funcionarios. Para medir estos factores existirán: "procesos de calificación objetivos e imparciales" (artículo 47 inciso 2º).

Las promociones se efectuarán mediante ascenso en el respectivo escalafón o por concursos (artículo 47º inciso 3º).

En relación con las calificaciones, se contempla la existencia de un Reglamento que deberá establecer un procedimiento de carácter general, que asegure *la objetividad e imparcialidad* de la calificación, y debiendo además llevarse una *hoja de vida por cada funcionario, en la cual se anotarán sus méritos y deficiencias* (artículo 49º inciso 1º).

La calificación se considerará para decidir sobre tres aspectos de la vida funcionaria: el ascenso, la destitución y los estímulos, en la forma que establezca la ley. Las decisiones que al respecto adopte la autoridad administrativa podrán siempre impugnarse mediante el recurso de reposición ante el mismo órgano o, cuando proceda, el recurso jerárquico ante el superior correspondiente. Tales recursos están consagrados en las normas generales del proyecto (artículo 9º).

## 5. ADIESTRAMIENTO Y CAPACITACION

La capacitación no sólo es un requisito de la carrera funcionaria sino que además una necesidad imperiosa surgida del medio tecnológico y cada vez más especializado en que se desenvuelve la Administración del Estado. Se estima que es un deber del Estado crear los medios y proporcionar los recursos necesarios para la capacitación y consecuente progreso de los funcionarios.

La ley orgánica constitucional contempla, en su artículo 50º, la elaboración de programas nacionales, regionales o locales de capacitación y perfeccionamiento en el desempeño de la función pública. Encomienda a la ley ordinaria la posibilidad de "exigir

como requisito de promoción o ascenso el haber cumplido determinadas actividades de capacitación o perfeccionamiento" (artículo 50º inciso 3º) la posibilidad de otorgar becas a los funcionarios para capacitarse a través de cursos especiales (artículo 50º inciso 5º). Más aún, se dispone que los recursos necesarios para los fines indicados serán considerados en el presupuesto de la Nación, ya sea globalmente o por organismos.

#### 6. A IGUAL TRABAJO IGUAL REMUNERACION

La inclusión de los cargos en la escala de remuneraciones debe atender exclusivamente a la naturaleza de la función asignada al empleo, de modo que funciones similares deben ser remuneradas en forma también similar, independientemente del servicio donde esté ubicado el cargo. Es este un principio elemental para evitar desigualdades arbitrarias y eventuales injusticias. El artículo 52 de la ley recoge claramente esta idea estableciendo que *en los sistemas legales de remuneraciones deberá considerarse el principio de que a funciones análogas, que importen responsabilidades semejantes y se ejerzan en condiciones similares, se les asignen retribuciones y demás beneficios económicos.*

Sin duda el proyecto de ley orgánica constitucional ha considerado los principios fundamentales de la carrera funcionaria, algunos ya se contemplaban en el D.F.L. Nº 90 con excepción del énfasis en la capacitación y perfeccionamiento, sistema de becas y recursos que deberá contemplar al efecto el presupuesto de la Nación. Pensamos que es mérito de la ley el sistematizar, ordenar y reconocer en un texto único las bases de la carrera funcionaria. El resto deberá regularse a través de las normas estatutarias que establezca la ley siguiendo las bases indicadas por el legislador orgánico de conformidad con el artículo 38º de la Constitución Política. Así, quedarán derogadas las disposiciones legales que contravinieren la nueva normativa, deberán adecuarse las existentes y dictarse las nuevas normas destinadas a dar vigencia a los referidos principios de la ley orgánica constitucional.