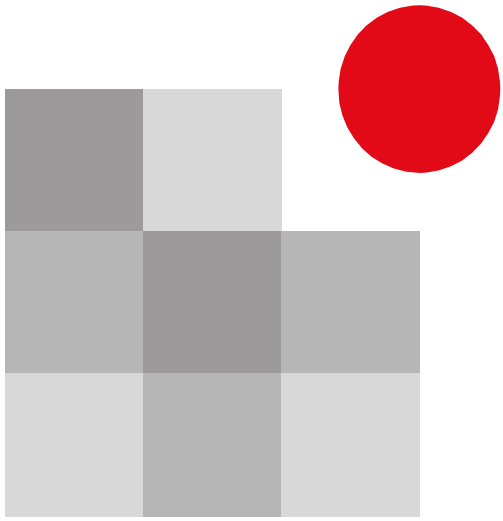
INTRODUCCION A LA ADMINISTRACION PÚBLICA



IPLACEX
instituto profesional

UNIDAD I

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. CONCEPTOS GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Administración Pública en general.

La definición de Administración Pública es un tema en el que los teóricos aún no han llegado a un consenso. El problema central que impide el establecimiento de una definición consensual es la complejidad del objeto de estudio, ya que la Administración Pública está constituida por múltiples elementos, cada uno de los cuales presenta una dinámica y complejidad propias. Al problema antes señalado se agrega el hecho de que la Administración Pública es una disciplina relativamente nueva y que, por lo tanto, su estudio científico y sistemático es relativamente reciente. Lo anterior lleva a que el problema de la definición del concepto sea adoptado desde distintos aspectos. Considerando los distintos aspectos pueden proponerse las siguientes definiciones tentativas:

1) *Diccionario de la Real Academia de Lengua Española,* la define desde dos enfoques:

a) *Actividad* "acción del gobierno al dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y para la conservación y fomento de los intereses públicos, y el resolver las reclamaciones a que dé lugar lo mandado".

b) *Estructura orgánica:* "conjunto de organismos encargados de cumplir esta función"

2) *Como ciencia:* área de investigación intelectual o disciplina de estudio: dentro de esta categoría se puede citar la definición propuesta por Luther Gulick: "es aquella parte de la ciencia de la administración que tiene que ver con el gobierno y, por lo tanto, se ocupa principalmente de la rama ejecutiva, donde se hace el trabajo del gobierno, aunque evidentemente hay problemas administrativos también en relación con las ramas legislativa y judicial. La Administración Pública es, pues, una división de la ciencia política y una de las ciencias sociales."

3) *Como arte:* arte de la administración aplicada a los asuntos del Estado.

4) *Concepción orgánica:* conjunto de organismos o instituciones creados por el Estado para satisfacer las necesidades públicas. Mecanismo que el gobierno utiliza para la ejecución práctica de sus planes y programas.

5) *Actividad:* actividad que el Estado realiza para atender y satisfacer las necesidades públicas y dar cumplimiento a los fines públicos, a través del conjunto de organismos o instituciones que componen el poder ejecutivo.

La administración pública se distingue de la administración convencional por la existencia de los siguientes elementos característicos:

1) *Fines públicos:* la razón de ser de la administración pública es la satisfacción de fines generales de la sociedad.

2) *Personal público:* las personas que la integran tienen un carácter jurídico y social distinto, ya que son *funcionarios públicos* que se rigen por normas especiales.

3) *Patrimonio público: los* recursos con que se lleva a cabo son propiedad de la Nación.

4.) *Función pública:* denominación especial que adquieren las actividades desarrolladas por la administración pública.

5) *Autoridad pública:* tipo de autoridad que se ejerce en el ámbito de la administración pública, y que se diferencia de la autoridad convencional por su origen y alcance.

6) *Responsabilidad pública:* la administración pública es responsable de sus actos ante toda la comunidad.

7) *Estatuto normativo:* la administración pública es regulada por una serie de normas y regulaciones específicas contenidas en estatutos especiales.

La Administración y Derecho.

Administración, en general, implica la idea de gestión, de manejo de intereses. Supone una cierta actitud racional, un plan, un orden, una elección de medios tendientes a obtener fines predeterminados. En lenguaje doméstico se dice que una persona es un buen administrador de sus bienes cuando realiza una adecuada dosificación de ellos a las necesidades que tiene, obteniendo, además, un incremento de su peculio.

Etimológicamente el vocablo administración tiene varias raíces, a saber:

- “Ad manus trahere”: gestionar intereses.
- “Ad ministrare”: a servir.

Ambas raíces conllevan la idea de servicio y de gestión no sólo de los propios intereses sino que principalmente de los negocios e intereses ajenos y, además, la noción de subordinación expresada en la palabra “minus”, o sea menor, esto es, de quien administra por otros los intereses o bienes que éstos pudieren tener subordinándose a sus instrucciones. Por lo tanto, el administrador sería aquel que está al servicio de otros (“dominus”, dueño de bienes e intereses) y subordinado a éstos con la finalidad de cuidar y manejar sus negocios o patrimonio.

Por otra parte, la gestión de intereses ajenos puede recaer no sólo en intereses individuales, sino que también en intereses colectivos, concernientes a un grupo o a varios grupos, siendo necesario el empleo de diversos medios de gestión, y de una organización de mayor complejidad, destinada a optimizar los recursos en pro de la satisfacción de las necesidades. Este es el caso de una gran empresa como puede ser un banco comercial que, constituido bajo la forma de sociedad anónima requiere de una organización adecuada para la consecución de sus objetivos. En él y en todas las empresas que dicha forma jurídica, los dueños o titulares de los bienes e intereses son los accionistas, generalmente numerosos y cuyo órgano de expresión es la ASAMBLEA, órgano privado de la administración directa del patrimonio de la sociedad. Dentro de esta estructura organizada cumple un rol de gran importancia el CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, ente colegiado y resolutivo (no operativo), designado al efecto por la Asamblea cuya función principal es velar por la ejecución y cumplimiento de los acuerdos por ella adoptados. De la naturaleza y carácter de estos órganos se desprende la necesidad y la razón de existir de un ente operativo, denominado por lo general GERENTE encargado de ejecutar las políticas de la sociedad, dadas por la Asamblea; de concretar las resoluciones del Consejo, desde un punto de vista práctico y cotidiano, y de dirigir la estructura burocrática necesaria para el desarrollo de las labores empresariales propiamente tales, entre otras.

El cuadro descrito anteriormente se asemeja a la estructura de un Estado (Parlamento, Ejecutivo, Ministros de Estado y Funcionarios Públicos), más aún si el tamaño y envergadura de la empresa es mayor y más compleja, pues entonces el capital suele dividirse en gran cantidad de accionistas que ven diluida su influencia en las decisiones de la sociedad, quedando en una situación similar a la de un ciudadano frente a un Estado poderoso.

Siguiendo con esta comparación, es necesario hacer presente que en el seno de todo Estado y de toda gran empresa existen grupos de presión, líderes (positivos y negativos), corrientes determinadas y diversas tensiones entre éstas y, dentro de esta perspectiva, la burocracia empresarial adolece de las mismas falencias que la estatal.

Sin embargo, la idea de ADMINISTRACIÓN adquiere otra connotación cuando recae sobre intereses colectivos relativos a las exigencias básicas de la comunidad toda, sea porque se relacionan con su subsistencia, con su progreso o desarrollo o con intereses generales de la misma y con los medios técnicos y económicos adecuados para la consecución de fines tendientes a satisfacer dichos intereses. Se trata, por ejemplo, de la salud de la población, de su educación, de los medios de transportes y telecomunicaciones, etc., todos ellos son intereses relevantes, que deben ser satisfechos con los recursos comunes. Es aquí donde surge la figura de la ADMINISTRACIÓN como función del Estado promotor del bien común, esto es, de quien distribuya los recursos y los aplica a cada una de las necesidades existentes para su satisfacción; y que sean calificadas de públicas.

La administración de una empresa o sociedad anónima busca la atención y satisfacción de los intereses societarios que, por su naturaleza, sólo son comunes a una parte de la comunidad, a aquella que integra la empresa o sociedad de que se trate. Por la misma razón, esos intereses serían, particulares o privados, limitados, por lo general, a la obtención de mayores utilidades o ganancias, en contraposición a públicos o generales, cuya satisfacción corresponde, en definitiva, al Estado.

En cambio, como se dijo precedentemente, cuando se trata de intereses públicos, debe propenderse a su completa satisfacción con miras a la obtención del bien común, esto es, del bienestar de todos y cada uno de los miembros de la comunidad; lógico es, entonces, que su administración sea también pública, en cuanto está destinada a satisfacer intereses globales y no parciales, que ciertamente han de primar sobre estos últimos, con arreglo al ordenamiento jurídico.

Administración Pública y Administración Privada.[1]

Podríamos, desde luego, denominar Administración Pública a la que tiene lugar en el Estado como parte de su organización y actividad, en oposición a la administración privada, que corresponde a la actividad organizada de los particulares en orden a conseguir un fin material o ideal que los aúne.

Los fines de una y otra son diferentes. Enmarcada la Administración Pública dentro del Estado, no puede sino estar enderezada hacia el bien común, dando satisfacción a las necesidades colectivas que se hayan puesto a su cargo. El interés que mueve a los particulares en su empresa administrativa es, por la

[1] Manuel Daniel Argandoña. "La organización administrativa en Chile. Bases fundamentales". Editorial Jurídica de Chile. 1982.

inversa, personal, aunque esté ligado a fines ideales y no necesariamente a un lucro, y aun cuando en ocasiones coincida en el hecho con el interés general. "El panadero asegura la satisfacción de la necesidad del pan, que es fundamental en la colectividad...; pero no es el cuidado desinteresado de alimentar a los hambrientos lo que ha dictado su vocación, sino la intención – por lo demás enteramente legítima – de ganarse la vida vendiendo pan"[2]

Hay – o puede haber – necesidades de la comunidad cuya atención puede ser prestada por particulares o empresarios privados; pero desde el momento en que el Estado, como gerente del bien común, decide atenderlas o satisfacerlas porque hay interés público comprometido en ello, tales necesidades son públicas y el respectivo "servicio" será prestado por los órganos estatales determinados para este fin.

Los fines, pues, son distintos. Pero, por lo mismo, los medios de que una y otra Administración puede valerse para obtenerlos difieren también fundamentalmente.

Por una parte, la Administración Privada aparece con mucha más flexibilidad en su acción, y su adaptabilidad al medio – eminentemente variable – es también más fácil y fluida, cumpliéndose en ella con mayor soltura el principio técnico según el cual toda Administración debe responder oportunamente y con agilidad a los requerimientos que se le formulen; y ello es así porque, siendo actividad de y entre particulares, en la medida en que se desenvuelvan dentro los marcos de lo no prohibido rige para ellos el principio de la libertad o autonomía de la voluntad. Es el ámbito del Derecho Privado, cuya figura más característica es el contrato, que supone la igualdad jurídica entre las partes.

Pero, por otra parte, la Administración Pública goza de prerrogativas o potestades que le permiten imponer sobre los administrados sus decisiones aun el su consentimiento de los interesados, porque debe hacer prevalecer el interés público a ella confiado sobre el mero interés de los particulares, muchas veces a pesar y en contra de la voluntad de quienes son los afectados por su acción, que de otro modo la enervarían. La figura típica de su actividad es por eso el acto unilateral e imperativo y no el contrato, aun cuando puede recurrir también a este procedimiento en el logro de sus objetivos. Sus órganos son públicos y se hallan así constreñidos a actuar sólo mediante habilitación legal previa y bajo condicionamientos que el ordenamiento jurídico les impone.

De esta divergencia sustancial en los fines y en los medios de acción deriva consecuencialmente la diferencia que ofrecen sus respectivas regulaciones, tanto

[2] J. Rivero Droit Administratif (3ème éd.), Dalloz, París. 1967.

en cuanto se refiere a su actividad física o jurídica como en sus elementos orgánicos (humanos: empleados o funcionarios; materiales: patrimonio, recursos). Así el acto administrativo, el estatuto funcionario, los bienes y el presupuesto público son objeto de regulación por el Derecho Público Administrativo y no por el Derecho Común aplicable a la actividad de la empresa privada; sin perjuicio por cierto, de la sujeción que esta última deba a las normas imperativas de la Administración y sin perjuicio, además, del reenvío al Derecho Privado que se contemple expresamente, en ocasiones, dentro de la normatividad que rige para la Administración Pública.

Concepto orgánico y concepto material de Administración.

Toda Administración, sea pública o privada, presenta, según sea la perspectiva desde que se la observe, dos aspectos: orgánico el uno y material el otro. Ha de haber, en efecto, una estructura o complejo orgánico que "administre" y una actividad destinada a "administrar". Dada la naturaleza de la Administración Pública, esta doble visión permite captar mejor sus características propias.

Si la Administración Pública es parte del Estado, que es en sí "una organización institucionalizada"[3], ha de estar ella constituida, en este contexto global, por un conjunto de órganos llamados a conducir y ejecutar las tareas administrativas, Subjetiva u orgánicamente, pues, la Administración Pública "es una estructura orgánica, un ente o complejo de entes al que el ordenamiento jurídico le atribuye la función de administrar"[4]

Pero surge inmediatamente la interrogante: ¿qué es administrar? Responderla implica desentrañar el contenido de la administración pública en cuanto a actividad, es decir, su concepto material u objetivo y no ya subjetivo u orgánico. El problema es complejo y doctrinariamente polémico.

En verdad, las funciones denominadas esenciales en un Estado contemporáneo pueden distinguirse por su materialidad: la legislativa se traduce en la creación de las normas que han de regir a la comunidad; la jurisdiccional, en asegurar el cumplimiento de las normas, declarando el derecho en casos controvertidos y sancionando su violación; la ejecutiva, en la ejecución de las normas así creadas y aseguradas para dar satisfacción a las necesidades públicas. ¿Se confunde entonces la actividad administrativa con la ejecutiva?. Su contenido no es rigurosamente idéntico. Aunque en gran medida aquélla signifique la ejecución de normas superiores y su concreción en casos determinados – diferenciándose (en este sentido de ejecución) de la actividad legislativa, que es

[3] J.R. Dromi, "Instituciones de Derecho Administrativo", Astrea, Buenos Aires, 1973, 47.
[4] Ibídem, 158.

abstracta e impersonal- no siempre la Administración consiste en "actuar" la ley en casos concretos, sino que también en dictar normas generales, como los reglamentos, que son actos de la Administración; comprende, asimismo, la resolución de conflictos, si bien dentro de su propio ámbito, mediante recursos y decisiones, y cubre una amplia gama o zona en la acción del Estado, ya en el plano meramente fáctico (operaciones y hechos materiales), ya en el plano jurídico (hechos, actos, contratos). No se agota la administración en su expresión jurídica, como es el caso de la legislación con la ley y de la jurisdicción con la sentencia, sino que se extiende a la realización práctica y material de sus cometidos.

Aún cuando – como en la actividad jurisdiccional- mediante la administración se apliquen normas jurídicas a casos concretos, su objetivo no es, como en aquélla, el de hacer respetar el derecho, sino el de dar satisfacción a las necesidades cuya atención se ha puesto a su cargo, con sujeción, por cierto, al ordenamiento jurídico.

Hay quienes, por todo lo dicho[5], califican el contenido de la actividad administrativa como residual, comprensiva de todo aquello que, material y orgánicamente, no esté delimitado en la función legislativa o en la función jurisdiccional, concepción que estaría avalada por la evolución histórica y política, al haber ido desgajando del poder absoluto la justicia y, después de la Revolución Francesa, la legislación, surgiendo los tres poderes clásicos y quedando el ejecutivo, como sucesor del monarca, con un carácter residuario y con funciones heterogéneas y múltiples.

Por otra parte, debe reconocerse que la realidad presenta como necesaria para el debido cumplimiento de las funciones básicas de los órganos de legislación y de jurisdicción cierta actividad de carácter administrativo, como los actos relativos a su organización y a su personal.

Con todo, es indudable que la función destinada a dar satisfacción de un modo permanente y concreto a las necesidades públicas, mediante actos o hechos jurídicos y materiales, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, está radicada, en los Estados contemporáneos, fundamentalmente en el Poder Ejecutivo; pero no constituye toda la actividad de éste, porque le compete también la acción política o de gobierno (v. gr., la que se refiere a las relaciones del Estado con otros Estados o a las del Poder Ejecutivo con otros Poderes).

En resumen, se entiende hoy día a la administración como órgano, o sea se entiende a la administración pública como complejo orgánico o en el sentido

[5] Fernando Garrido Falla, "La Administración Pública como objeto de ciencias jurídicas y no jurídicas", en Revista de Administración Pública Nº 23, 1957, 9 y ss.

subjetivo, como organización, esto lo sigue la mayoría de los autores españoles y autores chilenos, que siguen la concepción orgánica, o que entienden administración no como función sino como órgano o entidad superior, por lo tanto en lo que se está de acuerdo que la administración pública, es un complejo orgánico, pero aquí viene una nueva distinción porque existen muchos órganos públicos, la administración pública es el complejo orgánico que está al servicio del gobierno o que está al servicio del Poder Ejecutivo, no es el Poder Ejecutivo, no es el gobierno es todo el complejo orgánico que está al servicio del Poder Ejecutivo o del gobierno, esto es lo que se va a entender por administración pública y este va ser objeto del Derecho Administrativo, por lo tanto no es administración pública aquel complejo orgánico o aquel conjunto de órganos que está al servicio del parlamento, no forma parte de la administración pública a pesar de que se aplican normas bastante similares, ni tampoco lo es aquel conjunto de órganos y de funcionarios que está al servicio jurisdiccional o judicial, aun cuando materialmente sea muy similar, además esto permite excluir dos tipos de administraciones públicas que no son parte de la administración pública, por ejemplo las administraciones públicas extraestatales – la iglesia – y también se deben excluir las entidades supraestatales – como las organizaciones internacionales – están son entidades de derecho público, tienen una administración, una burocracia, pero no es de interés para nuestro estudio.

Por lo tanto nos quedamos con todo el complejo orgánico que está al servicio del gobierno, por lo tanto se debe descartar primero la administración pública de gobierno, el gobierno queda afuera, el área del derecho que lo estudia es el derecho constitucional, pero luego si se hace una especie de pirámide, hay una serie de entidades que son entidades de derecho privado, pero que pertenecen al Estado algunas son con fines de lucro, son sociedades anónimas y otras son sin fines de lucro, es decir, son corporaciones o fundaciones, es decir, hay que descartar a todas estas entidades que se rigen por el derecho privado aun cuando pertenezcan al Estado, por lo cual nos queda un grupo intermedio.

Realice ejercicios nº 1 y 2

Administración pública en Chile o administración del Estado.

La administración está vinculada con todos los poderes del Estado, en primer lugar está vinculado con el Poder Legislativo, pero en nuestro ordenamiento se encuentra en el Congreso Nacional, y está vinculado a través del sometimiento pleno a la ley, el principio de legalidad Art. 6 y Art. 7 de la Constitución Política de la República.

a)Art. 6: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley"

Art. 7: "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale".

En segundo lugar está también vinculado con el Poder Ejecutivo que está encabezado por el gobierno y quien encabeza la administración es el Presidente de la República Art. 24 de la Constitución y lo ratifica el Art. 1 de la ley Nº 18.575 de bases generales de la administración del Estado.

Art. 24 CPE inc. 1°: "El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado"

Art. 1 Ley N° 18.575: "El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezca la Constitución y las leyes"

Y también se vincula con el Poder Judicial porque este poder le corresponde la función de controlar el actuar de la administración y esto lo confirma el Art. 79 y 38 inciso segundo de la Constitución.

Art. 76 CPE: "La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgad, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse a causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

Reclamada su intervención en forma legal y en negocio de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asuntos sometidos a su decisión.

Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que determine la ley.

La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar"

Art. 38 inciso 2º CPE: "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño".

En alguna medida la administración pública depende del Poder Legislativo, al Poder Judicial, pero la administración pública tiene una dependencia más directa y más inmediata respecto del Poder Ejecutivo, respecto del gobierno de él depende directamente.

2. ORGANIZACIÓN JURÍDICA DEL ESTADO CHILENO

Según el Art. 3 de la CPE: "El Estado de Chile es unitario", lo que implica que el estado administrador es unitario. Este principio tiene expresión en la ley de bases a través de:

1) *La unidad del mando*: Existe una autoridad responsable de la administración del estado, la cual de una forma instrumental, actúa con la colaboración de los demás órganos que cree la constitución y la ley.
   Esta autoridad es el presidente de la República, así lo señala el Art. 24 Inciso 1° de la CPE "El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado" y el Art. 1 inciso 1° de la ley 18.575 "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"

2) *La unidad estructural*: La administración en nuestro país es una sola que responde, ya sea en una relación de jerarquía o supervigilancia, al presidente de la República. La administración es una sola, la que puede organizarse centralizada o descentralizadamente, lo que no resta vigencia al principio de la unidad del mando. Este principio lo encontramos en el Art. 3 de la CPE. "El Estado de Chile es unitario, su territorio se divide en regiones. Su administración será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley"

3) *La unidad de acción*: Este principio implica que en su conjunto, pero cada uno en lo que corresponda los órganos del estado deben desarrollar su actividad con el fin de alcanzar el interés general, a través del principio de la competencia.

   El principio de la unidad de acción lo encontramos en el Art. 6 y 7 de la CPE y Art. 2 de la ley de bases.

   a)*Dispone el Art. 2 de la ley de Bases*: "Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que

expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes"

Los órganos que integran la administración del estado naturalmente deberán actuar en forma coordinada con el objeto de evitar el mal uso o el doble uso de recursos en tareas similares o iguales. Este principio se reconoce expresamente en el Art. 5 inciso 2° de la ley de bases que obliga a los órganos de la administración del estado a ejercer sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, de manera que al actuar cada órgano dentro de su competencia, debe buscar un mismo fin, evitando conflictos de competencia.

Sistemas de organización administrativa.

Cuando hablamos de sistemas de organización administrativa nos referimos a un conjunto de normas y principios que estructuran orgánicamente la unidades que componen el complejo administrativo, ya sabemos que la administración del Estado está compuesto por un sin número o una gran cantidad de personas jurídicas y de órganos, incluso la reglas es que existen más órganos que personas jurídicas, una persona jurídica puede tener múltiples órganos y la cuestión que tenemos que establecer es si este conjunto de órganos y personas jurídicas es un conjunto yuxtapuesto, caótico, desordenado de órganos o en realidad este complejo orgánico responde a determinados sistemas a una determinada estructura, a una determinada organización, para ver esto tenemos que analizar cuáles son los diversos sistemas de organización administrativa.

Clasificación de los sistemas de organización administrativa.

Dentro de la clasificación de los sistemas de organización administrativas podemos distinguir:

a) Sistema de centralización administrativa.
b) Sistema de descentralización administrativa

Dentro de este segundo sistema veremos que lo que ocurre es que se desplaza en alguna medida la función administrativa, que la descentralización puede ser política y administrativa, la descentralización política es propia de los estados federales o de algunos modelos que se conocen como modelos regionales, en donde no solo se descentraliza es la gestión administrativa, sino que se descentraliza el poder, es decir, en que cada unidad territorial se va general poder político o poder público, estos modelos de estados se conocen cono estados compuestos.

Pero nuestra Constitución dice claramente que nuestro Estado es unitario, lo dice en su Artículo 3° y por lo tanto su administración será funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada en su caso desde el punto de vista administrativo, entonces en Chile no puede haber descentralización política solo administrativa.

a) Sistema de centralización administrativa

Está constituida por órganos en que es prevalente el principio de jerarquía en su ordenación y que actúa con la personalidad jurídica del Estado o una persona jurídica común como es el fisco. En el caso de Chile, integran la administración centralizada: ministerios, sub secretarios, intendencias, gobernaciones y algunos servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Todos estos órganos actúan bajo la persona jurídica del fisco de Chile.

- ## Características del sistema centralizado.

1) Se caracteriza por que constituye una organización de estructura piramidal, es decir, que este complejo orgánico en definitiva llega a una cúspide a una cima que está constituida en definitiva por la máxima autoridad que exista dentro de esta organización administrativa.
2) Es la existencia de una relación jerárquica entre todos los órganos y funcionarios que forman parte de esta pirámide.
3) Es que los órganos carecen de personalidad jurídica propia, es decir, actúan bajo la personalidad jurídica de la persona que integran.
4) No tiene estos órganos patrimonio propio.

- ## Ventajas y desventajas del sistema centralizado.

La gran ventaja del sistema centralizado es que permite una acción mucho más coordinada y al mismo tiempo uniforme, por que el jefe del servicio si nos damos cuenta ejerce un control mucho más directo y mucho más eficaz respecto de sus subordinados.

Sin embargo este sistema tiene una gran desventaja s que muchas de las decisiones se adoptan bajo una burocracia que existe a nivel central, no considerando en muchas ocasiones los intereses locales, este es el gran defecto que tiene el sistema centralizado. Sobre todo de un sistema centralizado férreo, coordinado y uniforme en su forma de actuar, todos tienen que responder ante el jerarca de manera tal que un representante de la administración que no cumple su función puede ser sancionado a nivel central, y mantiene una política igualitaria y

uniforme dentro de todo el territorio nacional, pero el problema que tiene es que muchos de los intereses locales no son conocidos por la autoridad central y la autoridad o el delegado que tiene la autoridad central en cada una de estas entidades locales si bien puede constatar las necesidades, no tiene el poder, la fuerza de adoptar decisiones a fin de resolver estas necesidades o enfrentarlas, de tal manera que se realiza un desapego en la actividad que realiza la administración y los intereses locales, pueden ser regionales y comunales.

Realice ejercicios nº 3 y 4

b) La descentralización administrativa.

La descentralización administrativa surge como consecuencia del crecimiento de la función administrativa y especialmente como consecuencia de la expansión de la actividad del Estado, a este efecto sean creado diversos organismos, organismos ya sea especializados en determinadas materias u organismos que deben afrontar o deben asumir intereses locales o regionales, una vez que se les entrega a estos organismos estas competencias, se les entrega estas materias o estas intereses locales y regionales, se les otorga una serie de competencias o potestades, luego de entregar estas competencias o potestades, se le atribuye personalidad jurídica y como consecuencia de la personalidad jurídica tiene un patrimonio propio.

Y al final se establece que la administración central va a tener solo un control de tutela o supervigilancia.

• Elementos de la descentralización.

Atendiendo a sus elementos la descentralización está determinada por dos grandes elementos:

1) La materia y
2) El territorio.

Se distingue entre descentralización funcional, atendiendo a la materia y descentralización territorial, atendiendo al ámbito espacial.

Por eso la doctrina habla en un caso de descentralización territorial y en otro caso habla de descentralización funcional, esta última la vamos a encontrar por descentralización por servicios o descentralización técnica, como lo señala la doctrina, y esto porque no se encontraba regulada en ninguna parte, esto hasta el año 1986 en que se dictó la Ley de bases generales de la administración del Estado, la cual en su Art. 29 inciso final, expresamente dice que la descentralización puede ser funcional o territorial y que por lo demás adopta el Art. 3° de la Constitución, de hecho el texto constitucional no solo hace esta distinción para la descentralización, sino para efectos de la desconcentración.

a) La descentralización territorial.

- ## Elementos de la descentralización territorial.

1) En esta parte de la materia nos vamos a encontrar con elementos comunes a todo órgano descentralizado y luego veremos sus elementos específicos.

Elemento que caracteriza la descentralización territorial la existencia de órganos que tiene personalidad jurídica de derecho público.

2) A estos órganos se le atribuyen un conjunto de potestades públicas, y estas potestades están vinculadas a fines universales que deben cumplir dentro de su respectiva unidad territorial, son poderes bastante fuertes, por que las entidades territoriales le interesa todo lo que ocurre en el ámbito territorial, nada es ajeno, por ejemplo la municipalidad se interesa por el tema de la salud – atención primaria – el tema de la educación, lo que tiene que ver con la construcción de calles, plazas, etc., a esta le interesa todos los problemas que afecten directa o indirectamente a esta unidad territorial que se conoce como la comuna.

3) Tiene potestad reglamentaria, pueden dictar normas en este caso estamos hablando de las ordenanzas municipales, ordenanzas de general de urbanismo y construcción, la de aseo y ornato, la de ferias libres, la de ruidos molestos, también tienen potestad tributaria, pero más que la potestad tributaria tienen la potestad de exacción impositiva o imposición de cargas, ellas cobran impuesto y estos van a sus arcas, las patentes profesionales, las contribuciones, el pago por residuos domiciliarios.

4) Tienen un patrimonio propio que está formado en buena parte con los recursos que ellos mismos recaudan o por lo recursos que se le entreguen a través del presupuesto nacional.

5) Estas entidades territoriales son creadas por ley o por la Constitución, en todo caso hay que tener presente que entidades descentralizadas territorialmente son fundamentalmente dos: el gobierno regional y las municipalidades y ambas son creadas por la propia Constitución como personas jurídicas de derecho público.

6) Están sometidos a la supervigilancia y al control de la administración central, hay varios mecanismos de control y supervigilancia con el gobierno central, por ejemplo en el gobierno regional quizás el más fuerte es que su órgano ejecutivo el intendente es nombrado o es funcionario de la exclusiva

confianza del Presidente de la República, el gobierno regional es una persona jurídica con patrimonio propio y por lo tanto es una entidad descentralizada territorialmente, su órgano ejecutivo lo nombre y lo regula el Presidente de la República y de hecho el intendente integra el consejo regional y es el presidente del consejo regional.

Y luego respecto de las municipalidades existe una serie de mecanismos de control y especialmente en materia de control financiero a través del Ministerio de Hacienda y de la subsecretaria de desarrollo regional, hay una dirección de municipalidades que se encarga de mantener las relaciones con cada una de estas entidades.

7) La designación de las autoridades reconoce una representativa o tiene una base de representatividad, esto ocurre especialmente con las municipalidades, donde el alcalde como los miembros del consejo municipal son elegidos en votación directa, y esto esta mas atenuado respecto del gobierno regional, porque aquí los consejeros regionales aquellos que integran el CORE son electos o son sujetos a una elección indirecta, son los electos por los concejales de cada una de las municipalidades de la región, una de las cosas que sea planteado sean directamente elegidos por la ciudadanía, pero esto es tema de reforma constitucional, por Art. 15 inciso 2º y la Constitución no contempla la elección directa de los consejeros regionales.

- Ventajas del sistema de descentralización territorial.

Bajo este sistema los intereses regionales o locales aparecen más favorecidos, porque las decisiones que se adoptan se van a tomar en el mismo lugar donde se generan las necesidades.

Se produce un descenso en el nivel de decisión, la decisión se tomaba a nivel central, ahora se adopta por una unidad de nivel local, ahora bien esto permite descongestionar la gestión de la administración y como se descongestiona se produce una mayor agilización de la gestión administrativa.

La solución de los problemas queda entregada a ala autoridades que lo conceden directamente.

b) La descentralización funcional.

Junto con la descentralización territorial nos encontramos con la descentralización funcional, esta tiene una serie de característica.

1) Es que se le asigna o encomienda una función o cometido de carácter especial, de distinta naturaleza, puede ser social, económico, de fomento, de carácter empresarial lo importante es que se le asigna una función o cometido especial.

2) Lugar estos órganos disponen de cierta autonomía, pero hay que tener cuidado con la expresión autonomía porque nos estamos refiriendo al concepto estricto de autonomía – auto regularse – lo que pasa que estos órganos no se pueden dar sus propias normas porque tiene que estar sometidos a la Constitución y las leyes, pueden darse normas reglamentarias, pero en lo fundamental ellos no se dan sus propias normas, sino que vienen impuestas de forma externa, pro el texto constitucional y por la ley, lo que se quiere decir aquí en cuanto a autonomía es que tiene cierta libertad en cuanto al poder de gestión, pero esta libertad va estar sujeta en definitiva a la forma como la ley configure los poderes del ente descentralizado, porque en algunos caso va tener poca y otros mucha autonomía, por ejemplo en el caso del Banco Central que tiene una amplia autonomía reconocida a nivel constitucional.

3) También nos vamos a encontrar aquí con poderes de tutela o supervigilancia, no hay que olvidar que la relación de estos órganos con el poder central se va del Presidente de la República a través del ministerio correspondiente.

4) Tiene personalidad jurídica.

5) Tiene patrimonio propio.

- ## Ventajas del sistema de descentralización funcional.

1) Es que permite que la gestión del Estado sea mucho más dinámica al quebrar la línea jerárquica de poder decisión.

2) La especialidad y la autonomía que tiene estos órganos permiten una mayor tecnificación de los mismos y eso permite que puedan reclutar personal mucho más idóneo y especializado.

3) En el cumplimiento de sus fines estas entidades pueden recurrir no solo al derecho público sino que en muchos casos recurren también la derecho

privado y algunas se rigen en buena parte por el derecho privado, como ocurre por ejemplo con las empresas públicas, estas se rigen fundamentalmente por el derecho privado.

c) Las desconcentración.

Ya vimos la centralización y la descentralización tanto funcional como territorial, pero nos queda una categoría intermedia que es la desconcentración, esta es distinta, ¿Qué es la desconcentración?, porque para algunos la desconcentración no es un modelo distinto de la centralización porque la desconcentración es una modalidad de la centralización.

La desconcentración es un fenómeno en virtud del cual se transfiere competencias desde los órganos superiores a los inferiores y se disminuye la subordinación que hay entre ellos, esto es lo fundamental se produce una transferencia de competencias, hay una competencia que está en un órgano central, esa competencia se transfiere a un órgano inferior, luego se atenúa incluso se rompe el vinculo de jerarquía en esa competencia.

• Diversos criterios para explicar la desconcentración

Ha habido varios criterios para explicar este fenómeno, para algunos la desconcentración no es un fenómeno intermedio entre la centralización y la descentralización, una etapa intermedia entre la centralización y la descentralización. Por ejemplo la potestad de fiscalización del cumplimiento de las obligaciones tributarias, en principio ese poder debería estar en el Presidente de la República, lo que sucede que él se lo va asignar a un ministerios que es el Ministerio de Hacienda y este dice en realidad que esa labor es de tal envergadura, es tan compleja que se tiene que entregar a un servicio especializado, entonces la pregunta es que si este servicio tiene que ser descentralizado, es decir, que tenga personalidad jurídica y patrimonio propio, entonces dicen que no y lo crean bien cerca del Ministerio de Hacienda, entonces la ser centralizado, no tampoco, lo que sucede es que se va a crear un órgano que se va a llamar Servicio de Impuestos Internos y este órgano va ser desconcentrado, es decir, se crea el órgano, se transfiere esas competencias por parte de la ley, para que ejerza las fiscalizaciones en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y luego este órgano en esta materia va a tener competencia exclusivas y no va a ver poder de jerarquía respecto de el por parte de la administración central, lo que sucede que este órgano no va tener personalidad jurídica propia, va seguir actuando bajo la personalidad jurídica del

Estado, fisco o de la entidad centralizada, pero va a tener cierto nivel de autonomía, esto es la gran diferencia de lo que ocurre con la centralización, esta regla la recoge la ley de bases generales de la administración del Estado, en su Art. 34.

Ahora para otros el elemento fundamental de la desconcentración es que constituye una limitación o restricción del vínculo de jerarquía.

En cambio para otros autores la desconcentración es simplemente una variante del sistema de centralización, porque dicen estos autores la desconcentración solo se puede dar en un sistema centralizado, pero esto ha sido objeto de críticas porque la desconcentración también se puede dar en un órgano descentralizado, un municipio pequeño y la ley de municipalidades es muy flexible y no obliga a la municipalidades a tener todas las unidades que tiene que tener, esta es una entidad descentralizada y si no tiene algunas de las unidades al que le corresponde decidir es al alcalde, pero resulta que a futuro crece la municipalidad en este caso el alcalde crea unidades, por ejemplo la dirección de obras municipales o la dirección de tránsito, en este caso el alcalde está creando un órgano desconcentrado, va desconcentrar la competencia y le va a transferir la competencia a este órgano y sucede que la entidad descentralizada se está produciendo un fenómeno de desconcentración, lo que se quiere decir es que algunos autores sostienen que la desconcentración es una modalidad de la centralización, y lo que se está probando con este ejemplo es que puede haber desconcentración en un órgano descentralizado y si uno no está conforme con la decisión de este órgano no se puede ir a reclamar al alcalde, porque de acuerdo al Art.34 se rompe el vinculo de jerarquía.

Para otros es una cuestión de técnica organizativa, no es un tema jurídico.

Para otros es simplemente un problema de distribución de competencia.

Realice ejercicios nº 5 y 6

- ## Efectos de la desconcentración.

El primer efecto que produce la desconcentración es que limita los poderes del jerarca, por lo tanto el superior jerárquico mantiene su poder jerárquico sobre su subordinado o el órgano subordinado, salvo en aquellas materias en donde ha operado la desconcentración.

El órgano desconcentrado no tiene personalidad jurídica, ni patrimonio propio, se les puede asignar fondos especiales, pero esos fondos especiales siguen siendo parte del patrimonio del fisco.

- ## Clasificación de la desconcentración.

Se puede clasificar en, desconcentración funcional y desconcentración territorial.

El mejor ejemplo de un órgano desconcentrado funcionalmente es SII, SNA y especialmente se nota la desconcentración, algunos piensan distintos creen que tiene personalidad jurídica y patrimonio propio, especialmente en las fuerzas armadas y de orden y de seguridad pública, son entidades desconcentradas, el ejército, la armada, la fuerza aérea, carabineros y la policía de investigaciones de Chile.

Y del punto de vista territorial, los ministerios se desconcentran a nivel regional a través de secretarias regionales ministeriales y los servicio públicos a través de direcciones regionales, Art. 26 de la ley de bases general de la administración del Estado y Art.33 inciso 2º.

- ## Requisitos para que opere la desconcentración.

1) Que exista una norma legal de desconcentración, porque la competencia solo puede ser asignada o transferida por ley, sino no hay una norma legal de desconcentración no puede haber órgano desconcentrado.

2) Se requiere un órgano desconcentrado al cual se le atribuye esas competencias.

3) Tiene que haber una relación jerárquica, entre el órgano superior y el órgano desconcentrado y tiene que asignarse competencias exclusivas al órgano desconcentrado.

La competencia administrativa.

La competencia es el conjunto de funciones y atribuciones que le permiten a un órgano realizar su actividad con el objeto de satisfacer el interés público. Y por aplicación del principio de la legalidad los órganos del estado deben actuar dentro de su competencia, Art. 6 y 7 de la CPE y Art. 2 de la ley de bases de la administración del estado.

En consecuencia, dado que la fuente genérica de la competencia emana de la CPE y de la ley, es ella quien otorga la competencia y no la autoridad política o administrativa. Sólo la ley es la encargada de crear nuevos órganos del estado administrador y fijar su competencia a iniciativa exclusiva del presidente de la república. Según el Art. 65 N°2 de la CPE: "Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República, la iniciativa exclusiva para: Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos, de las empresas del Estado o municipales; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones"

a) Elementos de la competencia administrativa

1) *Primer elemento de la competencia Elemento materia:* Según Manuel Daniel la materia es el contenido sustancial de la competencia administrativa y agrega que es el objeto sobre el cual recae ese contenido y que el órgano deberá realizar.

La materia responde a los cometidos y funciones que la ley le encarga a un órgano en particular, y atiende a la interrogante ¿para que se crea dicho órgano?
El Art. 7 inciso 2° de la CPE se refiere al elemento materia de la competencia en los siguientes términos: "Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes"

2) *Segundo elemento de la competencia Elemento territorio*: El territorio corresponde al espacio físico que se le reconoce al órgano para que actúe válidamente. Así la característica de la descentralización territorial radica en que la

actuación del órgano se encuentra limitada al territorio, ejemplo: regiones intendente, provincia gobernador, comuna municipalidad.

Pero lo anterior no significa que estos no puedan intervenir en acciones, como compromisos o contratos, con órganos cuya competencia esté radicada en un territorio distinto, así en el caso de las municipalidades se requiere autorización expresa de la ley.

3) *Tercer elemento de la competencia "Las atribuciones":* Las atribuciones también se denominan potestades o facultades. Las atribuciones son los instrumentos jurídicos a través de los cuales los órganos responder a sus funciones, el Art. 7 inciso 1° termina señalando "Los órganos del Estado actúan válidamente... dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley". Así por ejemplo si se faculta a un órgano a celebrar un contrato constituye una atribución, no siendo la función del órgano el celebrar contratos.

- <u>Función y atribución son cosas distintas</u>

Pues la atribución es un medio, un instrumento. El ejercicio de la atribución se encuentra encaminado a cumplir la función del órgano, lo que constituye el elemento materia.

Además de la competencia se requiere que el ejercicio de la atribución se verifique con las formas que prescribe que la ley, así lo señala el Art. 7 inciso 1° de la CPE: "Los órganos del Estado actúan válidamente...y en la forma que prescriba la ley"

La atribución atiende a la interrogante al ¿cómo?, así la facultad expropiatoria es un una atribución y no una función.

4) *Cuarto elemento de la competencia "El grado":* Representa al momento, que de acuerdo a la ley, le corresponde actuar a un órgano. Respondiendo en parte al principio de la jerarquía.

a) Así puede suceder que existan varios órganos que tengan competencia para conocer de una misma materia, pero cada uno debe actuar en el momento que la ley le autoriza, ni antes ni después. Ejemplo en materia de plano regulador varios órganos tienen competencia, pero intervienen en oportunidades distintas: Municipio, ministerio de vivienda y urbanismo y gobierno regional.

b) Dentro de un órgano también se reconocen grados en la competencia. Lo que implica que existen resoluciones que se pueden adoptar en única instancia o eventualmente en doble instancia.

Discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad: Un acto siendo legal puede ser arbitrario. Arbitrario es caprichoso, injusto, sin fundamento racional, etc.

b) Carácter improrrogable de la competencia.

Se acostumbra a destacar el carácter improrrogable de la competencia administrativa, el cual deriva del principio de la legalidad, pues es la ley la que determina la competencia.

Existen dos figuras en el ámbito del derecho administrativo que de alguna manera se relacionan con el ejercicio de la competencia:

1) *La avocación:* Es la figura por medio de la cual un órgano superior asume la competencia resolutiva de un determinado problema que normalmente debe resolver un órgano inferior. Esta resolución que adopta el órgano superior se expresa en un acto administrativo dictado previa autorización legal respecto del superior y sin que sea necesario la interposición de un recurso jerárquico.

La avocación no requiere de impugnación y procede generalmente cuando la competencia es genérica y la ley no la ha radicado en el grado de un determinado órgano, de forma que si la competencia es privativa dentro de un órgano no procede la avocación.

Para que proceda la avocación es menester que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que se presente dentro de un mismo órgano.
b) Sólo procede en materia de competencias genéricas.

2) *La delegación:* Es el acto en virtud del cual un órgano superior le encarga a un órgano inferior que ejerza determinadas atribuciones en las condiciones que la propia autoridad establezca.

Lo que se delega el ejercicio de una atribución y no una función, pues ésta es una sola para el órgano. Así el Art. 41 de la ley de bases señala que: “El ejercicio de las atribuciones y facultades propias podrá ser delegado”.

- ## Requisitos para que proceda la delegación.

Se contemplan en el Art. 41 de la ley de bases:

1) La delegación deberá ser parcial.

2) La delegación deberá recaer en materias específicas. Debe señalarse expresamente el ejercicio de que atribuciones se delegan, de esta forma se cumple con el requisito de la investidura previa del Art. 7 de la CPE.

3) Los delegados deberán ser funcionarios de la dependencia de los delegantes.

4) El acto de delegación deberá ser publicado o notificado según corresponda.

- ¿En qué casos procede la publicación o notificación? La contraloría y los tribunales de justicia han entendido que la publicación de los actos administrativos corresponde cuando han producido efectos generales y se deben notificar los actos administrativos cuando el acto administrativo produce efectos particulares.

- ¿Un acto objeto de delegación deber notificado o publicado? Dependerá si el acto de que se trata produce efectos generales o particulares. La regla general en el ámbito del de la administración del estado es que los actos administrativos no sean ni publicados ni notificados, sin embargo su fuerza imperativa de estos actos alcanza a los administrados aún sin conocerlos, además se tiene que tomar en consideración el Art. 64 de la ley de bases que señala los principios que vulneran el principio de la probidad administrativa.

5) La delegación es esencialmente revocable. La autoridad delegante puede recuperar en cualquier momento el ejercicio de la facultad que ha delegado, pero no podrá ejercer la facultad delegada sin que previamente revoque la delegación, lo que se materializará de la misma manera como se delegó.

   La autoridad delegante no podrá revisar la decisión del delegado mediante el ejercicio de un recurso jerárquico, sin que previamente revoque la delegación.

Revocar implica retirar por razones de merito u oportunidad el ejercicio de la facultad delegada. En cambio el retiro por razones de ilegalidad se denomina invalidación, cuando el acto es retirado por otro acto administrativo o anulación, cuando el acto es retirado por una orden judicial.

6) La responsabilidad por las decisiones administrativas que se adopten o por las actuaciones que se ejecuten recaerá en el delegado, sin perjuicio de la responsabilidad del delegante por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de dirección o fiscalización. Se refiere a la responsabilidad administrativa, sin perjuicio que se pueda responder civil o penalmente.

c) La delegación de firma.

Agrega el Art. 41 de la ley de bases que: "Podrá, igualmente, delegarse la facultad de firmar, por orden de la autoridad delegante, en determinados actos sobre materias específicas"

a) En este caso no se delega en ejercicio de una atribución, lo que significa que la decisión siempre la toma la autoridad que delega la facultad de firmar.

b) Se suele utilizar las expresiones "Por orden de...". En las consideraciones jurídicas del acto administrativo de que se trate debe expresarse el acto administrativo de delegación de la facultad de firmar, el que es uno solo y de aplicación general.

c) La delegación de firma debe reunir los mismos requisitos de delegación que señala el Art. 41 de la ley de bases.

d) Existe diferencias en materia de responsabilidad, pues según el Art. 41 inciso final de la ley de bases esta delegación no modifica la responsabilidad de la autoridad correspondiente, sin perjuicio de la que pudiera afectar al delegado por negligencia en el ejercicio de la facultad delegada.

Realice ejercicios nº 7 al 10

d) Los conflictos de competencia.

Es posible que no obstante las precauciones adoptadas por el legislador en cuanto a la radicación de la competencia puede haber casos en que no exista claridad en cuanto a dicha radicación o bien que respecto de ciertas materias, no obstante su carácter público, no exista ningún órgano que se crea con competencia para actuar en la materia. Ello es lo que da origen a los conflictos de competencia, tanto los positivos como los negativos respectivamente.

Sin embargo, no siempre que intervengan dos o más órganos respecto de una materia existirán conflictos de competencias, pues existen materias respecto de las cuales la ley hace intervenir cooperativamente a dos o más órganos.

- ### Los conflictos positivos de competencia.

Se presentan entre dos o más órganos integrantes de la administración del estado. Según el Art. 36 de la ley de bases se debe realizar la siguiente distinción.

1) Cuando los conflictos de competencia se presentan entre dos o más órganos que reconocen un mismo superior jerárquico, será aquel quien resuelva el conflicto. Ejemplo entre el SII y tesorería resolverá hacienda.

2) Cuando los conflictos de competencia se presentan entre dos o más órganos que no reconocen un mismo superior jerárquico, decidirán en conjunto los Ministros correspondientes, y si hubiere desacuerdo, resolverá el Presidente de la República.

- ### Los conflictos negativos de competencia.

La ley de bases no regula esta situación, y según el profesor San Martín resulta aconsejable recurrir a contraloría.

Tanto en la solución de los conflictos positivos como negativos de competencia los superiores jerárquicos llamados a conocerlos ni la contraloría podrán atribuirse nuevas competencias.

Generalmente en el caso de conflictos negativos si no hay ningún órgano competente según la ley, la materia no será de carácter público sino que privado.

Pero si un órgano no actúa, debiendo hacerlo, podrá incurrirse en responsabilidad por falta de servicio.

- Conflictos entre autoridades políticas o administrativas y otros órganos del estado.

La solución la otorga la CPE, debiendo realizar la siguiente distinción:

1) Si el conflicto se presenta entre autoridades administrativas y judiciales, y estas están representadas por los tribunales superiores de justicia, resolverá el senado según el Art. 53 N°3 de la CPE. Ejemplo el conflicto que enfrenta a la contraloría y a la Corte Suprema frente a los recursos de protección por la toma razón del contralor general. El senado se pronunció a favor de la contraloría señalando que era una atribución privativa de ésta que la constitución le encomienda, sin perjuicio de la facultad del particular para recurrir en contra dl órgano cuyo acto origina la intervención de la contraloría.

e) Los vicios de competencia

Pueden existir vicios de competencia de carácter constitucional y de carácter legal.

1) Los vicios de competencia de carácter constitucional se produce entre órganos que exceden su competencia de carácter constitucional, es decir, se produce entre órganos que exceden la competencia que surge de la propia CPE.

2) Los vicios de competencia de carácter legal se produce entre órganos que exceden su competencia de carácter legal, es decir, se produce entre órganos que exceden la competencia que surge de la ley, son más frecuentes.

Todos estos conflictos necesitan una solución oportuna, urgente y ajustada a derecho, tomando en consideración que las autoridades políticas o administrativas no pueden crear nuevas competencias.

- ## Distinción entre desconcentración y delegación.

No son lo mismo, porque la delegación es un acto por el cual la autoridad administrativa superior cede o transfiere el ejercicio de una potestad pública o competencia a un órgano o funcionario inferior, esta primera modalidad se conoce como la delegación de competencia que es la que más se parece a la figura de la desconcentración.

En cambio en la desconcentración no ocurre lo anterior, en la desconcentración se transfiere la facultad y solo la ley puede transferir la potestad, en cambio en la delegación no se transfiere la potestad se transfiere el ejercicio de la potestad, es decir, que la potestad sigue siendo de titularidad del órgano delegante, cosa que no ocurre en la desconcentración.

Por lo tanto el órgano delegante puede asumir la potestad delegada, esta es la gran diferencia, y esta es una práctica bastante habitual a efecto de descongestionar la actividad que le corresponde a un órgano de jerarquía superior, muchas veces se actúa bajo la forma de la delegación de competencia, se dice un acto delegatorio.

La delegación está expresamente regulada en nuestro ordenamiento jurídico, y dice que hay dos formas de delegación, la delegación clásica que es la delegación de competencia y la otra la delegación que es la que se conoce como la delegación de firma que es otra modalidad, aquí se faculta para que un delegado firme por la autoridad superior y siempre aparece la expresión “por orden de”, ver el Art. 36 de la Constitución y esto lo reafirma el Art. 3 de la ley Nº 19.880 cuando habla de los decretos supremos, aquí no se redelega la competencia, sino que se delega la firma, el tema de la delegación de competencia y la delegación de firma está regulado expresamente en el Art. 41 de la ley de bases generales de la administración del Estado.

- ## Esquema de los sistemas de organización administrativa

	DELEGACIÓN	**DESCONCENTRA-CIÓN**	**DESCENTRALIZACIÓN**

Noción	Transferencia del ejercicio de potestades específicas	Radicación de una o varias potestades en un órgano de un servicio o ente	Creación de una persona jurídica encargada de la gestión administrativa de un sector dado de la Administración del Estado
Origen	Acto administrativo, dictado por quien tiene atribuida la potestad como propia	Ley, que atribuye potestades a un órgano inferior de un determinado ente o servicio (art. 62 inc. 4º Nº 2 CP)	Ley que crea una persona jurídica estatal administrativa (Municipalidad, empresa estatal, institución; art. 62 inc. 4º Nº 2 CP)
Tiempo o duración	Definida o indefinida, según lo precise el acto administrativo que establece la delegación (normalmente la delegación es indefinida), pero siempre revocable a voluntad del delegante y sin expresión de causa	Normalmente indefinida, mientras esté vigente la disposición legal que la haya establecido	Normalmente de duración indefinida son las personas jurídicas públicas estatales administrativas
A quién se atribuye	A un subordinado o dependiente del delegante	A un órgano inferior dentro de la escala jerárquica de un ente o servicio	Se crea una persona jurídica (sea que no exista o que se dote de esta personalidad a un órgano fiscal

			preexistente)
Qué se atribuye	Se transfiere el ejercicio de una o varias potestades del delegante, específicamente determinadas (jamás el conjunto de las potestades)	Se atribuye potestades específicas, en tanto privativas o exclusivas del órgano inferior de que se trata (sea que se crean ex-profeso, sea que pre-existan, pero que se sacan del "centro" para radicarlas en un nivel jerárquico inferior)	Al crear una persona nueva, se le entregan funciones y por ende un conjunto de potestades para satisfacer las necesidades de un sector completo de la Administración del Estado
Ámbito de procedencia	Procede respecto de toda potestad que se tiene atribuida como propia (salvo prohibición expresa), tanto en la centralización, como en la desconcentración, como en la descentralización	La ley puede desconcentrar potestades, tanto en los organismos centralizados, como descentralizados (v. gr. atribuciones del Director de Obras Municipales)	Siempre cabe al legislador crear entes personificados (con la limitación del campo económico: art. 19 Nº 21 inc. 2º y 1º inc. 3º de la CP)
Extinción	Siempre por acto administrativo del delegante, debidamente notificado al delegado; no pudiendo avocarse el conocimiento de los asuntos el delegante, si no	Siempre por acto del legislador, suprimiendo la disposición legal que la preveía, o radicando la potestad en el órgano superior del ente o servicio	Siempre por ley que ordene la extinción de la persona jurídica (servicio público), art. 2 inc. 4º Nº 2 CP

	una vez que ello haya sucedido		
Quién controla el ejercicio de las potestades	El delegante, a través de recurso jerárquico, o de oficio; la CGR en su caso, y los Tribunales de Justicia (por las acciones que se deduzcan), para la "delegación de firma". Para la "delegación propiamente tal": CGR y TOJ	Los tribunales de Justicia por las acciones que se interpongan en contra del acto del órgano desconcentrado que agravie (es imposible el recurso jerárquico)	El Presidente de la República, en la medida en que el legislador haya, para cada caso, concebido el vínculo de supervigilancia, y todo ello, a través del Ministro respectivo; y también los Tribunales de Justicia (sin perjuicio de la CGR, en su caso, cuando corresponda)
Quién es el responsable del ejercicio de la potestad	El delegado responde por los actos que dicte (salvo en la "delegación de firma", en que responde el delegante)	El órgano con potestad desconcentrada, ya que ejerce un poder propio y exclusivo	El ente o servicio personificado responde por los actos de sus órganos (sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario que haya provocado el daño

1. PODERES DEL ESTADO

Siguiendo la vieja clasificación de Ginés Calderón y de Posada en España, es factible dividir la Constitución en una parte orgánica y en otra dogmática. La parte dogmática está formada por principios, derechos, deberes y garantías, en tanto que la parte orgánica es el derecho de las instituciones jurídico políticas, es decir, el estudio sobre los poderes públicos, en especial gobierno y parlamento.

La parte orgánica del derecho constitucional exige utilizar conceptos, clasificaciones y esquemas propios de la teoría del Estado y de la teoría del gobierno. En particular, tres doctrinas son esenciales en el estudio de las partes dogmática y orgánica:

a) Doctrina de las funciones del poder estatal o poderes del Estado: en la conformación del Estado de Derecho y del régimen político pesa el viejo principio dogma de la separación de poderes.

b) Doctrina de los órganos del Estado: que permite describir la actividad de poder del Estado como una actividad atribuible a éste en cuanto persona jurídico o ente personificado a través de sus órganos.

c) Teoría de las formas de gobierno o regímenes políticos: permite caracterizar nuestro régimen político como presidencialista. Esto significa que en nuestro país el régimen político está marcado por un predominio del poder ejecutivo, ligado también al funcionamiento mismo de los poderes públicos. Es presidencialista porque el predominio del ejecutivo se manifiesta en que: el presidente es jefe de Estado, de gobierno y de administración; es colegislador; penalmente irresponsable; designa a jueces y ministros; única magistratura que actúa por el Estado en su relación con organismos internacionales; vela por una pronta y cumplida administración de justicia.

En nuestro medio, los profesores Silva Bascuñán y Cea coinciden en señalar la importancia del régimen presidencialista en la configuración orgánica del Estado.

3.1. Poder Ejecutivo

1) Presidente de la República y administración:

a) Concepto de gobierno y administración:

Ambos conceptos se caracterizan por abordarse desde una doble perspectiva, funcional y orgánica. Desde un prisma funcional, gobierno y administración son manifestaciones específicas del poder político estatal, tradicionalmente denominado poder ejecutivo. Bajo una óptica orgánica, en tanto, gobierno y administración son un conjunto de órganos supremos y no supremos del Estado que titularizan las funciones política o gubernativa y administrativa del poder político.

b) Gobierno

La Constitución encabeza el capítulo IV, y con ello su parte orgánica, con gobierno, a diferencia de las cartas históricas, que abordaban primero al poder legislativo. Éste no es un puro cambio de orden en el tratamiento de los poderes públicos, puesto que designa la centralidad y funcionalidad que el constituyente de 1980 le otorgó al gobierno en el régimen político presidencialista.

2) Presidente de la República

El Presidente es jefe de Estado y de gobierno, por lo que se trata de un ejecutivo monocrático o unipersonal. Le corresponde el gobierno y la administración del Estado, por cuanto es un órgano supremo y jerarca de toda la administración pública. 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", en palabras del inciso segundo del artículo 24 de la carta fundamental vigente.

Lo anterior significa que el Presidente es un órgano supremo gubernativo y administrativo. En el plano gubernativo le corresponde la dirección superior de las políticas públicas del Estado, así como su formulación y aprobación. En el plano administrativo, en tanto, es el líder máximo de la administración pública y está revestido de poderes jerárquicos y de tutela sobre los órganos administrativos, sea en la administración civil o militar policial y en la administración central periférica.

Por último, el Presidente en cuanto jefe de Estado es una magistratura de unidad nacional al representar al Estado nación y ser el conductor supremo de las relaciones internacionales.

- Elección del Presidente

El artículo 26 de la Constitución señala que el Presidente de la República será elegido en votación directa y por mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos. La elección se efectuará conjuntamente con la de parlamentarios, en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva, noventa días antes de aquél en que deba cesar en el cargo el que esté en funciones.

El Presidente es elegido en base de circunscripción nacional, lista uninominal, mecanismo de voto único y fórmula electoral mayoritaria absoluta. Esto significa que la elección presidencial es directa de la ciudadanía y que cada ciudadano vota por un candidato de partido, pacto de partidos o independiente, resultando electo quien obtenga la mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos.

La elección presidencial debe verificarse 90 días antes que concluya el período presidencial vigente. Si en la primera votación no se produce mayoría absoluta, procede una segunda votación, conocida como segunda vuelta, circunscrita a los candidatos que hayan obtenido las dos primeras mayorías, resultando elegido quien tuviere el mayor número de votos a su favor. La segunda votación se verifica el trigésimo día después de verificada la primera si fuere domingo y, si correspondiese a cualquier otro día, el domingo siguiente al trigésimo día.

En la elección presidencial, primera o segunda votación, los votos blancos o nulos se consideran no emitidos.

- Requisitos de elegibilidad e investidura del cargo de Presidente de la República

El artículo 25 establece los requisitos de elegibilidad y dispone que “Para ser elegido Presidente de la República se requiere tener la nacionalidad chilena de acuerdo a lo dispuesto en los números 1º ó 2º del artículo 10; tener cumplidos treinta y cinco años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. El Presidente de la República durará en el ejercicio de sus funciones por el término de cuatro años y no podrá ser reelegido para el período siguiente. El Presidente de la República no podrá salir del territorio nacional por más de treinta días ni en los últimos noventa días de su período, sin acuerdo del Senado. En todo caso, el Presidente de la República comunicará con la debida anticipación al Senado su decisión de ausentarse del territorio y los motivos que la justifican”

Los requisitos, por tanto, son tres:

a) Tener la nacionalidad chilena de acuerdo a lo dispuesto en los números 1º ó 2º del artículo 10.
b) Tener cumplidos 35 años de edad.
c) Poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio.

El Presidente durará 4 años en el cargo y no podrá ser reelegido por el período siguiente.

- Atribuciones del Presidente

Para el estudio de las atribuciones del Presidente de la República las clasificaremos del siguiente modo:

1) Constituyentes.
2) Legislativas.
3) Gubernativas.
4) Administrativas.
5) Judiciales.

Al respecto cabe señalar dos acápites:

a) La naturaleza constituyente, legislativa, política y judicial de las atribuciones del Presidente designa la centralidad y funcionalidad de la institución presidencial en el régimen político.

b) El Presidente es jefe de Estado y de gobierno. En cuanto jefe de gobierno también es el jerarca máximo de la administración del Estado, por lo que sus funciones y atribuciones están recogidas en el artículo 32 con carácter de poderes explícitos y en el inciso segundo del artículo 24 con carácter de poderes implícitos. Estos últimos deben ser determinados por la Constitución y las leyes.

- Atribuciones del presidente de la república

El Art. 32 de la Constitución compendia el catálogo de atribuciones especiales del Presidente de la República o poderes explícitos, sin perjuicio de los poderes implícitos cuya fuente es el Art. 24 inciso 2°.

La doctrina nacional ha utilizado distintas tipologías para clasificar las atribuciones para clasificar las atribuciones del Presidente de la República.

1) Clasificación tradicional

a) Atribuciones legislativas
b) Atribuciones políticas
c) Atribuciones administrativas
d) Atribuciones judiciales
e) Atribuciones militares
f) Atribuciones económicas
g) Atribuciones internacionales

3) En el marco de los roles del presidente de la república:

a) Atribuciones de jefe de Estado
b) Atribuciones de jefe de Gobierno
c) Atribuciones de jefe de la Administración del Estado

4) En la perspectiva funcional:

a) Atribuciones Constituyentes
b) Atribuciones Legislativas
c) Atribuciones Gubernamentales
d) Atribuciones Administrativas
e) Atribuciones Judiciales

a) Atribuciones Constituyentes

Conforme a estos preceptos el Presidente de la República es un órgano del poder constituyente derivado. En tal calidad el Presidente de la República tiene misiones, derecho de iniciativa en reforma constitucional, la sanción, el veto y la promulgación de las reformas constitucionales y la calificación de urgencia de tales proyectos. Incluso más, tratándose del veto, parcial o total, cuando fuere invertido por las Cámaras, el Presidente de la República puede convocar a plebiscito de reformas constitucionales.

b) Atribuciones Legislativas

El Presidente de la República es un órgano colegislador con atribuciones legislativas directas e indirectas. Las atribuciones legislativas directas son aquellas relacionadas con el proceso de formación de las leyes o inter legis; las atribuciones legislativas indirectas están relacionadas con la integración y funcionamiento del Congreso.

En el campo de las atribuciones legislativas directas el Presidente de la República concurre al procedimiento de la formación de la ley, sanciona y promulga las leyes. En el procedimiento legislativo el Presidente de la República tiene:

- ✓ Derecho de Iniciativa
- ✓ Derecho de Iniciativa Exclusiva
- ✓ Prerrogativa de calificación de urgencia
- ✓ Intervención de Ministros de Estado en el debate legislativo
- ✓ Sanción de los proyectos de ley o aprobación de los proyectos de ley
- ✓ Veto parcial o suspensivo, aditivo, supresivo o declarativo.
- ✓ Promulgación y publicación de los proyectos de ley sancionados.

También es atribución legislativa directa dictar decretos con fuerza de ley. Los DFL son decretos delegados en virtud de una Ley delegatoria de facultades legislativas y que se encuentra racionalizada en la Constitución.

Por último, en el campo de las atribuciones legislativas indirectas le compete al Presidente de la República:

- ✓ La convocatoria y clausura de la legislatura ordinaria.

Realice ejercicios nº 11 al 13

c) Atribuciones Gubernamentales

Estas atribuciones gubernamentales son de dirección política suprema del Estado a saber las siguientes:

- ✓ Declarar los Estados de Excepción Constitucional
- ✓ Conducir las relaciones políticas internacionales
- ✓ Negociar, concluir, firmar, ratificar tratados internacionales
- ✓ Atribuciones militares (Art. 32 N° 19, 20, 21) conforme a las cuales el Presidente de la República tiene el mando político y estratégico de las FFAA y el mando estratégico-militar en caso de guerra.
- ✓ Es una atribución gubernamental la del Art. 32 N° 22 que tiene relación con la gestión financiera del Estado y disponer del 2% constitucional mediante un decreto de emergencia económica.

d) Atribuciones Administrativas

Conforme a estas atribuciones el Presidente de la República tiene la potestad reglamentaria de ejecución para el cumplimiento de las leyes y la potestad reglamentaria autónoma para la normación general en las materias que quedan fuera del dominio legal. Estas potestades reglamentarias del Art. 32 N° 8 tienen una estructura diferenciada aunque ambas conciernen a la ejecución de políticas públicas. El peso de la potestad reglamentaria autónoma del Art. 32 N° 8 es mas teórico que real ya que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha extendido el campo del dominio legal. También son atribuciones administrativas los poderes del Presidente de los empleos civiles son de confianza política o corresponden a la categoría genérica de cargos de exclusiva confianza:

- ✓ Ministros de Estado
- ✓ Subsecretarios
- ✓ Intendentes
- ✓ Gobernadores
- ✓ Diplomáticos
- ✓ Representantes ante organismos internacionales
- ✓ Contralor general de la República
- ✓ En general, todo cargo de la administración civil del Estado

Es una atribución administrativa del Presidente de la República nombrar los altos empleos militares y policiales, es decir, Comandantes en Jefe, General Director y oficiales.

e) Atribuciones Judiciales

El Presidente de la República interviene en la generación de la judicatura y en el funcionamiento del Poder Judicial. Le corresponde nombrar a magistrados y fiscales judiciales de la Corte y a jueces letrados.

También nombra a un miembro del Tribunal Constitucional y a magistrados y Fiscales Judiciales de la Corte Suprema, al Fiscal Nacional con acuerdo del Senado; también vela por la conducta ministerial de los jueces y empleados del poder judicial; también otorga indultos particulares que están reglados en la Ley Tales indultos pueden ser:

- ✓ Indultos de supresión o extinción de pena.
- ✓ Indultos de reducción de penas
- ✓ Indultos de conmutación de penas.

2) Ministros de Estado

Son colaboradores directos e inmediatos del Presidente en el gobierno y la administración del Estado. La ley fija el número de ministros, el orden procedencia y su organización, rigiendo aún la ley orgánica de ministerios de 1925. Cada cartera tiene su propia ley orgánica y la ley de bases nº 18575, reformada por la ley nº 19653, define conceptos primarios al respecto y entrega preceptos para la subrogación de los secretarios.

Los ministros de Estado, para su nombramiento, deben cumplir con los requisitos del artículo 34, que detalla que "para ser nombrado ministro se requiere ser chileno, tener cumplidos veintiún años de edad y reunir los requisitos generales para el ingreso a la Administración Pública.

"En los casos de ausencia, impedimento o renuncia de un ministro, o cuando por otra causa se produzca la vacancia del cargo, será reemplazado en la forma que establezca la ley."

Los ministros de Estado son secretarios de despacho, magistraturas dependientes del Presidente y de su estricta confianza política.

Poder Legislativo

a) Congreso Nacional

Es un órgano supremo del Estado, de estructura compleja y bicameral, equilibrado en cuanto a sus potestades y esencialmente de representación política del cuerpo electoral. Sin embargo, la cámara alta o senado parcialmente tiene una integración autocrática o tradicional que está en pugna con el principio democrático.

Diputados y senadores se eligen por la ciudadanía en elecciones directas por distritos y circunscripciones de tipo binominal, mediante voto único y según una fórmula de escrutinio o electoral empírica, que opera como regla de decisión y representación mayoritaria o minoritaria y se conoce como regla del duplo. En virtud de tal regla, el partido o pacto de partidos que obtiene el doble de votos válidamente emitidos que la lista que la sigue en orden de preferencia gana los dos escaños en disputa; de lo contrario, éstos se asignan a los partidos o pactos de partidos que cuenten con las dos primeras mayorías en la elección y en el distrito o circunscripción de que se trate.

b) Cámara de diputados y senado:

La cámara de diputados está integrada por 120 miembros elegidos en elección directa por los distritos electorales que establezca la ley orgánica constitucional respectiva.

La Cámara de Diputados se renovará en su totalidad cada cuatro años.

El Senado por su parte se compone de miembros elegidos en votación directa por circunscripciones senatoriales, en consideración a las regiones del país. La ley orgánica constitucional respectiva determinará el número de Senadores, las circunscripciones senatoriales y la forma de su elección.

Los Senadores durarán ocho años en su cargo y se renovarán alternadamente cada cuatro años, correspondiendo hacerlo en un período a los representantes de las regiones de número impar y en el siguiente a los de las regiones de número par y de la Región Metropolitana

1) Funciones y atribuciones:

El Congreso Nacional es titular de las siguientes funciones:

1) *Función constituyente*: Órgano del poder constituyente derivado.

2) *Función legislativa*: Potestad de dictar, modificar o derogar la legislación.
3) *Función de control político*: por parte de la cámara de diputados a los actos de gobierno y administración.
4) *Función de justicia política o cuasijudicial:* cámara del senado en el juicio político y desafuero civil de ministros.
5) *Función consultiva*, radicada exclusivamente en el senado.

Junto a estas funciones o potestades del Congreso, los artículos 52 y 53 de la Constitución le asignan a la cámara de diputados y al senado, respectivamente, atribuciones especiales.

- Principio de autonormación reglamentaria:

Cada cámara goza de autonomía y el Congreso posee independencia como poder del Estado. Fruto de tal autonomía, ambas cámaras tienen las siguientes potestades:

a) *Potestad de autonormación reglamentaria*: en virtud de ella cada cámara dicta sus reglamentos internos de organización y funcionamiento.

b) *Potestad de gobierno interior, policía y disciplina*: es una facultad de naturaleza administrativa y guarda relación con la gestión de recursos materiales y humanos, con el buen orden interno de cada cámara y con la disciplina de funcionarios parlamentarios y personas que se encuentren en los recintos de las cámaras.

2) Funcionamiento del Congreso Nacional:

En la organización y funcionamiento del Congreso Cada cámara es un órgano de funcionamiento permanente, distinguiéndose una legislatura ordinaria y otra extraordinaria. La ordinaria se verifica entre el 21 de mayo y el 18 de septiembre de cada año y corresponde al período de sesiones ordinario, caracterizándose porque pueden tratarse todos los temas de la agenda de la cámara.

La legislatura extraordinaria, en tanto, es el período de sesiones extraordinario que media entre el término de una legislatura ordinaria y el comienzo de una nueva, requiriendo convocatoria por parte del Presidente dentro de los últimos 10 días de la ordinaria o durante el receso parlamentario.

El Congreso también puede autoconvocarse a la legislatura extraordinaria a través del presidente del senado o a solicitud escrita de la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio. Tal autoconvocatoria se puede verificar durante el receso parlamentaria y siempre que el Presidente no haya llamado a

legislar. Además, el Congreso puede autoconvocarse de pleno derecho para conocer de la declaración de estado de sitio.

La Constitución dispone en su artículo 46 que "el Congreso Nacional 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."

El artículo 47 agrega que "la Cámara de Diputados está integrada por 120 miembros elegidos en votación directa por los distritos electorales que establezca la ley orgánica constitucional respectiva.
"La Cámara de Diputados se renovará en su totalidad cada cuatro años."

En virtud del artículo 48, "para ser elegido diputado se requiere ser ciudadano con derecho a sufragio, tener cumplidos veintiún años de edad, haber cursado la enseñanza media o equivalente y tener residencia en la región a que pertenezca el distrito electoral correspondiente durante un plazo no inferior a dos años, contando hacia atrás desde el día de la elección."

Artículo 49.- El Senado se compone de miembros elegidos en votación directa por circunscripciones senatoriales, en consideración a las regiones del país. La ley orgánica constitucional respectiva determinará el número de Senadores, las circunscripciones senatoriales y la forma de su elección. Los Senadores durarán ocho años en su cargo y se renovarán alternadamente cada cuatro años, correspondiendo hacerlo en un período a los representantes de las regiones de número impar y en el siguiente a los de las regiones de número par y de la Región Metropolitana.

Artículo 50.- Para ser elegido senador se requiere ser ciudadano con derecho a sufragio, único haber cursado la enseñanza media o equivalente y tener cumplidos treinta y cinco años de edad el día de la elección.

Artículo 51.- Se entenderá que los diputados tienen, por el solo ministerio de la ley, su residencia en la región correspondiente, mientras se encuentren en ejercicio de su cargo. Las elecciones de diputados y de senadores se efectuarán conjuntamente. Los parlamentarios podrán ser reelegidos en sus cargos.

De acuerdo al artículo Artículo 55.- El Congreso Nacional se instalará e iniciará su período de sesiones en la forma que determine su ley orgánica constitucional. En todo caso, se entenderá siempre convocado de pleno derecho para conocer de la declaración de estados de excepción constitucional. La ley orgánica constitucional señalada en el inciso primero, regulará la tramitación de

las acusaciones constitucionales, la calificación de las urgencias conforme lo señalado en el artículo 74 y todo lo relacionado con la tramitación interna de la ley.

Artículo 56.- La Cámara de Diputados y el Senado no podrán entrar en sesión ni adoptar acuerdos sin la concurrencia de la tercera parte de sus miembros en ejercicio. Cada una de las Cámaras establecerá en su propio reglamento la clausura del debate por simple mayoría. Normas comunes para los diputados y senadores.

- Quórum de sesiones:

La cámara de diputados y el senado tienen como quórum de sesión válida un tercio de sus miembros en ejercicio.

Realice ejercicios nº 14 y 15

3) Atribuciones exclusivas de las cámaras y del Congreso Nacional

El Congreso es un parlamento bicameral equilibrado en cuanto a sus funciones y potestades, más la Constitución radica atribuciones exclusivas en cada cámara, que permiten diferenciarlas.

1) Artículo 52.- Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados:

1) *Fiscalizar los actos del Gobierno*. Para ejercer esta atribución la Cámara puede:
a) Adoptar acuerdos o sugerir observaciones, con el voto de la mayoría de los diputados presentes, los que se transmitirán por escrito al Presidente de la República, quien deberá dar respuesta fundada por medio del Ministro de Estado que corresponda, dentro de treinta días. Sin perjuicio de lo anterior, cualquier diputado, con el voto favorable de un tercio de los miembros presentes de la Cámara, podrá solicitar determinados antecedentes al Gobierno. El Presidente de la República contestará fundadamente por intermedio del Ministro de Estado que corresponda, dentro del mismo plazo señalado en el párrafo anterior. En ningún caso los acuerdos, observaciones o solicitudes de antecedentes afectarán la responsabilidad política de los Ministros de Estado;
b) Citar a un Ministro de Estado, a petición de a lo menos un tercio de los diputados en ejercicio, a fin de formularle preguntas en relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo. Con todo, un mismo Ministro no podrá ser citado para este efecto más de tres veces dentro de un año calendario, sin previo acuerdo de la mayoría absoluta de los diputados en ejercicio. La asistencia del Ministro será obligatoria y deberá responder a las preguntas y consultas que motiven su citación, y
c) Crear comisiones especiales investigadoras a petición de a lo menos dos quintos de los diputados en ejercicio, con el objeto de reunir informaciones relativas a determinados actos del Gobierno. Las comisiones investigadoras, a petición de un tercio de sus miembros, podrán despachar citaciones y solicitar antecedentes. Los Ministros de Estado, los demás funcionarios de la Administración y el personal de las empresas del Estado o de aquéllas en que éste tenga participación mayoritaria, que sean citados por estas comisiones, estarán obligados a comparecer y a suministrar los antecedentes y las informaciones que se les soliciten. No obstante, los Ministros de Estado no podrán ser citados más de tres veces a una misma comisión investigadora, sin previo acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros. La ley orgánica constitucional

del Congreso Nacional regulará el funcionamiento y las atribuciones de las comisiones investigadoras y la forma de proteger los derechos de las personas citadas o mencionadas en ellas.

2) *Declarar si han o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen en contra de las siguientes personas*:

a) Del Presidente de la República, por actos de su administración que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes. Esta acusación podrá interponerse mientras el Presidente esté en funciones y en los seis meses siguientes a su expiración en el cargo. Durante este último tiempo no podrá ausentarse de la República sin acuerdo de la Cámara;
b) De los Ministros de Estado, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, por infringir la Constitución o las leyes o haber dejado éstas sin ejecución, y por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y soborno;
c) De los magistrados de los tribunales superiores de justicia y del Contralor General de la República, por notable abandono de sus deberes;
d) De los generales o almirantes de las instituciones pertenecientes a las Fuerzas de la Defensa Nacional, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, y
e) De los intendentes y gobernadores, por infracción de la Constitución y por los delitos de traición, sedición, malversación de fondos públicos y concusión. La acusación se tramitará en conformidad a la ley orgánica constitucional relativa al Congreso. Las acusaciones referidas en las letras b), c), d) y e) podrán interponerse mientras el afectado esté en funciones o en los tres meses siguientes a la expiración en su cargo. interpuesta la acusación, el afectado no podrá ausentarse del país sin permiso de la Cámara y no podrá hacerlo en caso alguno si la acusación ya estuviere aprobada por ella. Para declarar que ha lugar la acusación en contra del Presidente de la República se necesitará el voto de la mayoría de los diputados en ejercicio. En los demás casos se requerirá el de la mayoría de los diputados presentes y el acusado quedará suspendido en sus funciones desde el momento en que la Cámara declare que ha lugar la acusación. La suspensión cesará si el Senado desestimare la acusación o si no se pronunciare dentro de los treinta días siguientes.

2) Artículo 53.- Son atribuciones exclusivas del Senado

1) Conocer de las acusaciones que la Cámara de Diputados entable con arreglo al artículo anterior. El Senado resolverá como jurado y se limitará a declarar si el acusado es o no culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputa. La declaración de culpabilidad deberá ser pronunciada por los dos tercios de los senadores en ejercicio cuando se trate de una acusación en contra del Presidente

de la República, y por la mayoría de los senadores en ejercicio en los demás casos. Por la declaración de culpabilidad queda el acusado destituido de su cargo, y no podrá desempeñar ninguna función pública, sea o no de elección popular, por el término de cinco años. El funcionario declarado culpable será juzgado de acuerdo a las leyes por el tribunal competente, tanto para la aplicación de la pena señalada al delito, si lo hubiere, cuanto para hacer efectiva la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al Estado o a particulares;
2) Decidir si ha o no lugar la admisión de las acciones judiciales que cualquier persona pretenda iniciar en contra de algún Ministro de Estado, con motivo de los perjuicios que pueda haber sufrido injustamente por acto de éste en el desempeño de su cargo;
3) Conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia;
4) Otorgar la rehabilitación de la ciudadanía en el caso del artículo 17, número 3° de esta Constitución;
5) Prestar o negar su consentimiento a los actos del Presidente de la República, en los casos en que la Constitución o la ley lo requieran. Si el Senado no se pronunciare dentro de treinta días después de pedida la urgencia por el Presidente de la República, se tendrá por otorgado su asentimiento;
6) Otorgar su acuerdo para que el Presidente de la República pueda ausentarse del país por más de treinta días o en los últimos noventa días de su período;
7) Declarar la inhabilidad del Presidente de la República o del Presidente electo cuando un impedimento físico o mental lo inhabilite para el ejercicio de sus funciones; y declarar asimismo, cuando el Presidente de la República haga dimisión de su cargo, si los motivos que la originan son o no fundados y, en consecuencia, admitirla o desecharla. En ambos casos deberá oír previamente al Tribunal Constitucional;
8) Aprobar, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la declaración del Tribunal Constitucional a que se refiere la segunda parte del Nº 10º del artículo 93;
9) Aprobar, en sesión especialmente convocada al efecto y con el voto conforme de los dos tercios de los senadores en ejercicio, la designación de los ministros y fiscales judiciales de la Corte Suprema y del Fiscal Nacional, y
10) Dar su dictamen al Presidente de la República en los casos en que éste lo solicite. El Senado, sus comisiones y sus demás órganos, incluidos los comités parlamentarios si los hubiere, no podrán fiscalizar los actos del Gobierno ni de las entidades que de él dependan, ni adoptar acuerdos que impliquen fiscalización.

3) Artículo 54.- Son atribuciones del Congreso:

1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un

Tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley. El Presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle. El Congreso podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional. Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria. Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional. Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzcan sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno. En el caso de la denuncia o el retiro de un tratado que fue aprobado por el Congreso, el Presidente de la República deberá informar de ello a éste dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro. El retiro de una reserva que haya formulado el Presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional al momento de aprobar un tratado, requerirá previo acuerdo de éste, de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva. El Congreso Nacional deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en que se solicita el acuerdo pertinente. Si no se pronunciare dentro de este término, se tendrá por aprobado el retiro de la reserva. De conformidad a lo establecido en la ley, deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo. En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 64, y

2) Pronunciarse, cuando corresponda, respecto de los estados de excepción constitucional, en la forma prescrita por el inciso segundo del artículo 40.

Poder judicial

La Constitución de 1980 contiene elementos de continuidad e innovación en lo relativo al poder judicial si se la compara con las cartas históricas. Por de pronto, el texto vigente reserva la denominación de poder del Estado sólo al poder judicial, siguiendo a su antecesora de 1925, la que innova por su parte respecto de la de 1833, que se refería a la administración de justicia.

El tratamiento del poder judicial como poder del Estado pone de relieve su independencia y simetría frente a los demás poderes del Estado clásicos. Por otra parte, la Constitución consagra en su capítulo VI un conjunto de principios inherentes a la judicatura que antes figuraban sobriamente en la carta fundamental o en los Códigos Orgánico de Tribunales y de Procedimiento Civil.

Por último, la Constitución de 1980 suprime la referencia a los tribunales contenciosos administrativos que poseía la de 1925 en su artículo 87 e innova en el campo de la acción de inaplicabilidad, incorporando la denominada inaplicabilidad de oficio.
Desde una perspectiva orgánica, el poder judicial es un conjunto de órganos estatales que tienen atribuida la potestad jurisdiccional y están dotados de autonomía e independencia como poder público. Los tribunales de la nación son los ordinarios y especiales creados por ley y junto a estos tribunales permanentes existen otros accidentales.

La Corte Suprema es el órgano supraordenado jerárquicamente y corresponde a un tribunal de casación y de justicia constitucional y está dotado de las superintendencias correccional, directiva y económica sobre todos los tribunales de justicia. Funciona como un tribunal pleno y en tres salas de funcionamiento ordinario y una cuarta extraordinaria. Se compone de veintiún ministros, de entre los cuales se elige un presidente. Sus salas son: 1º sala civil; 2º sala penal; 3º sala constitucional; 4º sala mixta.

Principios constitucionales de poder judicial:

1) Principio de jurisdicción,
2) Principio de independencia
3) Principio de legalidad.
4) Principio de inexcusabilidad.
5) Principio de imperio.
6) Principio de generación mixta .
7) Principio de responsabilidad.
8) Principio de inamovilidad.

Realice ejercicios nº 16 al 19

a) Principios constitucionales del poder judicial

1) *Principio de jurisdicción* (Art. 1 COT y 76 de la Constitución): El constituyente y el legislador dicen que la jurisdicción es una potestad y no una facultad, distinción que viene en las leyes españolas del S. XIX. La jurisdicción como potestad estatal, tiene los atributos de toda potestad pública y en un estado de derecho, está conectado al principio de separación de poderes que permite una diferenciación formal y material de cada función del poder estatal. Esta diferenciación se ve en la triada de jurisdicción-acción-proceso.

2) *Principio de independencia*: Independencia es distinta a Autonomía. El profesor Manuel Arrabacoba distinguía ente la independencia ad-intra y la independencia ad-extra. Independencia ad-intra se predica como postulado respecto del órgano jurisdiccional (tribunal creado por ley). Independencia ad-extra se predica de la judicatura como poder público en su relación con otros poderes del Estado y es necesario corolar con el principio de separación de poderes (Art. 76 inciso 1º párrafo 2º y Art. 5, 6 y 7).
Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

3) *Principio de legalidad*: En su dimensión funcional importa que todo tribunal se someta al principio de legalidad en su dimensión objetiva y subjetiva. Desde este punto de vista todo órgano que ejerce jurisdicción, debe hacerlo en el marco del debido proceso y de la tutela judicial. El Art. 19 N° 3 inciso 5º habla de órgano y no de tribunal. Esto significa que, en esta dimensión funcional no existe un concepto de juez. En su dimensión orgánica este principio importa que es la ley formal de quórum especial (orgánica constitucional) la fuente del tribunal en cuanto órgano, configuración, estatuto y competencia. La Constitución en su Art. 19 N° 3º inciso 4º exige que el tribunal estatuido por ley "se haya establecido con anterioridad por ésta". A su vez los procedimientos quedan reservados a dominio legal pero de ley ordinaria conforme a ello las leyes procesales en Chile son leyes ordinarias y las leyes que organizan los tribunales son orgánicas.

Art. 77. Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República.

La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados.

La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema.

4) *Principio de inexcusabilidad* (Art. 10 COT y 76 inciso 2º de la Constitución): Es un principio de alcance limitado, ya que el principio de legalidad opera con intensidad distinta en lo civil y en lo penal. Mario Casarino Viterbo observa que este principio requiere de ciertos presupuestos: que la intervención del tribunal sea reclamada en forma legal y en el ámbito de su competencia.
Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.

5) *Principio de imperio* Devela la precariedad de la judicatura como potestad del Estado, pero también su fortaleza ya que buena parte de los servicios auxiliares de la judicatura integran la administración del Estado (servicio médico legal, ISP, gendarmería, carabineros, investigaciones). En virtud de este principio de imperio "los tribunales ordinarios de justicia y los especiales" podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducente de que dispusiere.

Para hacer ejecutar sus resoluciones y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que decreten, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine.

La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar.

6) *Principio de generación mixta* (Art. 78 de la Constitución): Chile tiene un sistema de generación de los agentes que integra el Poder Judicial mixto; por una parte impera un principio de carrera o burocracia judicial (ingreso por escalafones), con un sistema de cooptación e injerencia del Poder Ejecutivo e injerencia del Senado en el nombramiento de los integrantes de la judicatura. El Art. 76 establece las bases de este sistema mixto por gradas o niveles:

7) *Principio de responsabilidad* (Art. 79): En nuestro ordenamiento jurídico opera el principio de divisibilidad de las responsabilidades, por lo que la responsabilidad de los jueces puede ser:
   - ✓ Responsabilidad penal común
   - ✓ Responsabilidad civil común: (contractual y extracontractual)
   - ✓ Responsabilidad administrativa
   - ✓ Responsabilidad penal especial o ministerial (Art. 79): La pesquisa de estos delitos se hace a través de la querella de capítulos (Art. 324 COT)
   - ✓ Responsabilidad constitucional: por notable abandono de deberes

8) *Principio de inamovilidad*: Es una garantía de la carrera judicial propia del modelo francés. Es una inamovilidad relativa pues el Art. 80 inciso 2º enuncia alguna de las causas de cesación en el cargo de juez. Esta inamovilidad relativa que es garantía de la independencia de los jueces, permite la amovilidad de éstos, previo procedimiento de amovilidad que es competencia de la Corte Suprema (Art. 32 N° 15 y Art. 80 inciso final).

Art. 77. Los jueces permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento; pero los inferiores desempeñarán su respectiva judicatura por el tiempo que determinen las leyes.

No obstante lo anterior, los jueces cesarán en sus funciones al cumplir 75 años de edad; o por renuncia o incapacidad legal sobreviniente o en caso de ser depuestos de sus destinos, por causa legalmente sentenciada. La norma relativa a la edad no regirá respecto al Presidente de la Corte Suprema, quien continuará en su cargo hasta el término de su período.

En todo caso, la Corte Suprema por requerimiento del Presidente de la República, a solicitud de parte interesada, o de oficio, podrá declarar que los jueces no han tenido buen comportamiento y, previo informe del inculpado y de la Corte de Apelaciones respectiva, en su caso, acordar su remoción por la mayoría del total de sus componentes. Estos acuerdos se comunicarán al Presidente de la República para su cumplimiento.

El Presidente de la República, a propuesta o con acuerdo de la Corte Suprema, podrá autorizar permutas u ordenar el traslado de los jueces o demás funcionarios y empleados del Poder Judicial a otro cargo de igual categoría.

- *Superintendencia de la Corte Suprema, artículo 82, incisos primero y segundo:*

Artículo 82.- La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales. Los tribunales superiores de justicia, en uso de sus facultades disciplinarias, sólo podrán invalidar resoluciones jurisdiccionales en los casos y forma que establezca la ley orgánica constitucional respectiva.

El término superintendencia es un anacronismo que simplemente designa potestades de índole administrativa y normativa de la Corte Suprema.

- La superintendencia directiva, designa a la Corte Suprema como el máximo tribunal organizado jerárquicamente.

- La superintendencia correccional hace referencia a la potestad de la Corte Suprema como órgano supraordenado jerárquicamente para corregir faltas o abusos, disponiendo de medidas y sanciones de corrección.

- La superintendencia económica, configura una potestad cuasirreglamentaria, en virtud de la cual el máximo tribunal dicta autos acordados y adopta acuerdos para una más pronta y cumplida administración de justicia o para asuntos y negocios interna corporis.

2. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO

Si se analiza la Constitución se podrá advertir que la organización administrativa del Estado aparece de manera extremadamente difusa sin que exista a su respecto un esquema vertebrador ni un párrafo o título que la contenga de modo ordenado y coherente.

Lo dicho no debe extrañar si se estudia el punto en una perspectiva histórica, porque muchas de las disposiciones que al tema se refieren tienen su origen en distintas Épocas, normas que se han ido adicionando en el tiempo y que, como piezas muy diferentes de un mosaico, hay que recomponer a fin de darles unidad y cierta necesaria coherencia.

a) La primera disposición en el texto constitucional vigente que concierne a la organización administrativa del Estado es su artículo 3°, frase segunda, que dispone: “Su administración será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley”; este texto viene del artículo 107 de la Constitución Política de 1925 en su base, pero específicamente de la Constitución Política de 1980, modificado por la Ley de Reforma Constitucional Nº 19.097, de 1991.

   Traducido esto en términos técnicos, se expresa que la Administración del Estado será personificada (“descentralizada”) en razón de la función y en

razón del territorio (v. gr. regional, o comunal) y también, cuando así lo disponga la ley, se "desconcentrarán" las atribuciones, igualmente en razón de la función o el territorio[6].

b) La segunda norma constitucional en importancia viene a ser su artículo 24, el cual encabezando el capítulo IV (gobierno), y el párrafo 1° del artículo 24 (Presidente de la República), expresa que "El gobierno y la administración del Estado corresponde al Presidente de la República, quien es el jefe de Estado" (inc. 1)

   Esto es, ella determina que a tal magistrado supremo, se le encarga la "administración" del Estado.

c) Ello vendrá a ser complementado por el artículo 33 al establecer que "Los Ministros de Estado son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y administración del Estado" (inc. 1°)[7].

d) Las bases generales de la Administración del Estado serán reenviadas por la propia Constitución a una ley orgánica constitucional (art. 38 inc. 1°), la cual habrá de precisar su "organización básica" (ídem)[8].

e) Será el capítulo XIII de la Constitución (arts. 110 a 115) el que se referirá a lo que su título denomina "gobierno y administración interior del Estado", en donde se estatuirá el gobierno regional (a cargo de un intendente), la administración regional (a cargo del llamado "gobierno regional"), el gobierno y administración provincial (a cargo de un gobernador), y la administración comunal)[9].

---

[6] *La desconcentración en el derecho administrativo chileno*, en Revista de Derecho Público N° 51/52 (1992) 103-125.

[7] El citado art.24 viene de la Constitución de Cádiz, de 1812 art.170, y referido al rey; lo retomará la Constitución Política de 1833 (art. 59) y pasará intacto a la de 1925 (art.60), siendo retocado sólo en 1980.

[8] Dicha ley es la 18.575 (05.12.1986), que ha sufrido numerosas modificaciones (especialmente referidas a la carrera funcionaria, que no a lo concerniente a la referida organización).El art. 38 citado se origina en 1980.

[9] Esta tripartición de niveles territoriales de administración viene de la reforma llamada "regionalización del país", llevada a cabo por el gobierno del Presidente Pinochet, a partir de los DL 573 y 575, de 1974, luego vertida en la Constitución Política de 1980; sufrirá reformas en 1991 por la Ley de Reforma Constitucional N° 19.097 citada.

f) Ya en cuanto a la “morfología” de entes u organismos que configuran o integran esa organización administrativa estatal, la Constitución carece de una sistemática técnicamente concebida, y sólo enuncia tipos de organismos que la realidad ha ido deparando en el tiempo, sin que en 1980 se haya ordenado el punto, puesto que asume en términos generales la misma terminología que se había introducido en la Constitución Política de 1925 en su reforma de 1943 (Ley 7.727/art. 45 inc. 3°) [10].

Realice ejercicios nº 20 y 21

[10] Dejando de lado una terminología omnicomprensiva genérica que había introducido para ordenar el tema el constituyente de la reforma de 1970 (Ley 17.284, de 23 de enero 1970).

Es así que en la Carta Fundamental aparecen como entes u organismos administrativos, los fiscales, los semifiscales, las empresas del Estado o en las que el fisco tenga intervención por aportes de capital, y las municipalidades; a ello habría que agregar los gobiernos regionales, la terminología de "servicios públicos" para todo aquello, y a lo cual se adiciona la especie de organismos (servicios públicos) "autónomos".

Respecto a las "empresas del Estado" habría que hacer mención del art.19, que tanto en su N° 24 inc 10° como en su N° 21 inc. 2°, se refieren a ellas; el primero de ellos se refiere a que "el Estado o sus empresas" podrán ejecutar directamente la exploración, explotación o beneficio de yacimientos que contengan sustancias no concesibles, y el segundo a la posibilidad que "el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza".

Haciendo una síntesis en un esquema claro respecto de lo que la Constitución prescribe respecto de la organización administrativa del Estado, podría decirse que:

a) La administración del Estado está atribuida al Presidente de la República (art. 24), el cual la ejerce con la colaboración inmediata y directa de los Ministros de Estado (art. 33, a cargo de Ministerios, cuya organización y número corresponde a la ley precisar).

b) En el "nivel territorial", esa "administración" está a cargo en las regiones de un Intendente y de un Consejo Regional, en que ambos configuran el llamado "gobierno regional", ente personificado; en las provincias dicha administración se atribuye al "gobernador", y al nivel comunal ella se encarga a las "municipalidades"; y

c) En el plano de las distintas entidades u organizaciones o servicios públicos que "funcionalmente" desarrollan la actividad administrativa del Estado, es decir satisfacer necesidades públicas, ellos son: o servicios fiscales, o semifiscales, o autónomos, o municipales, o empresas del Estado (sean del Estado o de sus organismos), o empresas en que el Estado o sus organismos, o el fisco, interviene o participa con aportes de capital.

Si se desciende en la jerarquía normativa a aquella ley orgánica constitucional a la que la Constitución remite la organización básica de la

Administración Pública (como dispone el art.38 inc.1°[11]), es posible encontrar tanto una enumeración de los organismos que integran la Administración del Estado como, asimismo, una sistematización más coherente con una determinada perspectiva.

En el primer aspecto, es el artículo 1° de la ley 18.575 el que se encarga de señalar que la Administración del Estado está constituida -bajo el Presidente de la República, que es quien tiene a su cargo la administración del Estado- por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones, y los órganos y servicios públicos creados para realizar esa función administrativa, organismos entre los cuales se enumera a la Contraloría General de la República, el Banco Central [12], las Fuerzas Armadas, y de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley (inc.2°) [13].

En el segundo aspecto, la ley 18.575 ha asumido, en su Título II, y específicamente en sus arts. 26 y 27, una perspectiva que, iniciada jurisprudencialmente por Contraloría sobre todo en la década de los años 1955-1965 [14], fuera recogida por la Constitución de 1925, en su reforma de enero de 1970 (Ley 17.284), en su art.45 inc. 2°, pero que no pasara al constituyente de 1980. En efecto, sobre la base de la relación jurídico-organizativa entre el Presidente de la República y los organismos o entidades que conforman la Administración del Estado, se distingue entre servicios públicos “centralizados” y “descentralizados”, según dependan jerárquicamente, o con vínculo de supervigilancia (jerarquía atenuada) de aquí, es decir, según están dotados de personificación (como Éstos últimos) o no (como los primeros).

---

[11] El epígrafe que titula el párrafo (3°) del capítulo IV, expresa "Bases Generales de la Administración del Estado", y a continuación al inicio del art. 38 (única disposición del citado párrafo) se habla de "organización básica de la Administración Pública". Para despejar el uso promiscuo que hace el constituyente de ambos términos, al igual que "la Administración" (v. gr. arts. 38 cit. incisos 1° y 2°, art. 62 inc. 4° N° 4, 87 inc. 1°, 103 incs.1° y 2°, 104 inc. 1°), el Tribunal Constitucional dirimió la confusión estableciendo la "sinonimia" de los términos, al conocer de la constitucionalidad del proyecto de ley orgánica constitucional, que luego sería la N° 18.575 (vease sentencia de 02.10.1986, rol 39, en *Fallos del Tribunal Constitucional 1985-1992*. Edit. Jurídica de Chile. Stgo. 1993, pp. 21-26, considerando 4° al 7°, p. 224).

[12] Que en virtud de la ley 18.840 (art.90) -orgánica constitucional del referido Banco- ha sido expresamente excluida de la aplicación de la ley 18.575.

[13] Se habla de "órganos" para referirse a aquellos que la Constitución establece que una ley orgánica constitucional regulará su organización y funcionamiento y que el inc. 2° de este art. 1° enumera.

[14] Véanse, entre otros, dictámenes 55.741/1957, 50.433/1960, 65.241/1961, y 65.338/1963.

Conforme a esta perspectiva, la Administración del Estado está configurada de la siguiente forma:

a) Por servicios públicos no personificados, como los denominados “fiscales” (“centralizados”), los cuales actúan bajo la personalidad jurídica del Fisco, y

b) Por servicios públicos personificados, que comprenden una variada gama de entidades con personalidad jurídica -y por ende autonomía (normativa, y de gestión tanto administrativa como financiera)- tales como los gobiernos regionales, las municipalidades, las instituciones [15], y las empresas del Estado creadas por ley.

Se encarga, también, esta Ley 18.575 de precisar que el Estado puede participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración “sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales” (art.6° inc.1°), agregándose que tales entidades "no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas" (inc.2°). Lo dicho va en relación con lo dispuesto por el art. 19 N° 21 inc.2° de la Constitución Política del Estado, el cual inserto en el derecho fundamental que toda persona tiene derecho de desarrollar cualquiera actividad económica licita, prescribe que “el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado

[15] Denomino "instituciones" a esa gran cantidad de servicios públicos personificados que no siendo ni municipalidades ni empresas del Estado, desarrollan la función administrativa del Estado, bajo una muy variada denominación tales como: centrales (Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud), Comisiones (Nacional de Energía, Chilena de Energía Nuclear), Consejos (Superior de Educación, Nacional de Televisión), Corporaciones (de Asistencia Judicial, de Fomento de la Producción), Direcciones (del Trabajo, General del Crédito Prendario), Fiscalías (Nacional Económica, Nacional de Quiebras), Fondos (Nacional de Salud, Nacional de Discapacidad, de Solidaridad e Inversión Social), Institutos (Nacional de Estadísticas, de Normalización Previsional), Juntas (de Jardines Infantiles), Servicios (de Registro Civil e Identificación, de Salud, de Impuestos Internos), Servicios Nacionales (de Turismo, de Aduanas), Superintendencias (de Fondos de Previsión, de Bancos e Instituciones Financieras, de Seguridad Social), servicios todos que quedan englobados en el término "entidades autónomas", de que habla el Art. 62 inc. 4°, Ns. 2 y 3, respectivamente, de la Constitución. Hemos imaginado esta denominación genérica a fin de unificar siquiera terminológicamente a todos ellos que, en general (salvo las Universidades) son propiamente “servicios públicos” (estatales).

los autoriza rigiéndose dichas actividades por las mismas normas aplicables a los privados”[16].

Concurre, también, en la materia el artículo 16 de la ley N° 10.336, orgánica constitucional de la Contraloría General de la República, el cual, respecto de las entidades u organismos sobre los cuales ejerce ella sus potestades de fiscalización, hace una enumeración que es necesario tener en cuenta [17].

Dice esta disposición que se encuentran sometidos a la fiscalización de la Contraloría “los servicios, instituciones fiscales, semifiscales, organismos autónomos, empresas del Estado y, en general, todos los servicios públicos creados por ley” (inc.1° frase 1a.).[18]

Y agrega en su inc. 2° que “También quedarán sujetas a la fiscalización de la Contraloría General las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o, participación...”.

Aun cuando la Constitución no adopta una perspectiva propiamente de técnica jurídica en el planteamiento del tema de la “organización administrativa del Estado”, es posible realizar un enfoque desde esta visión, diciendo que el Estado es una persona jurídica[19], compuesto por distintas personas jurídicas públicas estatales, regidas por el derecho público.

En efecto, dichas personas son:

---

[16] La frase segunda de este inc. 21 agrega que "En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado"; sobre ello puede verse mi *La actividad económica en la Constitución (la primacía de la persona humana)*, en Ius Publicum 2 (1999) 119-128.

[17] La Contralor -conforme a la Constitución (art.87)- ejerce el control de la legalidad de los actos de la Administración, idea que reitera el art.11 de su ley orgánica cit.

[18] Salvo que una ley (del mismo rango/LOC) disponga lo contrario, como v. gr. respecto de la Empresa de Televisión Nacional de Chile, la ley 19.132 (08.04.1992) arts. 33 y 34.

[19] Qué duda cabe, si ya aparece ello afirmado por el propio Código Civil/1855, art. 547 inc. 2º y la propia Constitución (1980) lo reconoce expresamente al hablar de “órganos” (arts. 6º y 7º, 19 Nº 21 inc. 2º, 38 inc. 2º, etc.), y órganos tienen sólo las personas, en este caso una persona jurídica.

a) El “Fisco”, bajo el cual actúan los órganos legislativos (Congreso Nacional: Cámara de Diputados y Senado[20]), los órgano jurisdiccionales (tribunales de justicia[21]), los órganos contralores (Contraloría General de la República, Contralorías Regionales[22]) y, precisamente para nuestro efecto, los órganos administrativos centralizados fiscales[23].

b) Las “Municipalidades”, personas jurídicas públicas estatales, de típica función administrativa, con participación ciudadana en su gestión al punto que su configuración organizativa está basada en un órgano unipersonal “Alcalde” (elegido por votación popular) y en un órgano colegiado “el Concejo Municipal” (igualmente elegidos sus miembros por votación popular)[24].

c) Las “Instituciones”, conjunto abigarrado de servicios públicos personificados, que configuran parte de la llamada Administración Descentralizada, y que hemos reducido a una tipología según sus distintas denominaciones, ya antes enunciada (véase nota 11 precedente);

d) Las “Empresas del Estado”, término genérico que comprende entidades dedicadas a una actividad empresarial, sea de tipo industrial o comercial, u otro, actividades de servicio público con mayor o menor intensidad, y configuradas organizativamente no al modo burocrático [25] sino a la manera empresarial privada (Directorio, gerente general, etc.), pero bajo un régimen

[20] No debe parecer extraña esta afirmación puesto que si dichos órganos producen daño, a quien se demanda es al Fisco y no al Congreso, Cámara o Senado; e igualmente por el daño que producen los órganos judiciales se ha de demandar al Fisco (véase un ejemplo en el art.19 N° 7 letra i) de la Constitución); de igual modo respecto de los órganos contralores. O si se ha de demandarlos por cobro de pesos u otra cualquiera obligación no cumplida, se demanda al Fisco; los bienes que utilizan son fiscales y sus fondos son igualmente fiscales. No debe olvidarse que ni el Congreso Nacional, ni la Contraloría General, ni los Tribunales de Justicia, ni el Tribunal Constitucional, poseen personalidad jurídica; carecen todos ellos de personificación.

[21] Véase nota 16 precedente.

[22] Véase nota 16 precedente.

[23] Como v.gr. Presidencia de la República, Ministerios, Gobernaciones, Secretarías Regionales Ministeriales, Intendencias, Servicios Dependientes (esto es todos aquellos que no son personificados); véase Apuntes sobre Órganos fiscales.

[24] Arts. 107 a 111 de la Constitución, y Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades; véase Apuntes sobre Municipalidades (esquema de estudio).

[25] Como, por ejemplo, lo describe la ley 18.575 en sus artículos 28 a 30.

de derecho público, y en cuya actividad y funcionamiento se rigen por las mismas normas que los privados (art.19 N° 21 inc.2° de la Constitución) [26].

e) Los "Gobiernos Regionales", personas jurídicas de derecho público, encargados por la Constitución (art. 100 inc. 2º) de la administración superior de cada región, constituidos por el intendente y un consejo regional (presidido por aquél), y cuya finalidad es el desarrollo social, cultural y económico de la región [27].

Realice ejercicios nº 22 y 23

[26] Habría que agregar, para ser exhaustivos, a los "fondos" -no confundir con los que hemos incluido entre las "Instituciones"-, patrimonios públicos de afectación, sean o no personificados; los hay muchísimos que carecen de personalidad jurídica; no existe aún un estudio en Chile sobre el tema, pero ello escapa a cuanto estamos analizando.

[27] Su ley orgánica constitucional es la ley 19.175 (11.11.1992); su texto refundido es el DFL (I) Nº 291, de 20.03.1993; para su mejor comprensión véase esquema de estudio en Apéndice de estos Apuntes.

4.1. Gobierno y administración interior del Estado.

Esta materia parte de la definición básica de la forma jurídica de Estado contenida en el artículo 3 de la Constitución, que preceptúa que "el Estado de Chile es unitario, su territorio se divide en regiones. Su administración será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley."

La definición socavada de Estado unitario es la de Marcel Prethon, quien precisa que es aquella forma de Estado en la que existe un centro de impulsión política en el territorio. Así, un Estado unitario se caracteriza por la unidad de poder territorial, conocida como centralización política, y por tanto conserva una unidad esencial en su ordenamiento jurídico, lo que permite diferenciarlo de los Estados descentralizados, como los federales, en que existe centro y periferia.

El referido artículo 3, reformado en 1989, al disponer que la administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada en su caso, señala que al interior del ejecutivo la función administrativa se somete a principios técnicos y organizativos, como los de descentralización y desconcentración, a los que cabe agregar los de jerarquía, coordinación y delegación. Además, desde el punto de vista de los objetivos de la administración destacan los principios de solidaridad, equidad y desarrollo sostenible.

El Estado unitario acepta, por otro lado, dosis de descentralización administrativa y en Chile el primero en abogar por la descentralización pública fue Valentín Letelier.

- ### División político administrativa del territorio.

Conforme al artículo 110 CPE, "para el gobierno y administración interior del Estado, el territorio de la República se divide en regiones y éstas en provincias. Para los efectos de la administración local, las provincias se dividirán en comunas.

La creación, supresión y denominación de regiones, provincias y comunas; la modificación de sus límites, así como la fijación de las capitales de las regiones y provincias, serán materia de ley orgánica constitucional.

1) Gobierno y administración regional:

Siguiendo a Maurice Hauriou, podemos definir gobierno como una subfunción de la función ejecutiva del poder caracterizada por la decisión política del Estado, es decir, la adopción de decisiones de política pública y la atención sobre los grandes negocios del Estado.

En cambio, la administración es una subfunción de la función ejecutiva caracterizada por la ejecución de decisiones políticas, la ejecución de la ley y la provisión de los servicios públicos esenciales.

Además, cabe señalar que el artículo 24 en su inciso segundo, reconociendo en el presidente el órgano jerarca del gobierno y la administración, señala que "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."

Sólo la administración se somete a los principios de descentralización y desconcentración, estableciendo el capítulo XIII de la carta fundamental sólo las reglas de competencia básicas.

a) *Gobierno:* reside en el intendente, órgano unipersonal y delegado del presidente, a quien representa, y es de su exclusiva confianza. El inciso primero del artículo 111 dispone que "el gobierno de cada región reside en un intendente que será de la exclusiva confianza del Presidente de la República. El intendente ejercerá sus funciones con arreglo a las leyes y a las órdenes e instrucciones del Presidente, de quien es su representante natural e inmediato en el territorio de su jurisdicción."

La ley orgánica constitucional Nº 19175 sobre gobierno y administración regional establece en su artículo 1° las atribuciones gubernativas del intendente. Debe éste reunir los requisitos de idoneidad para su designación que consagra el artículo 113, que especifica que "para ser designado intendente o gobernador y para ser elegido miembro del consejo regional o concejal, se requerirá ser ciudadano con derecho a sufragio, tener los demás requisitos de idoneidad que la ley señale y residir en la región a lo menos en los últimos dos años anteriores a su designación o elección.

"Los cargos de intendente, gobernador, miembro del consejo regional y concejal serán incompatibles entre sí.

"Ningún tribunal procederá criminalmente contra un intendente o gobernador sin que la Corte de Apelaciones respectiva haya declarado que ha lugar la formación de causa."

De acuerdo al artículo 112, "el intendente presidirá el consejo regional y le corresponderá la coordinación, supervigilancia o fiscalización de los servicios públicos creados por la ley para el cumplimiento de las funciones administrativas que operen en la región.

"La ley determinará la forma en que el intendente ejercerá estas facultades, las demás atribuciones que le correspondan y los organismos que colaborarán en el cumplimiento de sus funciones."

b) *Administración*: reside en el gobierno regional, un ente de derecho público, "tiene por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región." Agrega el inciso tercero que "el gobierno regional estará constituido por el intendente y el consejo regional. Para el ejercicio de sus funciones, el gobierno regional gozará de personalidad jurídica de derecho público y tendrá patrimonio propio."

El gobierno regional está integrado por gobernadores y seremis y, eventualmente y como invitados, por directores de servicios. Las secretarías regionales ministeriales o seremis son órganos desconcentrados de los ministerios en la región y dependen de la cartera respectiva y del intendente. Los servicios públicos, en tanto, tienen usualmente direcciones regionales, que también son órganos desconcentrados que operan en la región.

i) Intendente: se desempeña como órgano ejecutivo del gobierno regional, siendo una suerte de poder ejecutivo del mismo, y lo preside sin derecho a voto, salvo en caso de empate. Cuenta con el auxilio directo de las decisiones administrativas de planificación y control y del funcionamiento adscrito al gobierno interior y regional y, además, coordina los servicios públicos por medio del gobierno regional, que es su órgano asesor.

ii) Consejo regional: "el consejo regional será un órgano de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador, dentro del ámbito propio de competencia del gobierno regional, encargado de hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional y ejercer las atribuciones que la ley orgánica constitucional respectiva le encomiende, la que regulará además su integración y organización.

"Corresponderá desde luego al consejo regional aprobar los planes de desarrollo de la región y el proyecto de presupuesto del gobierno regional, ajustados a la política nacional de desarrollo y al presupuesto de la Nación.

Asimismo, resolverá la inversión de los recursos consultados para la región en el fondo nacional de desarrollo regional, sobre la base de la propuesta que formule el intendente."

Son elegidos por provincias por un colegio electoral constituido por los concejales de la provincia respectiva mediante la fórmula electoral D'Hondt o proporcional corregida.

El consejo regional está llamado a colaborar con el intendente en las funciones que la ley 19175 le asigna al gobierno regional en el campo del desarrollo regional y en el ordenamiento territorial

2) Gobierno y administración provincial:

La provincia es una unidad político administrativa constituida para los fines de gobierno y administración, cuyas funciones están llamados a ejercer sus órganos. El artículo 116 hace un equívoco distingo entre gobernación y gobernador al afirmar en sus dos primeros incisos que "en cada provincia existirá una gobernación que será un órgano territorialmente desconcentrado del intendente. Estará a cargo de un gobernador, quien será nombrado y removido libremente por el Presidente de la República.

"Corresponde al gobernador ejercer, de acuerdo a las instrucciones del intendente, la supervigilancia de los servicios públicos existentes en la provincia. La ley determinará las atribuciones que podrá delegarle el intendente y las demás que le corresponden."

Lo cierto es que la gobernación y el gobernador están llamados a las funciones de gobierno y administración. La gobernación es un órgano territorialmente desconcentrado del intendente, en tanto que el gobernador es un órgano unipersonal que sirve a la gobernación y es de exclusiva confianza del presidente, en los términos del artículo 32 nº 9.

La ley orgánica 19175 establece las atribuciones gubernativas y administrativas del gobernador, especificando que le corresponde ejercer, de acuerdo a las instancias del intendente, la supervigilancia de los servicios públicos de la provincia, contando con el apoyo de un comité técnico asesor integrado por los directores de los servicios públicos que operen en la provincia y que, por tanto sirve de órgano coordinador de dichos servicios. Además, conforme al artículo 117, "los gobernadores, en los casos y forma que determine la ley, podrán designar delegados para el ejercicio de sus facultades en una o más localidades."

Por otra parte, el artículo 116 en su inciso final, en concordancia con la ley 19175, manifiesta que "en cada provincia existirá un consejo económico y social provincial de carácter consultivo. La ley orgánica constitucional respectiva determinará su composición, forma de designación de sus integrantes, atribuciones y funcionamiento." La ley señalada añade que este órgano consultivo es de representación funcional, por lo que se integra por miembros de las fuerzas armadas y representantes de la sociedad civil y organizada.

Realice ejercicios nº 25 al 27

3) Administración comunal:

El artículo 118, modificado en 1989, 1991 y 1997, expresa que "la administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad, la que estará constituida por el alcalde, que es su máxima autoridad, y por el concejo.

"La ley orgánica constitucional respectiva establecerá las modalidades y formas que deberá asumir la participación de la comunidad local en las actividades municipales.

"Los alcaldes, en los casos y formas que determine la ley orgánica constitucional respectiva, podrán designar delegados para el ejercicio de sus facultades en una o más localidades.

"Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.

"Una ley orgánica constitucional determinará las funciones y atribuciones de las municipalidades. Dicha ley señalará, además, las materias de competencia municipal que el alcalde, con acuerdo del concejo o a requerimiento de los 2/3 de los concejales en ejercicio, o de la proporción de ciudadanos que establezca la ley, someterá a consulta no vinculante o a plebiscito, así como las oportunidades, forma de la convocatoria y efectos.

"Las municipalidades podrán asociarse entre ellas para el cumplimiento de sus fines propios. Asimismo, podrán constituir o integrar corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro cuyo objeto sea la promoción y difusión del arte, la cultura y el deporte. La participación municipal en ellas se regirá por la ley orgánica constitucional respectiva.

"Las municipalidades podrán establecer en el ámbito de las comunas o agrupación de comunas, de conformidad con la ley orgánica constitucional respectiva, territorios denominados unidades vecinales, con el objeto de propender a un desarrollo equilibrado y a una adecuada canalización de la participación ciudadana.

"Los servicios públicos deberán coordinarse con el municipio cuando desarrollen su labor en el territorio comunal respectivo, en conformidad con la ley.

"La ley determinará la forma y el modo en que los ministerios, servicios públicos y gobiernos regionales podrán transferir competencias a las municipalidades, como asimismo el carácter provisorio o definitivo de la transferencia."

El artículo 119 agrega que "en cada municipalidad habrá un concejo integrado por concejales elegidos por sufragio universal en conformidad a la ley orgánica constitucional de municipalidades. Durarán cuatro años en sus cargos y podrán ser reelegidos. La misma ley determinará el número de concejales y la forma de elegir al alcalde.

"El concejo será un órgano encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local, ejercerá funciones normativas, resolutivas y fiscalizadoras y otras atribuciones que se le encomienden, en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva.

"La ley orgánica de municipalidades determinará las normas sobre organización y funcionamiento del concejo y las materias en que la consulta del alcalde al concejo será obligatoria y aquellas en que necesariamente se requerirá el acuerdo de éste. En todo caso, será necesario dicho acuerdo para la aprobación del plan comunal de desarrollo, del presupuesto municipal y de los proyectos de inversión respectivos."

Menciona, por su parte, el artículo 120 que "la ley orgánica constitucional respectiva regulará la administración transitoria de las comunas que se creen, el procedimiento de instalación de las nuevas municipalidades, de traspaso del personal municipal y de los servicios y los resguardos necesarios para cautelar el uso y disposición de los bienes que se encuentren situados en los territorios de las nuevas comunas.

"Asimismo, la ley orgánica constitucional de municipalidades establecerá los procedimientos que deberán observarse en caso de supresión o fusión de una o más comunas."

El artículo 121 explica que "las municipalidades, para el cumplimiento de sus funciones, podrán crear o suprimir empleos y fijar remuneraciones, como también establecer los órganos o unidades que la ley orgánica constitucional respectiva permita.

"Estas facultades se ejercerán dentro de los límites y requisitos que, a iniciativa exclusiva del Presidente de la República, determine la ley orgánica constitucional de municipalidades.

Finalmente, el artículo 122 consagra que "las municipalidades gozarán de autonomía para la administración de sus finanzas. La Ley de Presupuestos de la Nación podrá asignarles recursos para atender sus gastos, sin perjuicio de los ingresos que directamente se les confieran por la ley o se les otorguen por los gobiernos regionales respectivos. Una ley orgánica constitucional contemplará un mecanismo de redistribución solidaria de los ingresos propios entre las municipalidades del país con la denominación de fondo común municipal. Las normas de distribución de este fondo serán materia de ley."

El municipio es una persona jurídica de derecho público autónomo que tiene a su cargo la administración de la comuna o agrupación de comunas. La municipalidad se constituye de dos órganos superiores, que son el alcalde y el concejo, y en cuanto ente público está formado además por un conjunto de unidades administrativas denominadas direcciones.

La ley nº 18695, orgánica constitucional de municipalidades, le asigna funciones privativas y relacionadas y, además, atribuciones esenciales, lo que significa que el perfil funcional de las municipalidades es amplísimo.

a) Alcalde: la ley 18695 lo define como la máxima autoridad de la municipalidad, siendo su representante judicial y extrajudicial. Tiene atribuciones propias, otras compartidas con el consejo y algunas que somete a consulta a la ciudadanía. Es elegido por la ciudadanía local mediante elecciones directas a través de sufragio universal y según una fórmula electoral mayoritaria, de acuerdo a la reforma de 2001. Como máxima autoridad de la municipalidad es el responsable de los servicios administrativos municipales.

b) Concejo: se integra por un número variable de concejales y se constituye en un órgano colegiado encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local y de ejercer funciones normativas, resolutivas y fiscalizadoras. El inciso final del artículo 108 establece el piso de competencia del concejo al enumerar materias en que el alcalde requiere de su acuerdo.

El concejo se integra por un mínimo de seis concejales electos directamente por la ciudadanía mediante sufragio universal según una fórmula proporcional corregida D'Hondt.

Alcalde y concejales deben reunir los requisitos que establece el artículo 125 y se hallan sometidos a las prohibiciones del artículo 126, que detalla que "las leyes orgánicas constitucionales respectivas establecerán las causales de cesación en los cargos de alcaldes, de miembro del consejo regional y de concejal."

En rigor, el alcalde es un funcionario público y los concejales no, aunque parcialmente se les apliquen normas estatutarias.

La reforma constitucional de 1991 establece una suerte de gerencia pública local al crear el órgano administrador municipal, que no se halla presente, por lo demás, en todas las comunas.

La participación de la comunidad nacional se verifica a través de ciertos institutos recogidos en las reformas de 1989, 1991 y 1997, que son:

a) Plebiscitos comunales.
b) Consultas no vinculantes.
c) Consejo económico, social y cultural, que es un órgano consultivo integrado por representantes de la sociedad civil en la comuna y que tuvo, hasta la reforma de 1997, rango constitucional, pero que en la actualidad ve ligado su funcionamiento sólo a la ley 18695 y a la ordenanza de participación local.

Realice ejercicios nº 28 y 30

INTRODUCCIÓN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

UNIDAD II

INTRODUCCIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO

1.- Origen y ámbito del Derecho Administrativo

1.1.- Origen del derecho Administrativo

Derecho Público chileno presenta desde sus orígenes unos principios y reglas que dejan en evidencia la influencia del Derecho francés en nuestro medio. Ello se hace especialmente patente en nuestra legislación y doctrina más clásica, en que las construcciones jurídicas guardan una similitud que hace evidentes sus fuentes y antecedentes directos.

El Derecho administrativo moderno tiene su origen con las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX.

El paso del antiguo régimen, al Estado Liberal, supone el tránsito de sistemas de normas que se encontraban a disposición del Monarca a un sistema caracterizado por:

a. La existencia de normas jurídicas, aprobadas por asambleas representativas, con carácter abstracto, general y permanente que regulan como debe relacionarse el Estado con los ciudadanos.
b. La existencia de un entramado institucional de controles, independiente del monarca.
c. La aparición de una afirmación con carácter constitutivo y vinculante de los derechos individuales, tales como la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

Podríamos señalar que a partir de la Revolución Francesa surge lo que se conoce como Estado Liberal. Antes, ya existían Estados pero tras ella se proclama la igualdad de todos los hombres que dejan de ser súbditos para pasar a ser ciudadanos, con derechos y obligaciones iguales para todos ellos.

Posteriormente a la instalación del régimen administrativo, surge en Francia, el problema de quien debe juzgar a la administración. Se cuestiona si, por una parte, debían ser los jueces ordinarios quienes juzgaran a la administración, o si, por otra parte, debía ser la propia Administración quien ejerciera esa función.

La raíz del problema se encuentra en que los jueces ordinarios eran aquellos del Antiguo Régimen, nobles que quedarían dotados de poder de anular las decisiones del Nuevo régimen. Por tal razón, se desconfiaba sumamente. En Francia se resolvió el problema con la creación del Consejo de Estado que será el

órgano encargado de juzgar a los entes administrativos, al mismo tiempo que será dependiente del Jefe de Gobierno.

1.2.- Ámbito del Derecho Administrativo

En cuanto a normas de organización, el Derecho administrativo establece los órganos e instituciones a través de los que actúan la Administración Pública, desde los servicios centrales, los órganos desconcentrados, descentralizados y organismos autónomos dependientes de otras instituciones y, en su caso, los Consejos de Ministros, los Ministerios, Secretarías Generales, Direcciones generales, Subsecretarías, órganos representativos de las entidades que componen la administración local, de empresas públicas, entre otros.

La mayoría de estos órganos tienen como característica común, la capacidad para actuar con prerrogativas o poderes superiores a los que poseen los particulares (*imperium*)

En lo que respecta a las normas de funcionamiento, es preciso señalar que el Derecho Administrativo sólo regula aquellas actuaciones de la Administración Pública en las que los órganos administrativos actúan investidos de potestades públicas, es decir, están revestidos de *imperium*.

En tanto que en la vida privada los derechos y obligaciones se crean casi siempre por vía contractual, la administración debe, en interés del servicio público, poder imponer, unilateralmente, sin necesidad de previo pronunciamiento judicial, obligaciones a los particulares, y su decisión debe ser tenida como jurídicamente válida en tanto que el interesado no promueva su anulación por el juez. '

Se suele distinguir entre Administración territorial (con distintas subdivisiones que tiende a ser coincidente con la división territorial del Estado) y Administración institucional, la cual, en distintos grados en función del ordenamiento jurídico de que se trate, no ejerce ninguna potestad administrativa. Cuando, en estos casos, la Administración Pública actúa como un mero particular y le son de aplicación las normas del derecho común. No obstante, siempre habrá en su actuación un núcleo estrictamente administrativo, aunque solo sea a los efectos del procedimiento para la formación de la voluntad del órgano administrativo (unipersonal o colegiado) y las normas de atribución de competencias.

2.- Concepto y Características del Derecho Administrativo

2.1.- Concepto de Derecho administrativo

El concepto de Derecho Administrativo varía según el autor que lo haya enunciado, y cada uno tiene un enfoque distinto, así para:

a. Gastón Jezé: El Derecho Administrativo no es sino la rama del derecho público integrada por el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos (parte de la base que el servicio público es la piedra angular del Derecho Administrativo).
b. Fleiner: Incumbe al Derecho Administrativo reglar las relaciones jurídicas que se crean entre la Administración del Estado y sus súbditos (el orden jurídico tiene por misión reglar los derechos y obligaciones que los distintos sujetos tienen entre sí).
c. Adolfo Posada: El Derecho Administrativo es el orden jurídico de la actividad política encaminada a procurar y hacer efectiva las disposiciones por medio de las cuales el Estado cumple sus fines. (El Derecho Administrativo tiene una característica esencial, normar a los órganos administrativos del estado).
d. Bielza: El Derecho Administrativo es el conjunto de normas positivas y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la administración pública.
e. Enrique Silva: Tiene por objeto la creación, organización, funcionamiento y supresión de los servicios públicos, la regulación de la actividad jurídica de la administración del estado y la determinación de las atribuciones y deberes de éste para con sus habitantes. (definición más completa).

El Derecho Administrativo ha sido definido tradicionalmente como "el Derecho de la Administración Pública" es decir, un conjunto de principios y normas jurídicas que regulan la organización, los medios y formas de actuación de los órganos que forman parte de aquella, con un contenido distinto del que poseen las normas que regulan las relaciones entre los sujetos privados.

En otras palabras, se trata de un derecho específico y singular que opera en razón del sujeto cualificado que interviene (la Administración Pública) y donde los poderes jurídicos de ésta y los derechos de las personas que actúan como fundamento y contrapeso están afectados por la tutela de los intereses públicos comprometidos.

Esta concepción del Derecho Administrativo, propia del Derecho europeo continental, y algo alejado de las concepciones anglosajonas liberales clásicas del siglo XIX, supone la afirmación de potestades públicas específicas a favor de los órganos de la Administración del Estado, los cuales están construidos como poderes-deberes finalizados, orientados a la satisfacción de un interés público. Así las potestades de los órganos de la Administración del Estado, como los privilegios de que están provistos, tienen su fundamento y explicación en los intereses públicos o bienes jurídicos a que están asociados, lo que determina el campo de acción de las mismas potestades

Desde otro punto de vista surge el problema de que cuando se define no queda claro si se refiere a un ordenamiento jurídico o a una disciplina científica. Esta distinción es clave, en primer lugar el derecho administrativo *es un ordenamiento jurídico*, puesto que es un conjunto unitario de normas que regula un sujeto que es el estado. En segundo lugar es además una *disciplina científica*, esto quiere decir que es un conjunto sistemático del ordenamiento administrativo.

2.1.2.- Derecho administrativo como ordenamiento jurídico.

Cuando nos referimos a esto, primero debemos sostener que la administración está sometida a derecho, y la segunda afirmación es que la administración está sometida a un derecho especial que se conoce como derecho administrativo.

Que la administración esté sometida al derecho suena como algo normal, autores señalan que esto es anómalo y casi milagroso, puesto que el estado bien podría desentenderse de las normas, esto responde al proceso histórico, que se produce con la revolución francesa, puesto que antes de ella estaba la monarquía absoluta, “legimus solutus”. El cambio ocurrió en el año 1789, desde este momento el estado y la administración deben someterse a la ley o como decía Rousseau “deben someterse a la voluntad general”. A partir de este periodo histórico podríamos decir que la administración se encuentra sometida a derecho, como dice el Profesor Soto Kloss, *tanto en su ser como en su obrar*.

Luego viene otro problema, está sometido a un derecho especial, que se conoce como derecho administrativo, un primer sistema es que la administración este sometida al derecho común y derecho privado. Y esto es justamente lo que sucedía en el sistema anglosajón:

a. *Régimen administrativo del Common Law.-* Principalmente el sistema Ingles y al norteamericano, se encuentran sujetos al Common Law, un jurista al inglés decía que esta era justamente una de las grandes ventajas de este sistema porque garantizaba mejor la libertad puesto que estaba sometida al

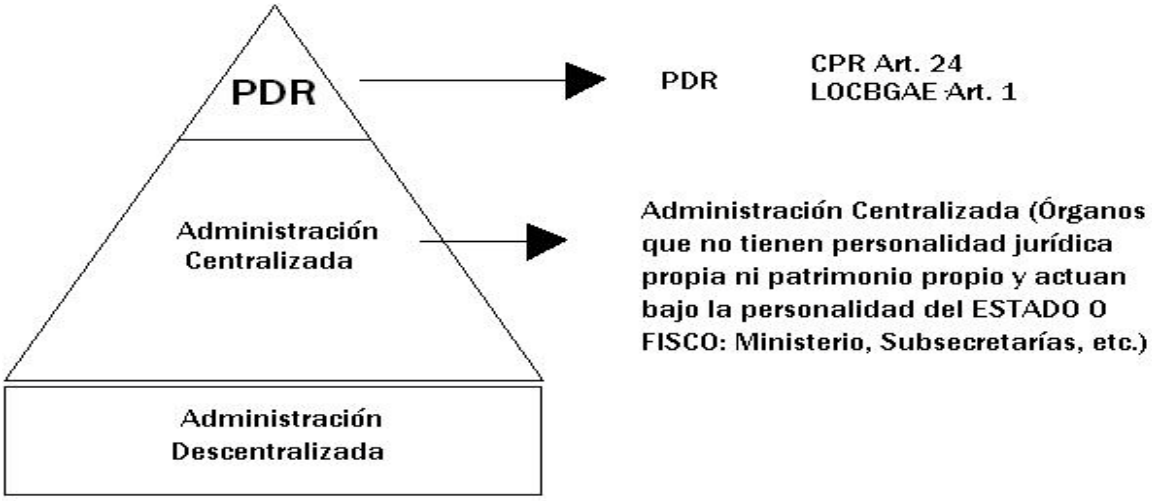
imperio del derecho (rule of law). Esta afirmación fue relativa, puesto que el diagnostico que hacia este jurista estaba un poco manipulado, todo esto cambia radicalmente entre 1914 y 1915, durante la primera GM, donde se dictaron las leyes de defensa del reino, las cuales dieron poderes exorbitantes al gobierno, por lo tanto a partir de este momento la administración inglesa ya no se encontraba sometida al derecho común. En el caso norteamericano con las crisis económicas en la época de Roosevelt dio lugar a la dictacion de una serio de leyes especiales las cuales lo alejaron del sometimiento al derecho común, por lo que finalmente llego a parecerse bastante al derecho francés.

b. *Régimen alemán o teoría del fisco.-* Otro sistema mas antiguo es el sistema de la teoría del fisco, esto sucedió en los principados alemanes y es un sometimiento parcial de la administración pero al derecho privado. Esta obra parte de la siguiente forma, el estado tiene una doble personalidad, porque por una parte el estado es un soberano que actúa con poder de imperio. Pero también el estado realiza actos como cualquier particular y por lo tanto puede comprar, vender e incluso puede causar perjuicios. Por lo que hay dos estados un soberano y uno que actúa como cualquier particular, es decir como fisco, es decir como la expresión patrimonial del estado. Por lo tanto cuando el estado actúa como soberano no esta sometido a derecho, pero cuando el estado actúa como un particular en ese caso se puede recurrir a los tribunales de justicia.

c. *Régimen administrativo francés.-* este tuvo su origen en Francia, es particular porque mezclo varias cosas. Principios liberales, hay separación de poderes, igualdad, garantía jurisdiccional, entre otros. Pero además la administración heredo algunos poderes autoritarios que venían de la monarquía como por ejemplo, la potestad expropiatoria, sancionatoria, el poder de autotutela, pero al mismo tiempo se crean una serie de trabas en ejercicio de la administración por ejemplo principio de legalidad, control presupuestario. Esto lo definía muy bien Jean Rivero, quien decir que para la administración era *privilegios en mas, privilegios en menos*.

Nosotros somos herederos de este modelo, se podría decir que el fondo de la administración chilena se construye en base al modelo francés. Los franceses agregan algo que en chile no, una jurisdicción especial, tribunales especiales. Por lo tanto al haber esta, lentamente se fue construyendo un derecho especial distinto al que se aplica a los particulares es decir en el ámbito del derecho común.

La Administración puede mostrarse como una pirámide



2.2.3.- La administración desconcentrada

Por una técnica que es la desconcentración se pueden crear determinados órganos que tengan competencias exclusivas sobre ciertas materias o ciertos territorios, y se atenúa la jerarquía con el Presidente de la República, esta desconcentración puede ser (a) territorial, con las intendencias, gobernaciones y (b) funcional con algunos servicios públicos como por ejemplo el servicio de impuestos internos, el servicio nacional de aduanas. En el caso del SII este no tiene personalidad jurídica ni patrimonio propio y actúa a través del fisco, si hay que demandar al SII se debe demandar al estado o fisco, lo que también ocurre con el intendente, pero estos forman parte de la administración centralizada, el Presidente de la República tiene dos funciones (1) gobierno, que se realiza a través de intendentes y gobernadores, que son los representantes naturales del Presidente de la República en la región o provincia y (2) administración, el órgano intendencia no tiene personalidad jurídica, la persona jurídica que actúa es una sola, que se llama estado o fisco.

2.2.4.- La administración descentralizada:

Esta tiene personalidad jurídica y patrimonio propio, actúan por ellos mismos. La descentralización puede ser:

a) Territorial:

- ✓ Municipalidades.

- ✓ Gobierno regional (art. 111 inc. 3° CPR “el gobierno regional estará constituido por el intendente y el consejo regional. para el ejercicio de sus funciones, el gobierno regional gozará de personalidad jurídica de derecho público y tendrá patrimonio propio.”). Hay que distinguir si el intendente actúa como funcionario de gobierno o funcionario administrativo, los cuales cumplen una función administrativa en la región.

b) Funcional: esta descentralización puede realizarse a través de la creación de:

- ✓ Instituciones (ej. instituto de normalización provisional, INP).
- ✓ Empresas del estado (corporación del cobre de chile, CODELCO; empresa nacional de petróleo, ENAP; empresa nacional de minería, ENAMI; televisión nacional de chile, TVN; correos de chile). no todas las empresas del estado tienen personalidad jurídica de derecho público, ya que el estado también crea personas jurídicas de derecho privado como sociedades (metro s.a.). a esto la doctrina ha llamado la huída del derecho administrativo.

Esto es todo un complejo orgánico que está a disposición del gobierno. Son órganos muy heterogéneos y que realizan funciones muy disímiles. Esto es la administración.

Se decía que el derecho administrativo es un derecho especial, pero hay que distinguir el grado de vinculación:

a. *Vinculación parcial al derecho:* sistema en que la administración aparece sometida parcialmente al derecho (Alemania). este nace para proteger a los particulares frente a la acción del estado, ya que en una monarquía absoluta el estado y la administración no se someten al derecho. el estado como soberano no se somete al derecho y el estado como particular actúa bajo el derecho privado con actus privatus. de aquí nace la teoría del fisco. esto fue en su momento de creación un artificio garantístico, pero hoy es un retroceso. hoy nadie podría decir que el estado tiene dos caras y más encima que una de esas no se somete al derecho.
b. *Vinculación al derecho común o derecho privado:* en el common law la administración está sometida al derecho privado. es la rule of law la que lo formula. En este sistema la administración no tienen ninguna prerrogativa extraordinaria. así se garantizaba mejor la libertad que en el sistema francés. pero en el reino unido, con la ley de defensa del reino y en estados unidos en 1929, se altera la administración, ya que se pasa de una regulación privada a un modelo especial de legislación.
c. *vinculación a un derecho especial:* el modelo francés mantiene una serie de privilegios y proviene de la época monárquica y tiene mucho poder (la administración), hay una autotutela, pero a la vez tiene una gran cantidad de trabas (la administración) como son los principios de legalidad, etc. además tiene una jurisdicción especial en el consejo de estado.

2.2.5.- El modelo chileno de Administración

La piedra angular del modelo chileno proviene del sistema francés, es decir, heredada del siglo XIX y XX, ya que la Administración ostenta una serie de poderes y privilegios que no tienen los particulares, pero al mismo tiempo está sometida a una serie de limitaciones y restricciones. Esto, que estaba en muchas leyes, se vino a esclarecer recién en 2003. El Estado tiene una posición privilegiada, que no tienen los particulares, pero tiene trabas.

¿Ha recibido el modelo chileno alguna influencia? De la teoría del fisco una influencia de Derecho Privado, ya que malamente se ha integrado la figura de teoría del fisco como una especie de inmunidad de jurisdicción. Del modelo francés ha recibido como influencia el contencioso administrativo.

En Chile, además de tener una Administración importante, deberían existir tribunales especiales y poderosos con jurisdicción en lo contencioso administrativo.

Siguiendo esta tendencia, la CPR 1925 establecía la existencia en Chile de Tribunales Contencioso-Administrativos "a la francesa". Art. 87 CPR 1925 "*Artículo 87.- Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley.*".Pero nunca se dictó dicha ley que creaba y regulaba los procedimientos de los tribunales contenciosos-administrativos, por lo tanto no había tribunales.

Si el asunto, ante la inexistencia del tribunal al que enviaba la Constitución, se presentaba ante la jurisdicción civil, estos tribunales decían que eran incompetentes, salvo que el Estado actuara como particular, en ese caso si podía entrar a ver el asunto la jurisdicción civil. En este caso se ve al Estado actuando como Fisco. Y la teoría del Fisco está en Chile hasta la década del 70 y buena parte de la Administración actúa sin control. La Administración no estaba sometida a control de los tribunales de justicia.

En la CPR 1980 aparecen nuevamente los tribunales contencioso-administrativos en el Art. 38 inc 2°

"Art. 38 inciso 2° Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contencioso administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.")

Art. 79 inciso 1° parte final "Los tribunales contencioso administrativos quedaran sujetos a esta superintendencia conforme a la ley."

Ante esto, dentro del período comprendido desde la entrada en vigencia de la CPR (11/03/1981) hasta el plebiscito de aprobación de las reformas constitucionales de 1989 (30/07/1989) y la correspondiente Ley N° **18.825 que modifica la CPR de 17/08/1989**, había jurisprudencia vacilante respecto si los tribunales ordinarios podían conocer las causas administrativas. Una sentencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) de mayo de 1989, redactada por el Ministro Juan Colombo Campbell, dice que los tribunales ordinarios no tienen competencia

para conocer de lo contencioso – administrativo, salvo de los casos expresamente indicados o señalados por la ley. Esto causa indignación y en ese mismo año se realizan las primeras modificaciones a las CPR 1980, para bajar el carácter autoritario de dicha Carta. También se eliminó en dicha norma constitucional la referencia a los tribunales contencioso – administrativos, dejando a la jurisdicción ordinaria la resolución de lo contencioso – administrativo, por tanto, desde 1989 quien conoce las materias contencioso – administrativas son los TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA (el juez civil). Hay un sistema peculiar, ya que el ejemplo francés tiene una Administración con privilegios y una jurisdicción dual administrativa (el Consejo de Estado); en Chile en cambio, hay una Administración privilegiada, pero una jurisdicción ordinaria, que conoce de muchas materias además de lo contencioso – administrativo.

Se conserva la teoría del fisco en la legislación, como un lastre histórico que no tiene aplicación jurídica, ya que el Art. 29 LOCBGAE habla de FISCO "Los servicios centralizados actuarán bajo la personalidad jurídica y con los bienes y recursos del Fisco y estarán sometidos a la dependencia del Presidente de la República, a través del Ministerio correspondiente.", pero se entiende que el Estado es igual a FISCO, no hay doble personalidad.

Esta fue una de las razones de la pobreza científica del Derecho Administrativo, ya que si una disciplina jurídica no llega a los tribunales no hay discusión.

2.3.- El Derecho administrativo como ciencia del derecho

Se ha visto el Derecho Administrativo como un conjunto de normas, pero otra cosa es el Derecho Administrativo como ciencia del derecho. Las ciencias del derecho, a diferencia de las normas, busca explicar y sistematizar un cuerpo normativo, un conjunto de normas, con un método propio y a partir de allí se interpreta la norma jurídica, se construyen instituciones jurídicas (Ej. administración, dominio público, acto administrativo, el contrato administrativo).

Todas estas instituciones se relacionan entre si y así surge el SISTEMA DE DERECHO ADMINISTRATIVO. No hay que confundir el derecho, como conjunto de normas, del estudio sistemático y científico de un sector, de naturaleza cognoscitiva.

El Derecho Administrativo surge científicamente y se desarrolla por la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia (Conseil d'État). Napoleón Bonaparte dirigía todo reclamo hacia la Administración hacia el Consejo de Estado, como órgano asesor y este decidía. Con el tiempo fue adquiriendo independencia y se estableció como tribunal, ya que los tribunales ordinarios no

podían ver estas causas, por la separación de los poderes, ya que consideraban que al aceptarlos a trámite estaban regulando a otro poder. Ante esto se crea, dentro de la Administración, el Consejo de Estado como tribunal, y este crea un corpus jurisprudencial, y nacen los estudios jurídicos que eran normas y jurisprudencia, sobre todo en las cátedras universitarias, con los *Tratados de Derecho Administrativo*, destacándose el Profesor Maurice Hauriou, en la Faculté de Droit de Toulouse, que es el primero que escribe una obra sobre Derecho Administrativo, también destacan Gastón Jèze, Roger Bonnard, de la Escuela de Bordeaux, donde aparecen sistematizadas las principales instituciones del Derecho Administrativo francés como Derecho Especial.

En Chile, las primeras obras en Derecho Administrativo son de 1870, una obra anónima "*Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno, adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional*", pero se le atribuye al Profesor Santiago Prado (Profesor de la Cátedra en el Instituto Nacional y la Universidad de Chile); y luego Valentín Letelier, quien es de enorme influencia. Valentín Letelier hizo cosas muy importantes. Tuvo la oportunidad, en 1880, de ser asesor de la Embajada de Chile en Berlín, Alemania (donde estaban los grandes administrativistas) y al volver a Chile cambia los métodos de estudio del Derecho, cambiando al método de la exégesis, por lo cual se comienza a estudiar por instituciones y no por artículos; Se comienza a estudiar el Derecho Administrativo con la dogmática alemana y esto marca la cátedra en Chile como disciplina científica, donde el sujeto actuante es la Administración Pública.

2.3.1.- Aspectos históricos de la Administración actual

Un punto de partida que se enmarca con el siglo V con la caída del imperio romano hasta la revolución francesa. Este gran periodo se podría definir de concentración y reconstrucción del poder. Parte con la caída del imperio romano hasta llegar a la monarquía absoluta. El segundo gran periodo es el periodo del estado liberal, que es fruto de la revolución liberal que bien se podría definir como un periodo de racionalización del poder. Hay un tercer periodo, que comienza fundamentalmente que comienza a fines del siglo XIX, conocido como el estado social o de intensificación del poder.

En el primer periodo hay un fenómeno de la ruralización, también se produce un fenómeno de autarquía y surgen las relaciones feudales y vasallajes. Había reinos pero con muy poco poder, en aquella época sobre los reyes estaba el Papado y también surge el sacro imperio romano germánico de la mano de Carlo Magno. Qué sentido tenía esta estructura de dominación, en realidad el poder político no tenía ninguna finalidad en si misma. Funciones políticas, defender el territorio, aplicar el derecho y garantizar la defesa de la Iglesia (utilitas recnis). El poder político, no se ejerce como un poder abstracto, sino que se ejerce en base

de un titulo patrimonial, porque el poder político se ejercía no en tanto se era autoridad, sino que el poder político se ejercía en tanto se era dueño de la tierra, es por eso que el poder político se traslado al dueño de los latifundios.

Todo esto cambia en el S. XI, se da primero por el cambio en la agricultura, y hace que se reanuden las corrientes comerciales, lo que hace que se rompa al autarquía, y se comienza a crear nuevos tráficos comerciales. A partir del s. XI, desde el plano social, cambian las condiciones económicas y produce un resurgimiento de las ciudades, y comienza a surgir una nueva clase, la clase burguesa, la que es una pequeña población artesanal y comercial. Y en el plano cultural se produce un fenómeno muy interesante "la recepción del derecho romano" y especialmente en aspectos públicos. Lógicamente la modernalización de la sociedad, hace que surja una nueva organización política donde el poder este más concentrado, por lo tanto se hace necesaria una red jerárquica que tuviera un sólido apoyo financiero y que también tuviera la capacidad de innovar en el ordenamiento jurídico, es decir la capacidad de dictar normas.

¿Cuál era el régimen jurídico aplicable al poder?

Se debe señalar primero, sobre todo en la edad media que no habían normas especiales que se aplican a la administración de hecho no se podía innovar en el ordenamiento jurídico, el derecho se creaba espontáneamente. Como sabemos estaba la patrimonilizacion del poder, por lo tanto el monarca tenía ciertas regalías. Se le reconoce si, un poder de mando muy genérico "bann", este es el titulo publico de poder dictar normas. Se le comienza a reconocer a los monarcas la facultad de prohibir las guerras es decir de instaurar la paz. Además el derecho romano ya la permitía al rey usar una serie de privilegios que eran normas especiales (privilegia fisi) que se aplicaban a los bienes públicos. Estos también tenían una serie de limitaciones, también aparece la regla de la inalienabilidad, y también los reinos son indivisibles.

En segundo lugar, fue la discusión de las reglas del buen gobierno, a través de lo que se conoce como las facultades de policía, es decir la actividad estatal que busca prevenir el mal futuro. Pero también los poderes de actividad de fomento, es decir promover el bienestar y la felicidad de los súbditos.

Segunda etapa "racionalización del poder".- en el siglo XVIII, se produce un cambio radical en todos los aspectos, en el aspecto económico, político, todo esto lleva justamente a lo que se conoce como el periodo de las revoluciones liberales que comienza en el 1870.

Es preciso destacar cuatro puntos importantes, primero en la soberanía nacional, la fuente no está en el monarca sino en la soberanía y el pueblo.

Segundo la división de los poderes del estado y con esto se rompe la concentración de poder que tenía el antiguo régimen. En tercer lugar un principio que no existía antes, se reconocen derecho innatos e inviolables a los ciudadanos. Lo que destaca en el estado liberal es la libertad, igualdad y también destaca el principio de legalidad.

2.4.- Bases Constitucionales del Derecho Administrativo

La CPR no es sino la norma de la normas, norma jurídica fundamental, por lo cual es lógico que la CPR incide en las distintas ramas del Derecho.

La CPR incide en el ámbito del Derecho Administrativo pero hay que tener en cuenta que a través de la constitucionalización del Derecho, se cree que la CPR quiere o pretende regularlo todo. O sea, la norma constitucional no agota toda la materia jurídica (no pretende regularlo todo).

Lo que si establece la norma constitucional es una serie de principios o valores que inciden en todas las ramas del ordenamiento jurídico e incluso podría constituir verdaderos principios generales del Derecho (según la corriente positivista).

Este efecto que produce la CPR tiene particular incidencia en el Derecho Administrativo por dos grandes razones:

a. Porque el derecho administrativo, en definitiva, es el régimen jurídico de un poder público, en la medida que ese régimen jurídico de un poder público tenga un impacto de la CPR más enérgico y mucho más directo. el texto constitucional se ve como un texto constitucional administrativizado, lo que busca la CPR es encausar el poder dentro de los márgenes de la ley.
b. El derecho administrativo en general, y el chileno en particular, se asienta sobre un conjunto de principios y criterios que tienen su origen justamente en el constitucionalismo que se desarrolla a fines del s XVIII, por lo mismo, el derecho continental incide en chile. son múltiples los principios que intervienen como principios estructurales que se encuentran en el capítulo i de la CPR 1980.

Como contrapartida de lo anterior, el Derecho Administrativo, bajo esta concepción, establece un conjunto de normas que regula pormenorizadamente el

ejercicio legítimo de estas potestades, disponiendo requisitos estrictos para su constitución y funcionamiento regular. Además, y como corolario, se consagran una serie de derechos de resistencia, impugnación y reparación de las personas frente al ejercicio irregular de las potestades públicas, habilitándose mecanismos administrativos y judiciales para ello.

No obstante que los principios y reglas sobre las que se construyen estas potestades administrativas son bastante obvias y compartidas en los sistemas jurídicos del mismo origen, en el Derecho Administrativo chileno han venido siendo discutidos y puestos en duda en el último tiempo, pero no de una forma general y sistémica, sino episódica, a propósito del ejercicio de algunas potestades públicas o la utilización de ciertos "privilegios" por parte de los órganos de la Administración del Estado, los que se encuentran expresamente reconocidos en el ordenamiento jurídico. Así el ejercicio de las potestades revocatoria e invalidatoria para dejar sin efecto actos administrativos dictados con anterioridad, la potestad de autotutela para declarar y ejecutar administrativamente un derecho o el simple privilegio de presunción de validez de los actos administrativos como paso previo a la autotutela del mismo, han sido severamente cuestionados por un sector de la doctrina nacional, planteando incluso su inconstitucionalidad sobre la base de principios y derechos constitucionales genéricos -aplicados en forma estricta- y privilegiando claramente los derechos e intereses individuales frente a las potestades públicas.

2.4.- Características del Derecho Administrativo

- ✓ El Derecho Administrativo es un Derecho Público y uno de los más importantes, Derecho Público interno del Estado.
- ✓ Es un Derecho Común de todo el sistema de administraciones públicas.
- ✓ Necesaria presencia de una administración pública para reconocer una relación jurídico administrativa.
- ✓ Es un Derecho estatutario. Intenta regular la totalidad de la actividad de la administración.

3.- La Administración Pública, Nociones General

3.1.- Idea de administración.

Administración, en general, implica la idea de gestión, de manejo de intereses. Supone una cierta actitud racional, un plan, un orden, una elección de medios tendientes a obtener fines predeterminados. En lenguaje doméstico se dice que una persona es un buen administrador de sus bienes cuando realiza una adecuada dosificación de ellos a las necesidades que tiene, obteniendo, además, un incremento de su peculio.

Etimológicamente el vocablo administración tiene varias raíces, a saber:

- "Ad manus trahere": gestionar intereses.
- "Ad ministrare": a servir.

Ambas raíces conllevan la idea de servicio y de gestión no sólo de los propios intereses sino que principalmente de los negocios e intereses ajenos y, además, la noción de subordinación expresada en la palabra "minus", o sea menor, esto es, de quien administra por otros los intereses o bienes que éstos pudieren tener subordinándose a sus instrucciones. Por lo tanto, el administrador sería aquel que está al servicio de otros ("dominus", dueño de bienes e intereses) y subordinado a éstos con la finalidad de cuidar y manejar sus negocios o patrimonio.

Por otra parte, la gestión de intereses ajenos puede recaer no sólo en intereses individuales, sino que también en intereses colectivos, concernientes a un grupo o a varios grupos, siendo necesario el empleo de diversos medios de gestión, y de una organización de mayor complejidad, destinada a optimizar los recursos en pro de la satisfacción de las necesidades. Este es el caso de una gran empresa como puede ser un banco comercial que, constituido bajo la forma de sociedad anónima requiere de una organización adecuada para la consecución de sus objetivos. En él y en todas las empresas que dicha forma jurídica, los dueños o titulares de los bienes e intereses son los accionistas, generalmente numerosos y cuyo órgano de expresión es la ASAMBLEA, órgano privado de la administración directa del patrimonio de la sociedad. Dentro de esta estructura organizada cumple un rol de gran importancia el CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, ente colegiado y resolutivo (no operativo), designado al efecto por la Asamblea cuya función principal es velar por la ejecución y cumplimiento de los acuerdos por ella adoptados. De la naturaleza y carácter de estos órganos se desprende la necesidad y la razón de existir de un ente operativo, denominado por lo general

GERENTE encargado de ejecutar las políticas de la sociedad, dadas por la Asamblea; de concretar las resoluciones del Consejo, desde un punto de vista práctico y cotidiano, y de dirigir la estructura burocrática necesaria para el desarrollo de las labores empresariales propiamente tales, entre otras.

El cuadro descrito anteriormente se asemeja a la estructura de un Estado (Parlamento, Ejecutivo, Ministros de Estado y Funcionarios Públicos), más aún si el tamaño y envergadura de la empresa es mayor y más compleja, pues entonces el capital suele dividirse en gran cantidad de accionistas que ven diluida su influencia en las decisiones de la sociedad, quedando en una situación similar a la de un ciudadano frente a un Estado poderoso.

Siguiendo con esta comparación, es necesario hacer presente que en el seno de todo Estado y de toda gran empresa existen grupos de presión, líderes (positivos y negativos), corrientes determinadas y diversas tensiones entre éstas y, dentro de esta perspectiva, la burocracia empresarial adolece de las mismas falencias que la estatal.

Sin embargo, la idea de administración adquiere otra connotación cuando recae sobre intereses colectivos relativos a las exigencias básicas de la comunidad toda, sea porque se relacionan con su subsistencia, con su progreso o desarrollo o con intereses generales de la misma y con los medios técnicos y económicos adecuados para la consecución de fines tendientes a satisfacer dichos intereses. se trata, por ejemplo, de la salud de la población, de su educación, de los medios de transportes y telecomunicaciones, etc., todos ellos son intereses relevantes, que deben ser satisfechos con los recursos comunes. es aquí donde surge la figura de la administración como función del estado promotor del bien común, esto es, de quien distribuya los recursos y los aplica a cada una de las necesidades existentes para su satisfacción; y que sean calificadas de públicas.

La administración de una empresa o sociedad anónima busca la atención y satisfacción de los intereses societarios que, por su naturaleza, sólo son comunes a una parte de la comunidad, a aquella que integra la empresa o sociedad de que se trate. Por la misma razón, esos intereses serían, particulares o privados, limitados, por lo general, a la obtención de mayores utilidades o ganancias, en contraposición a públicos o generales, cuya satisfacción corresponde, en definitiva, al Estado.

En cambio, como se dijo precedentemente, cuando se trata de intereses públicos, debe propenderse a su completa satisfacción con miras a la obtención del bien común, esto es, del bienestar de todos y cada uno de los miembros de la comunidad; lógico es, entonces, que su administración sea también pública, en

cuanto está destinada a satisfacer intereses globales y no parciales, que ciertamente han de primar sobre estos últimos, con arreglo al ordenamiento jurídico.

3.2.- Concepto orgánico y concepto material de administración.

Toda Administración, sea pública o privada, presenta, según sea la perspectiva desde que se la observe, dos aspectos: orgánico el uno y material el otro. Ha de haber, en efecto, una estructura o complejo orgánico que "administre" y una actividad destinada a "administrar". Dada la naturaleza de la Administración Pública, esta doble visión permite captar mejor sus características propias.

Si la Administración Pública es parte del Estado, que es en sí "una organización institucionalizada", ha de estar ella constituida, en este contexto global, por un conjunto de órganos llamados a conducir y ejecutar las tareas administrativas, Subjetiva u orgánicamente, pues, la Administración Pública "es una estructura orgánica, un ente o complejo de entes al que el ordenamiento jurídico le atribuye la función de administrar"

Pero surge inmediatamente la interrogante: ¿qué es administrar?. Responderla implica desentrañar el contenido de la administración pública en cuanto actividad, es decir, su concepto material u objetivo y no ya subjetivo u orgánico. El problema es complejo y doctrinariamente polémico.

En verdad, las funciones denominadas esenciales en un Estado contemporáneo pueden distinguirse por su materialidad: la legislativa se traduce en la creación de las normas que han de regir a la comunidad; la jurisdiccional, en asegurar el cumplimiento de las normas, declarando el derecho en casos controvertidos y sancionando su violación; la ejecutiva, en la ejecución de las normas así creadas y aseguradas para dar satisfacción a las necesidades públicas. ¿Se confunde entonces la actividad administrativa con la ejecutiva?. Su contenido no es rigurosamente idéntico. Aunque en gran medida aquélla signifique la ejecución de normas superiores y su concreción en casos determinados –diferenciándose (en este sentido de ejecución) de la actividad legislativa, que es abstracta e impersonal- no siempre la Administración consiste en "actuar" la ley en casos concretos, sino que también en dictar normas generales, como los reglamentos, que son actos de la Administración; comprende, asimismo, la resolución de conflictos, si bien dentro de su propio ámbito, mediante recursos y decisiones, y cubre una amplia gama o zona en la acción del Estado, ya en el plano meramente fáctico (operaciones y hechos materiales), ya en el plano jurídico (hechos, actos, contratos). No se agota la administración en su expresión jurídica, como es el caso de la legislación con la ley y de la jurisdicción con la sentencia, sino que se extiende a la realización práctica y material de sus cometidos.

Aún cuando – como en la actividad jurisdiccional- mediante la administración se apliquen normas jurídicas a casos concretos, su objetivo no es, como en aquélla, el de hacer respetar el derecho, sino el de dar satisfacción a las necesidades cuya atención se ha puesto a su cargo, con sujeción, por cierto, al ordenamiento jurídico.

Hay quienes, por todo lo dicho[1], califican el contenido de la actividad administrativa como residual, comprensiva de todo aquello que, material y orgánicamente, no esté delimitado en la función legislativa o en la función jurisdiccional, concepción que estaría avalada por la evolución histórica y política, al haber ido desgajando del poder absoluto la justicia y, después de la Revolución Francesa, la legislación, surgiendo los tres poderes clásicos y quedando el ejecutivo, como sucesor del monarca, con un carácter residuario y con funciones heterogéneas y múltiples.

Por otra parte, debe reconocerse que la realidad presenta como necesaria para el debido cumplimiento de las funciones básicas de los órganos de legislación y de jurisdicción cierta actividad de carácter administrativo, como los actos relativos a su organización y a su personal.

Con todo, es indudable que la función destinada a dar satisfacción de un modo permanente y concreto a las necesidades públicas, mediante actos o hechos jurídicos y materiales, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, está radicada, en los Estados contemporáneos, fundamentalmente en el Poder Ejecutivo; pero no constituye toda la actividad de éste, porque le compete también la acción política o de gobierno (v. gr., la que se refiere a las relaciones del Estado con otros Estados o a las del Poder Ejecutivo con otros Poderes).

3.3. Estado y administración.

3.3.1.- Estado de derecho.-

En un sentido muy amplio, puede decirse que todo Estado es un Estado de Derecho, ya que no puede existir un Estado sin normas. Mas, para que, estricta y modernamente, exista un Estado de Derecho se requiere la existencia de normas fundamentales y otras derivadas de éstas, que reglen el actuar de todos los integrantes de la comunidad, no sólo el de los particulares, sino que también el de los órganos públicos.

"La Administración Pública como objeto de ciencias jurídicas y no jurídicas", en Revista de Administración Pública.

Dichas normas deben revestir, además, caracteres de certeza, fijeza y estabilidad, esto es, que emanen de un órgano competente (Poder Legislativo) a través de un procedimiento preestablecido que regule su creación, que rijan un período de tiempo determinado, marcado por su publicación y su derogación, que sean conocidas por aquellos a quienes van dirigidas y que exista certeza de que su infracción será sancionada por la autoridad competente, previo debido proceso legal, todo ello en pro de la seguridad jurídica, principio que informa todo ordenamiento jurídico.

Sobre tal supuesto, se puede decir que las características propias de un Estado de Derecho son las siguientes:

a. *La existencia de una norma fundamental*: la Constitución, en la cual se establecen las líneas básicas de la organización del Estado, los poderes o autoridades y, el reconocimiento de los derechos y garantías de las personas frente al poder.
b. *Separación de poderes: principio fundamental en el Estado moderno.* El poder del Estado es uno solo, pero se diversifica en funciones radicadas en órganos a quienes se otorgan potestades para el cumplimiento de sus fines en orden al bien común. La "separación" o delimitación de las competencias de los órganos, especialmente de aquellos que se han estimado esenciales y llamados históricamente "Poderes del Estado", ha de producir el equilibrio indispensable para evitar la concentración abusiva del poder.
c. *Hay una integración democrática en la soberanía:* el soberano es la Nación, el pueblo (la comunidad), y en ellos reside, en definitiva, el poder que ejerce por representantes elegidos democráticamente por un período determinado (principio de la representatividad).
d. *Principio de la legalidad de la Administración:* la Administración no se legitima a sí misma, sino que sus potestades emanan de quien, siendo delegatario de la soberanía, tiene el poder de legislar. Entonces la Administración debe estar sometida a la ley, ya que es la cara visible del Estado y ejerce la función más cercana a la ciudadanía. Es en lo cotidiano donde el actuar de la Administración suele ser abusivo. En verdad, su sujeción como se verá es a todo el ordenamiento jurídico y no sólo a la ley formal. El principio es, por tanto, de juridicidad más que de legalidad.
e. *Control jurídico:* La juridicidad del actuar de la Administración exige que existan sistemas de control jurídico y que éstos sean eficaces, destacándose el control jurisdiccional sobre la Administración como principal resguardo de los ciudadanos en contra de posibles abusos o arbitrariedades de ésta.
f. *La responsabilidad:* del Estado administrador. Debe responder, especial y directamente por los daños que ocasionen sus órganos en el ejercicio de sus funciones. La Ley Nº 18.575, que estableció las Bases Generales de la Administración del Estado regula expresamente esta responsabilidad en sus

artículos 4º y 44, con base en los artículos 6, 7, 38, 19 Nº 20y 24, 73, entre otros, de la Constitución Política de la República.

g. *La existencia de tribunales independientes:* esto es, no sometidos a ninguno de los otros poderes.

3.3.2.- Origen del Estado de Derecho

Históricamente, la noción de Estado de Derecho es una materia de larga y pausada evolución. Es así como a medida que aumentaba el tamaño de los asentamientos humanos se incrementaba también la organización de las comunidades, con lo que el hombre fue adquiriendo paulatinamente conciencia de su sociabilidad, de la necesidad del otro y de sus derechos, de la posibilidad de exigirlos.

En un comienzo, es probable que la autoridad haya residido en el más fuerte, en el más viejo o en el más sabio, circunstancia que evolucionó hacia una organización que satisficiera de mejor manera las necesidades de una sociedad naciente.

En la historia de Occidente, Grecia y Roma fueron expresiones de organización más perfeccionada de la "ciudad" o Estado. Más tarde, al derrumbarse el imperio Romano y comenzar la Edad Media, la sociedad se organizó en baronías feudales, cuya relación con el campesino fue de sujeción personal, perdiéndose la subordinación al Estado, aun cuando el rey se reconociera, entre los señores, con cierta primacía. Con el surgimiento de los gremios, agrupaciones de personas que desarrollaban actividades similares, esta lucha se intensificó, pues al tener un grado superior de organización, se ejercía mayor presión en la defensa de los derechos comunes. En esta estructura social existían también estamentos privilegiados que fueron adquiriendo fuerza e importantes derechos, los mismos que defendían con gran vehemencia. De esta manera las atribuciones del rey encontraron límite en los derechos de las personas, ya no como individuos sino como agrupaciones.

Esta evolución se fue produciendo bajo el amparo de dos principios: libertad y propiedad, que han sido conquistas frente a un poder más o menos omnipotente. Son dignos de destacarse los fueros que en España se reconocieron a ciertas comunidades.

A partir del siglo XV surgieron las monarquías absolutas que dieron origen a lo que se ha denominado Estado de Policía. En ellas el monarca era el dispensador de todos los derechos, él disponía de todo, las normas emanaban de él y cuando esas normas pretendían ir a favor o en el bienestar de todos sus súbditos, se les llamaba normas de policía.

Estas no eran normas de derecho porque no obligaban al monarca. Sin embargo, con el tiempo, se dieron algunos pasos en favor de la perfección de la juridicidad, principalmente con la denominada “teoría del Fisco”.

Ella surge con la distinción que comenzó a efectuarse entre este derecho de policía, y el patrimonial (referido a los bienes). Los juristas, inspirados en el Derecho Romano, llamaron Fisco a una persona moral distinta del monarca, pero sólo para efectos patrimoniales. Sobre esa base se permitió que todo este derecho patrimonial pudiera ser amparado frente a un acto de la autoridad lesivo para un particular mediante un reclamo que podía entablarse ante los tribunales ordinarios. No se reclamaba contra el Príncipe, sólo contra el Fisco. Así se fue abriendo una vía de reclamo, de manera que si el monarca ordenaba disponer de algunos bienes para que cedieran en beneficio de toda la comunidad, eso fue estimado, no como un acto administrativo, de policía, sino como un acto patrimonial y, por lo tanto, aplicando el Derecho Común, se decía que era una compraventa obligada por la autoridad, sin el consentimiento de la persona, y por lo tanto debía haber una indemnización equivalente al precio (por eso se sostuvo mucho tiempo que la expropiación era una compraventa forzada).

Asimismo, cuando el monarca había cobrado un tributo, más allá de lo que una norma establecía, se reclamaba diciendo que había un pago de lo no debido.

El Estado de Policía existió en los siglos XVII y XVIII.

Esto dio origen a una distinción jurídica entre la persona Estado-monarca, que realizaba actos de autoridad, de poder, y la persona Fisco-Estado, que realizaba actos de gestión. Y para eso se llegó a sostener que el Estado tenía una doble personalidad: una personalidad jurídica de Derecho Público y una personalidad de Derecho Privado; por lo tanto, cuando actuaba como Fisco, se aplicaba el Derecho Común.

Hasta principios de este siglo, muchos sostenían esta doble personalidad del estado, pero posteriormente la doctrina mayoritaria concluyó que el estado era uno y tenía por tanto una sola personalidad: de derecho público.

La revolución francesa trajo un cambio fundamental al terminar con las monarquías absolutas; se hizo presente la influencia de Montesquieu y de Locke sobre aquél, con la separación de poderes, y el nacimiento de los Estados constitucionales modernos con la soberanía representativa y la división de poderes. Y modernamente, la exigencia de responsabilidad, de control, la existencia en el Estado de una sola personalidad jurídica de Derecho Público con la cual pueda realizar distintos actos, quedando sometido a normas jurídicas diversas en su actuación.

Dentro de esta perspectiva se concibió a los actos de autoridad como aquellos que realiza el Estado en uso de su soberanía y a los actos de gestión como aquellos que realiza el Estado como cualquier particular siéndole aplicable el Derecho Común

La sujeción de la Administración al Derecho en esta evolución hacia el Estado de Derecho, se ha realizado a través de dos sistemas fundamentalmente:

1. El sistema francés o sistema de régimen administrativo;

2. El sistema inglés.

Cada uno de ellos ha sido producto de antecedentes históricos y de la idiosincrasia de cada pueblo. Su evolución, en ambos casos, ha sido lenta, y marcada por determinados acontecimientos que han acelerado su curso: Inglaterra, 1688 y Francia,1789.

Se ha caracterizado porque el derecho, según los ingleses, por lo menos en todo el siglo XVIII y hasta comienzos del siglo XX, se ha debido aplicar tanto a la Administración, que es el poder, como a todos los administrados, entonces ha habido un derecho igual para todos. Este Derecho Común es tutelado en el sistema inglés por los tribunales ordinarios. O sea, la tendencia en Inglaterra es a que haya una norma común, igual para todos, cuya aplicación sea tutelada por un juez común.

El sistema francés, por el contrario, se ha extendido e influenciado todo el continente europeo y desde allí a Latinoamérica.

En Francia, la Revolución Francesa en 1789 se inspiró en el postulado de la separación de poderes, formulado y entendido drásticamente. Basados en este principio, aunque por razones políticas, los revolucionarios dijeron que la Administración no tenía por qué someter sus actos a las decisiones de los tribunales, pues eso sería una interferencia; por lo tanto, todos los conflictos debían ser resueltos por la propia Administración. Entendieron que dentro de la gran función administrativa, había una función jurisdiccional: resolver conflictos de la administración con particulares.

Los revolucionarios temían que los jueces pudieran obstaculizar el desarrollo de todos sus postulados; por lo tanto, paulatinamente, en Francia fue elaborándose un derecho especial que debía regular todas las prerrogativas y privilegios que conservaba la Administración; debía regular el ejercicio de la Administración en su relación con los administrados. Como todos los conflictos serían resueltos administrativamente, fue necesario dar esta facultad a un órgano

de la Administración. Así, al Consejo de Estado, nombre que pasó a adoptar, le fue dada una configuración más amplia y técnica al encargársele "la tutela jurisdiccional del Derecho Administrativo".

Antes, durante el Antiguo Régimen, el Consejo de Estado era sólo un Consejo asesor, de notables. Su evolución es muy interesante, pues ha sido un factor importante en el progreso del Derecho Administrativo. Actualmente es un organismo relevante, de carácter autónomo; se ha convertido en un verdadero tribunal, aunque distinto del Poder Judicial.

Por la inversa, el sistema inglés se caracteriza por la aplicación del Derecho Común cautelado por tribunales ordinarios. (Se llegó a decir por algunos juristas que no hay Derecho Administrativo y si lo hubiera, no existiría un Estado de Derecho).

En Francia, en cambio, ha existido un órgano dentro de la Administración (Consejo de Estado, aunque desde hace un tiempo con real autonomía) que tutela la correcta aplicación de un derecho especial: el Derecho Administrativo, diferente al derecho común.

Los ordenamientos positivos han seguido, en mayor o menor medida, uno u otro sistema que – como se verá más adelante- han evolucionado, cada uno, en un sentido que los aparta en alguna medida de su rígida concepción original.

En América Latina, en general, se ha entregado al Poder Judicial la tutela del Derecho que regula a la Administración. Más, en algunos países se han creado Consejos de Estado al estilo francés, por ejemplo, en Colombia. Pero la regla general en Latinoamérica es que la justicia ordinaria conozca y resuelva estas reclamaciones, pero con procesos "contenciosos-administrativos" especiales y un Derecho también especial.

En Chile, la Administración del Estado ha estado siempre sometida al Derecho. Se ha entendido siempre que la Administración goza de ciertos privilegios, prerrogativas. Una prerrogativa muy importante, ha sido llamada por los franceses "decisión ejecutoria", o sea, por ejemplo, la Administración emite un acto administrativo, un decreto, una resolución que puede afectar a los particulares, como la de otorgar una autorización para edificar o para establecer una industria; "este acto es una declaración de voluntad orgánica", un acto unilateral de la administración, y esa declaración, por sí misma produce efectos jurídicos. La administración no necesita recurrir a un tribunal para ejercer una potestad, que le viene directamente de la ley. Esto es la *"autotutela declarativa de la Administración".*

Para algunos, la Administración, además, tiene una “autotutela ejecutiva” y podría ejecutar ella misma los actos administrativos. Sin embargo, es ésta una prerrogativa que requiere, indudablemente, de normas expresas.

Por lo tanto, en Chile hay un Derecho Administrativo especial, al estilo francés, que regula las relaciones de la Administración y de ésta con los particulares.

Se ha discutido acerca de la tutela de este derecho: si pertenece a tribunales ordinarios o especiales. Como veremos, históricamente se radicó en los tribunales ordinarios; pero durante la vigencia del artículo 87 de la Constitución Política de 1925 hubo al respecto confusión. Actualmente la Constitución entrega esta tutela los tribunales que determine la ley (art.38 inciso 2º), y éstos son los ordinarios, a menos que se creen tribunales especiales.

En conclusión, en Chile, el sistema de sujeción de la Administración al derecho es a un Derecho Administrativo especial, distinto del común, pero es un derecho tutelado en general por la justicia ordinaria.

Disposiciones fundamentales que existen en Chile relacionadas con esta materia:

Art. 1º CPR: El fundamento del principio de legalidad, es este, el principio de la libertad y la igualdad del hombre en cuanto tal. Como personas somos todos iguales y tenemos ciertos derechos esenciales.

Art. 5º CPR: Lo ha dicho expresamente la Constitución. Ni siquiera el soberano al ejercer la soberanía puede lesionar los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana; éste es el límite de la soberanía.

Art. 6º CPR: Supremacía de la Constitución. Todos los órganos del Estado, aún el legislativo, deben someterse a ella. Hay una diferencia entre el integrante del órgano y el órgano, pero todos deben sujetarse a derecho. Para evitar o reprimir las infracciones, hay sistemas de control. Los actos administrativos son fiscalizados, por regla general, a priori por la Contraloría y a posteriori por los tribunales; las decisiones de estos últimos pueden impugnarse mediante los recursos procesales establecidos por la ley y, por último, el actuar del legislador, en cuanto tal, puede ser objeto de un control previo y de efectos generales por parte del Tribunal Constitucional y de un control posterior o represivo, de efectos relativos por la Corte Suprema (recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

Art. 7º CPR: Este artículo es básico, pues exige la investidura regular del agente público, establece el principio de la competencia y la sujeción a la forma. Dispone,

además, que todo acto en contravención a este precepto es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale. Es ésta una nulidad de pleno derecho.

Art. 19 CPR: contiene el reconocimiento de los derechos y garantías inherentes a la naturaleza de la persona humana y otros derivados de la misma, entre los que destaca la igualdad ante la ley. Es así como su Nº2 prohibe establecer diferencias arbitrarias; la igualdad es en la ley, no sólo ante la ley; la ley no puede incurrir en desigualdades.

Contempla también, el derecho de petición, la no-discriminación en materia económica, el derecho de propiedad; las limitaciones legales que pueden afectar los derechos en su esencia, entre otros.

En definitiva, el art. 19 es un catálogo de reconocimiento a derechos y garantías y una de las consagraciones del principio de juridicidad.

En cuanto al Gobierno y Administración:

Art. 24 CPR: Consagra al Presidente de la República como máximo jerarca de la Nación toda y de la Administración del Estado.

Art. 32 Nº8 CPR: Potestad reglamentaria del Presidente de la República para dictar reglamentos de ejecución de leyes, y sobre materias no incluidas en las de ley por el artículo 60 de la Constitución.

Art. 35 CPR: Requisitos formales de los decretos. Deben ser firmados por el Presidente y los ministros respectivos.

Art. 36 CPR: Responsabilidad de los ministros.

Art. 38 CPR: Es uno de los artículos clave en materia de Derecho Administrativo. Está contenido en el párrafo de las “Bases Generales de la Administración del Estado”, lo que es novedoso en materia constitucional.

En su inciso 1º se establece:

a. Que una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública.

b. Dicha norma garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, como asimismo la igualdad de

oportunidades para el ingreso a ella, y la capacitación y perfeccionamiento de sus integrantes, lo que es un gran avance en esta materia.

La ley orgánica constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado es la Ley Nº18.575, de fecha 5 de diciembre de 1986.

Su inciso 2º establece que cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

Su contenido es semejante al art. 87 de la Constitución de 1925, pero la redacción actual es más clara en el sentido de que, según su texto, habrá siempre jurisdicción en los reclamos en contra de los actos administrativos.

Aunque se manifiesta el propósito del constituyente de amparar a todo aquel que sea lesionado en sus derechos para que reclame ante los tribunales, como no han sido creados tribunales especiales, el reclamo debe hacerse a los tribunales ordinarios, ello en concordancia con lo dispuesto por el artículo 73 de la Constitución relativo al Poder Judicial, que establece las bases de la jurisdicción y el principio de inexcusabilidad de los Tribunales, pues no se puede dejar sin juez al lesionado en sus derechos, lo que concuerda, además, con el art. 19 Nº3 que consagra la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, es decir, el derecho a recurrir a un Tribunal establecido con anterioridad al litigio, que resuelva el conflicto mediante un debido proceso y que contemple, entre otros, el derecho a defensa.

El inciso 2º del art. 38 es muy importante, ya que es un reconocimiento explícito de la responsabilidad del Estado Administrador, sin perjuicio, desde luego, de la responsabilidad del funcionario. Así, se puede reclamar de la nulidad de los actos administrativos; de la reparación por autor material del perjuicio causado, y también la responsabilidad directa del Estado Administrador.

El principio de la legalidad también se manifiesta en el Capítulo IX de la Constitución relativo a la Contraloría General de la República. La Constitución de 1980 tiene la virtud de tratar todo lo relativo a la Contraloría en una forma más sistemática que en el ordenamiento anterior.

La Contraloría nace en Chile en 1927, pero recién en 1943, por una reforma de la Constitución, se le da rango constitucional. La Constitución de 1980 la define como un organismo autónomo y su artículo 88 desarrolla la Toma de Razón como una de sus atribuciones más importantes, pues es la que la distingue de todo otro ente contralor existente en el derecho comparado.

La importancia de la consagración constitucional de la Contraloría General de la República y de la Toma de Razón es que para reformar su organización básica y dicha atribución, se requiere de una reforma constitucional.

El principio de legalidad también se manifiesta en la institucionalización del Poder Judicial regulado en el Capítulo VI de la Constitución, y en especial en su artículo 73 que consagra la jurisdicción al disponer que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.

Por otra parte, se establece que todos los tribunales de la Nación están sometidos la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema: art. 79.

Históricamente, causa civil era opuesta a causa eclesiástica, y en este sentido, obviamente, estaban contenidas en el concepto las causas contencioso-administrativas. Fue éste el criterio de los constituyentes que elaboraron la actual Constitución y así quedó de manifiesto en las Actas Constitucionales. Se volverá sobre el punto en el capítulo del control.

Hay, pues, toda una estructura de sometimiento de la Administración Pública chilena al Derecho Público, y esta legalidad de la administración se concreta de la siguiente forma:

a. De acuerdo con el constitucionalismo que derivó de la Revolución Francesa, había una tajante separación de los poderes, de manera que, en este esquema, la Administración debía limitarse a hacer ejecutar la ley. Estaba integralmente sometida a la ley y era simplemente su ejecutora. Pero la realidad demuestra que hay materias en que la Administración goza de una cierta discrecionalidad, debiendo decidir de manera opcional.
b. Como en Francia, especialmente, la Administración llegó a considerarse con poder para juzgar ella misma sus causas, la doctrina varió y se llegó a sostener que la Administración no es una mera ejecutora, sino que la administración es libre para dar satisfacción a las necesidades públicas, sobre todo si se presentan en forma abrupta, sin que sea necesaria una habilitación previa. Estaría sometida a derecho, tendría libertad para actuar en los casos en que no existiera una prohibición expresa. Se pasó así de un extremo a otro.
c. Pero la doctrina siguió evolucionando, y ahora, se ha generalizado el principio de la vinculación positiva y no meramente negativa de la Administración al derecho, es decir, no sólo cuando exista una prohibición debe abstenerse de actuar. Se requiere que la Administración esté habilitada circunstancialmente en todo lo que debe hacer. Puede haber discrecionalidad

en ciertos casos, pero para ello debe estar previamente habilitada, es decir, puede existir una zona en que la Administración opte por una alternativa, pero debe haber una habilitación previa para que decida discrecionalmente y ésta puede ser más o menos amplia. La habilitación, obviamente, proviene del ordenamiento jurídico.

El principio de la legalidad o, mejor, de juridicidad de la Administración se refiere, pues, a una vinculación positiva que le impide actuar sin que exista para ello la habilitación prevista en el ordenamiento jurídico.

Los órganos públicos administrativos no nacen libres como los humanos. Son creados por ley. En su existencia y, consecuentemente en su actividad, se deben a quien los creó. Se explica así, llanamente, el principio según el cual en derecho público se puede hacer sólo lo que está permitido y en derecho privado todo, salvo lo que esté prohibido.

Así el artículo 7 de la Constitución Política de la República dispone: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

La Administración está compuesta por un conjunto de órganos, algunos con personalidad jurídica, otros no. La Administración está sometida a todo el ordenamiento jurídico y no sólo a la ley formal y esto porque la función administrativa está sometida a derecho y en estos términos, hablamos de la legalidad de la Administración. Mientras más inferior sea el órgano administrativo de que se trata, mayor es el peso de la legalidad que tiene que cumplir.

3.4.- Como se estructura la administración.

Presidente de la República

- Art. 24 Constitución — Funciones de Gobierno
- Art. 1 Ley 18.575 — Funciones de Administración

Administración centralizada

- Ministerios
- Subsecretarias
- División
- Sección
- Departamento
- Oficina

Desconcentración

- Funcional
  - SII y SNA
- Territorial
  - Intendente
  - Seremi
  - Gobernador

- **Descentralización**
  - Funcional
    - Instituciones
      - INP, SERVIU y
      - Servicio de Salud
    - Empresas
      - CODELCO,
      - Correos de Chile,
      - TVN, EFE, Banco Estado
  - Territorial
    - Municipalidad,

4.- Principio de Legalidad en el Derecho Administrativo:

El principio de legalidad o imperio de la ley es un principio fundamental del Derecho público conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la ley de su jurisdicción y no a la voluntad de los hombres (ej. el Estado sometido a la constitución o Estado de Derecho). Por esta razón se dice que el principio de legalidad asegura la seguridad jurídica.

Se podría decir que el principio de legalidad es la regla de oro del Derecho público y en tal carácter actúa como parámetro para decir que un Estado es un Estado de Derecho, pues en él el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas.

En íntima conexión con este principio, la institución de la reserva de Ley obliga a regular la materia concreta con normas que posean rango de Ley, particularmente aquellas materias que tienen que ver la intervención del poder público en la esfera de derechos del individuo. Por lo tanto, son materias vedadas al reglamento y a la normativa emanada por el Poder Ejecutivo. La reserva de ley, al resguardar la afectación de derechos al Poder legislativo, refleja la doctrina liberal de la separación de poderes.

Recibe un tratamiento dogmático especial en el Derecho administrativo, el Derecho tributario y el Derecho penal.

Su formulación más tradicional es el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege.* En la recepción constitucional chilena, ha de existir una ley promulgada con anterioridad, la que deberá determinar la pena que corresponde (art.19 nº3 inc.7º de la Constitución).

Esto supone, de inmediato, como lo ha señalado la sentencia del Tribunal Constitucional citada:

1º *Sólo la ley puede establecer delitos y sus penas.* En palabras del Tribunal Constitucional: "corresponde a la ley y solo a ella establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, materia que es así, de exclusiva y excluyente reserva legal"

2º *La proscripción del reglamento en la materia.* Esto es, el reglamento en ningún caso puede establecer delitos, ni de ahí derivarse penas. Para el caso de la potestad sancionatoria de la Administración, implica que ésta sólo puede ser ejercida cuando haya sido atribuida por una norma de rango legal. Esto, por lo demás, es el reflejo del principio general de la juridicidad de la Administración, desarrollado más arriba.

La llamada "colaboración reglamentaria" está no sólo limitada sino virtualmente proscrita en materia de *ius puniendi* estatal, ya sea penal o sancionatorio administrativo, y no cabe, en ningún caso, considerar al reglamento como origen de algún ilícito administrativo o de alguna pena.

Entonces, de acuerdo a este principio las sanciones sólo son legítimas en la medida que hayan sido establecidas en leyes y no en reglamentos, por lo que cabe señalar, que carece de legitimidad constitucional, por ejemplo, el art. 15 inc.1º de la Ley N° 18.410/1985, citada, al prescribir que las *"infracciones de (…) reglamentos (…) podrán ser objeto de la aplicación por [la Superintendencia] de las sanciones…".* No es concordante con el principio de la legalidad considerar que la infracción de un reglamento puede dar origen a una conducta sancionable, pues ello quebranta el principio de la legalidad, y sólo es posible establecer sanciones mediante "una ley promulgada con anterioridad a su perpetración" (art. 19 nº3 inc.7º de la Constitución).

Y, a partir de este principio, ninguna resolución administrativa que imponga una sanción podría basarse en una infracción a un reglamento; esta sanción así impuesta resulta claramente inconstitucional, y un texto legal, en cuanto recoja al reglamento como fuente de una conducta sancionable administrativamente, es en sí mismo inconstitucional; pues: toda pena debe fundarse en ley

4.1.- Legalidad administrativa

En su planteamiento original, conforme al principio de legalidad, la Administración pública no podría actuar por autoridad propia, sino que ejecutando el contenido de la ley. Ello obedecía a una interpretación estricta del principio de la separación de poderes originado en la Revolución francesa.

Esta tarea de ejecución, a poco andar, llegó a ser interpretada como una función de realización de fines públicos en virtud de la autonomía subjetiva de la Administración, pero dentro de los límites de la ley (*doctrina de la vinculación negativa*). La ley sería entonces un límite externo a la actividad administrativa, dentro de cuyo marco la Administración es libre.

Actualmente, en cambio, se considera que es el Derecho el que condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa actual. El principio de legalidad opera entonces como una cobertura legal previa de toda potestad: cuando la Administración cuenta con ella, su actuación es legítima (*doctrina de la vinculación positiva*).

Esta presunción de legalidad de los actos administrativos es uno de los privilegios que sirve a la actuación de la Administración del Estado en un régimen administrativo. Este privilegio es una presunción *iuris tantum* que desplaza sobre los particulares la carga de impugnar el acto administrativo, evitando que éste se considere consentido. Así, esta presunción opera como una base para la aplicación inmediata del acto, sin requerir el acuerdo expreso del particular afectado, sin perjuicio de que éste puede ser paralizado e incluso dejarse sin efecto por los tribunales de justicia.

Su antecedente más remoto se encuentra en los antiguos privilegios que gozaban todas las actuaciones del príncipe, fundadas éstas en la racionalidad, equidad y prudencia que ostentaba éste. Evidentemente este fundamento ya no es de recibo en el actual Estado constitucional de Derecho y su subsistencia sólo puede tener asidero en la potencia general de que están revestidas todas las actuaciones del poder público. Así, tanto el acto legislativo, el judicial como el administrativo están revestidos, en principio, de una presunción de validez que permite su ejecución inmediata, lo que impide su resistencia o desobediencia unilateral. Ello, en el ámbito administrativo, permite dar eficacia real a las potestades administrativas, logrando una efectiva e inmediata protección de los intereses públicos, sin perjuicio de la necesaria protección de los derechos e

intereses de especial protección constitucional y que impiden el ejercicio indiscriminado de la potestad de ejecución forzosa.

Este privilegio ha sido tradicionalmente resistido por un sector de la doctrina nacional, impugnando en forma absoluta su procedencia sobre la base, principalmente, del derecho constitucional a la igualdad ante la ley y un mal entendido principio constitucional de juridicidad o admitiéndolo parcialmente respecto sólo de los actos administrativos tomados razón en forma favorable. No obstante, otro sector doctrinal reconoció desde siempre esta presunción de los actos administrativos, lo que hoy día tiene un fundamento expreso en la LBPA. En efecto, el Art. 3º de esta ley estableció expresamente que "los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad" privilegio que da cobertura a todos los actos emanados de la Administración del Estado.

5.- Fuentes del Derecho Administrativo:

5.1.- generalidades.

Las fuentes del Derecho son los modos como se establece o se crean las reglas jurídicas que constituyen el derecho positivo, en otras palabras, son los medios de expresión del derecho objetivo. Se suele llamar también fuentes a los órganos de los cuales emanan las normas jurídicas; éstas serían fuentes remotas, en contraposición a las fuentes próximas.

Tradicionalmente se clasifican en fuentes formales y materiales.

- ✓ Son *fuentes formales o positivas* aquellas que tienen fuerza obligatoria, por sí mismas o porque la ley se las atribuye. Ejemplo de ello son la ley misma y la costumbre cuando la ley se remite a ella dándole fuerza obligatoria.
- ✓ Son *fuentes materiales o racionales* aquellas que carecen de fuerza obligatoria por si mismas, sin embargo sirven para la elaboración de las fuentes positivas. Ejemplo de ello lo constituyen la costumbre cuando la ley no se remite a ella, la jurisprudencia, la doctrina de los autores y las legislaciones extranjeras.

Excede al contenido de esta asignatura profundizar más sobre el particular, ya que este capítulo se dedicará al estudio de las fuentes del Derecho Administrativo, es decir, aquellas que lo expresan y consagran.

5.2.- Fuentes del Derecho Administrativo.

¿Cómo se expresa este Derecho Administrativo?: en este sentido debemos hablar de fuentes como la forma a través de las cuales se expresa el Derecho

Administrativo. Esta forma de expresarse del Derecho Administrativo, constituye todo el ordenamiento jurídico a que debe quedar sometido.

En este sentido, hay que distinguir:

1. *Fuentes positivas*: Aquellas que constituyen normas obligatorias por sí mismas.

a. La Constitución.
b. La Ley, puede ser común, orgánica constitucional o de quórum calificado.
c. Normas con valor de ley: D.F.L., D.L.
d. Reglamentos
e. Decretos.
f. Resoluciones.
g. Ordenanzas.
h. Instrucciones.

2. *Fuentes racionales:* aquellas que no tienen fuerza obligatoria, sin embargo sirven para la elaboración de las fuentes positivas, como es el caso de la doctrina, la jurisprudencia, pero en Chile, parte de la jurisprudencia tiene obligatoriedad en Derecho Administrativo, como es el caso de los dictámenes de la Contraloría General de la República. Estas fuentes son:

a. Jurisprudencia.
b. Costumbre.
c. Doctrina.
d. Principios Generales del Derecho.

5.2.- Fuentes positivas de derecho administrativo.

*1. La Constitución Política de la República***.** Es la norma suprema y fundamental, por esta razón se habla en doctrina de supremacía constitucional. Ello queda de manifiesto en su artículo 7º que dispone: "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale".

Es la propia Constitución la que establece mecanismos adecuados para velar por el cumplimiento de esta disposición, estableciendo órganos de control. Tal es el caso del Tribunal Constitucional y del control preventivo de constitucionalidad de las normas que le compete, y de la Corte Suprema y el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, como control posterior y a petición de parte de la constitucionalidad de las normas, establecido en su artículo 80.

¿En qué medida la Constitución es fuente de Derecho Administrativo?.

1º Desde el punto de vista de la organización. En este aspecto hay artículos fundamentales.

- Así su artículo 24 establece que "El Gobierno y la Administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado". De manera que todos los órganos de la Administración deben tener una relación con el Presidente de la República, pues si no la tuvieren no se trataría de un servicio público o éste sería inconstitucional. Esta relación, como se verá, puede ser jerárquica o de supervigilancia.
- Por otra parte, la Constitución regula además, todo lo relativo a las bases del sistema regional y comunal (Cap. XIII Gobierno y Administración Interior del Estado, arts. 99-111) y éstos son órganos de la Administración.
- Otro artículo que dice relación con la organización, es su artículo 62 Nº2 y Nº4. El art. 62 establece las leyes que son de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, y entre ellas, tenemos el Nº2 que se refiere a la creación de nuevos servicios públicos o empleos rentados, suprimirlos y determinar sus funciones; y el Nº4, se refiere a las remuneraciones de los funcionarios de la Administración, sea centralizada o descentralizada.

2º Desde el punto de vista de la fiscalización y el control, la Constitución consagra a la Contraloría General de la República, como organismo autónomo, de rango constitucional, a cargo del control de legalidad de los actos de la administración (artículos 87 a 89) y al Tribunal Constitucional, en los casos contemplados en los Nºs 5, 6 y 12 de su artículo 82.

3º En materia de garantías: su artículo 19 en sus diferentes numerandos se refiere a la ley.

4º Desde el punto de vista de la actividad de la Administración el Nº 8º de su artículo 32 dispone que "Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 8º ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal...", de manera que, en virtud de su potestad reglamentaria autónoma, puede dictar decretos y reglamentos para el ejercicio de

la función administrativa y estos son materia de Administración, incluso puede dictar reglamentos autónomos, que no tienen por techo la ley, sino la Constitución.

5º En materia de responsabilidad sus artículos 6 y 7 establecen las bases fundamentales, conjuntamente con el inciso 2º de su artículo 38.

2. *La ley*. Definida en el artículo 1º del Código Civil como una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la constitución manda, prohibe o permite. Se ha dicho que esta definición pone el acento en el aspecto formal de la ley, y de acuerdo a ella, sería ley todo aquello que formalmente ha sido elaborado en conformidad a la Constitución. Incluso, dentro de este enfoque meros actos administrativos tendrían el carácter de ley, como acontecía durante la vigencia de la Constitución de 1925 con las denominadas leyes de gracia, que por su naturaleza, más que leyes, eran actos administrativos, eran leyes con nombre y apellido. En la actualidad esta situación se presenta ante las leyes que autorizan la contratación de un empréstito público o la enajenación de un bien raíz fiscal o municipal.

Un concepto de ley, en sentido material es el dado por Planiol que afirma que "es una regla social obligatoria, establecida de manera permanente por la autoridad pública y sancionada por la fuerza".

✓ Características de la Ley.

De la citada definición se desprenden las características de la ley como fuente de derecho.

a) La generalidad: Es impersonal, abstracta. No regula casos o situaciones particulares, sino que prescribe de una sola vez para todas las ocasiones en que se suscite el mismo caso por ella regulado.
b) Es de carácter permanente: La ley material no se agota o se extingue con su cumplimiento, sino que sobrevive y ha de seguirse cumpliendo mientras no sea derogada.

Sin embargo, dentro de esta concepción, toda norma obligatoria que reúna estos caracteres de generalidad y permanencia será ley, cualquiera que sea el órgano o la autoridad de que emane, por ejemplo, un Auto Acordado de la Corte Suprema, lo que desde un punto de vista formal es inadmisible, pues según se vio precedentemente la ley debe emanar de aquel órgano instituido por la Constitución para legislar y no de cualquier autoridad pública.

✓ Dominio de la Ley.

Antes de la vigencia de la Constitución de 1980, la norma de clausura era la ley. La Constitución de 1925 daba a la ley un marco de acción ilimitado. Este concepto del accionar de la ley se encontraba en todas las Constituciones clásicas. La Constitución de '80 cambió esta concepción y su artículo 60 señala taxativamente el dominio de la ley al disponer "sólo son materias de ley:", de manera que todas las materias que no están expresamente mencionadas en esta disposición constitucional pueden ser abordadas por la potestad reglamentaria autónoma. Sin embargo, algunos Nºs. del art. 60 están concebidos en términos demasiados amplios, por lo que prácticamente todas las materias estarían comprendidas dentro del dominio legal. Ejemplo de ello lo constituyen los Nºs 18 y 20 de su artículo 60.

La ley es una fuente muy importante del Derecho Administrativo, ello porque todos los órganos administrativos son creados por ley.

✓ Efectos de la ley en cuanto el tiempo en derecho administrativo.

Según lo dispuesto por el artículo 9 del Código Civil la ley sólo rige situaciones futuras y no tendrá jamás efecto retroactivo. Sin embargo este mandato, de rango legal, no vincula al legislador, quien puede dar efecto retroactivo a una ley determinada. El problema, en la práctica se presenta frente a una situación nacida bajo el imperio de una ley, pero cuyos efectos se prolongan durante la vigencia de otra. En Derecho Privado la regla general, acogida en la casuística de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes, es que las situaciones que se encuentren dentro de esa hipótesis se rigen por la ley vigente a la época de su nacimiento, siempre que importen un derecho adquirido, rigiéndose por la nueva ley sólo cuando importan una mera expectativa. En Derecho Público, en cambio, las leyes que se dictan rigen "in actum" para situaciones nacidas bajo el imperio de leyes anteriores, mas esta regla no es absoluta.

Tradicionalmente se ha afirmado que en Derecho Administrativo no existen derechos adquiridos, pero ello no es así, pues frente a esta afirmación es necesario distinguir dos cosas. Primero, la vigencia de la ley en cuanto el tiempo en materia administrativa y segundo el hecho de que el legislador pueda dar carácter retroactivo a alguna ley en materia administrativa.

¿Qué pasa si una ley exige requisitos, títulos u otras condiciones para servir un determinado empleo público si a la fecha existen funcionarios desempeñándolo sin cumplir con ellos pues la ley vigente a la época de su asunción al cargo no los exigía?. Este funcionario público ¿deberá abandonar su cargo?

La Constitución establece diferentes tipos de leyes:

1. *Leyes interpretativas de la Constitución.* Consagradas en el artículo 63 de la Carta Fundamental. Requieren para su aprobación, modificación o derogación de las tres quintas partes (3/5) de los diputados y senadores en ejercicio. Están afectas al control previo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, de manera obligatoria, según lo dispuesto por el artículo 82 letra a) de la Constitución.

2. *Leyes orgánicas constitucionales.* También están consagradas en el artículo 63 de la Constitución. Requieren un quórum especial de las cuatro séptimas partes (4/7) de los diputados y senadores en ejercicio para su aprobación, modificación o derogación (quórum muy amplio que les imprime rigidez). Estas leyes requieren, además, de manera obligatoria del control previo de constitucionalidad de parte del Tribunal Constitucional, según lo dispuesto por el artículo 82 letra a) de la Constitución. Además, deben versar sólo sobre las materias que la Constitución les señala como propias. Si una ley común se introduce en el campo de la ley orgánica constitucional es una ley inconstitucional y, por tanto, susceptible de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Sin embargo, hay algunas materias que están tan estrechamente relacionadas con materias exclusivas de ley orgánica que, en la práctica, resulta muy difícil determinar si hay o no-invasión de campos. Según la Constitución Política de la República son materia de ley orgánica constitucional, entre otras, la organización básica de la Administración Pública (art. 38, inciso 1º); la regulación de los estados de excepción (art. 41 Nº 9); la organización de los Tribunales de Justicia (art. 74); la organización, funcionamiento y atribuciones de la Contraloría General de la República (arts. 87 y 88); etc.

3. *Leyes de quórum calificado:* son aquellas que para su establecimiento, modificación o derogación, requieren de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio. Las materias que deben regularse a través de ellas están establecidas en la propia Constitución. Pueden ser objeto de control previo de constitucionalidad de parte del Tribunal Constitucional a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros. Según la Constitución Política de la República son materias de ley de quórum calificado, entre otras, la determinación de conductas terroristas y su penalidad (art. 9, inciso 2º); la regulación de la actividad empresarial del Estado y de las situaciones de excepción a la aplicación de la ley común (art. 19 Nº 21); el establecimiento de limitaciones y requisitos para la adquisición algunos bienes (art. 19 Nº 23); etc.

4. Hay otras normas con valor de ley que han sido fuente muy copiosa de Derecho Administrativo y que la doctrina denomina, por lo general, LEGISLACIÓN IRREGULAR. Tal es el caso de los Decretos con Fuerza de Ley (D.F.L.), que

tienen reconocimiento constitucional y de los Decretos Leyes (D. L.). En el Derecho Comparado, se les llama decretos con valor de ley o decretos leyes.

a.- Decretos con fuerza de Ley. (DFL.)

✓ Origen de los DFL.

La Constitución de 1833 contemplaba la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, bajo la forma de otorgamiento de facultades extraordinarias, sin embargo, la reforma constitucional de 1874 suprimió esa posibilidad. El texto primitivo de la Constitución de 1925, no contemplaba figura similar, pero en la práctica existieron, y fueron aceptados por los Tribunales como si fueran verdaderas leyes, mas éstos eran inconstitucionales, pues su artículo 4º disponía que "ninguna magistratura, ninguna persona ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo".

Esta situación sólo se superó tras la reforma constitucional introducida por la Ley Nº 17.284, de 23 de enero de 1970. Ella agregó un numeral al artículo 44 de la Constitución de 1925, que permitió autorizar al Presidente de la República mediante una ley para dictar disposiciones con fuerza de ley sobre creación, supresión, organización y atribuciones de los Servicios del Estado y de las Municipalidades; sobre fijación de plantas, remuneraciones y demás derechos y obligaciones de los empleados u obreros de esos servicios; sobre regímenes previsionales del sector público; sobre materias determinadas de orden administrativo, económico y financiero; etc.

En la actualidad los D.F.L. tienen consagración constitucional, y de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61 de la Constitución, el Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año sobre materias que correspondan al dominio de la ley, de manera que es D.F.L. toda norma general y abstracta, que regule materias propias de la ley, emanada del Presidente de la República, en virtud de una delegación expresa del Congreso Nacional.

Sin embargo, por expreso mandato constitucional, existen materias que no pueden ser objeto de delegación, dichas son: nacionalidad, ciudadanía, plebiscitos, garantías constitucionales o materias propias de ley orgánica constitucional o de quórum calificado. La citada autorización no podrá comprender facultades que afecten a la organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial, del Congreso Nacional, del Tribunal Constitucional y de la Contraloría General de la República.

Además la ley delegatoria señalará expresamente las materias sobre las cuales recaerá la delegación y podrá, en todo caso, establecer las limitaciones, restricciones y formalidades que estime convenientes.

Corresponde a la Contraloría General de la República tomar razón de los D.F.L., debiendo rechazarlos cuando excedan o contravengan lo dispuesto por la autorización dada por el Congreso Nacional. De manera que la Contraloría los representará toda vez que sean contrarios a la Constitución o excedan o contravengan la ley delegatoria. El Presidente de la República no tendrá facultad de insistir, y en caso de no conformarse con la representación deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que éste resuelva la controversia (artículo 88).

De acuerdo a lo dispuesto por el inciso 7º del artículo 82 de la Constitución, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser promovida también por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, en caso de que la Contraloría hubiere tomado razón de un decreto con fuerza de ley que se impugne de inconstitucional. Este requerimiento deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días, contados desde la publicación del D.F.L. respectivo.

Además el inciso 2º del artículo 83 de la Constitución señala que las disposiciones que el Tribunal Constitucional declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el decreto con fuerza de ley de que se trate.

Por último, el mismo artículo en su inciso final agrega que resuelto por el Tribunal Constitucional que un precepto legal determinada es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio de que fue materia la sentencia.

Los D.F.L. están sujetos en lo relativo a su publicación, vigencia y efectos a las normas que rigen a la ley misma. En lo relativo a su interpretación, ésta debe efectuarse en conformidad a las reglas y principios que rigen la interpretación de la ley, con la salvedad de que no puede invocarse la historia fidedigna de su establecimiento, ya que carecen de mayores antecedentes, pues no han sido sometidos a la tramitación dada a una ley. Sin perjuicio de ello, deben interpretarse siempre en conformidad a su ley delegatoria.

Los D.F.L. sólo pueden ser modificados o derogados en virtud de una ley, pues tienen este valor, por lo tanto, el Poder Ejecutivo no puede privarlos de eficacia o alterarlos a través de decretos supremos.

Cabe hacer presente que como se dijo al iniciar este acápite, los D.F.L. constituyen una fuente importante y copiosa del Derecho Administrativo, pues han

sido antecedentes de la mayoría de las leyes que rigen la función pública. Ejemplo de ello es la ley Nº 18.834, Estatuto Administrativo, que regula lo que anteriormente contemplaba el D.F.L. 338 de 1960, norma que tuvo una amplia aplicación en el tiempo y que fue objeto de abundante jurisprudencia administrativa.

✓ Decretos Leyes (D.L.).

Los Decretos Leyes formalmente revisten la forma de Decretos Supremos, pero materialmente constituyen verdaderas leyes, pero a diferencia de los D.F.L. son propios de un gobierno de facto. De manera que tienen fuerza obligatoria mientras el gobierno que los dicta se mantiene en el poder. Son por naturaleza inconstitucionales, pero por razones prácticas suelen ser reconocidos como normas vinculantes una vez recuperada la normalidad política. En Chile han existido D.L. en tres periodos a saber: de septiembre de 1924 a diciembre de 1925; en 1932 y desde septiembre de 1973 a marzo de 1981. Son fuente de Derecho Administrativo. Ejemplo de ello son el D.L. Nº 1263, de 1975, sobre Administración Financiera del Estado y el D.L. Nº 2186, de 1978, sobre Procedimientos Expropiatorios.

Al respecto la Corte Suprema ha fallado que "los Decretos Leyes de un gobierno de hecho, atacados por haber sido dictados sin sujeción a los preceptos constitucionales, han sido reconocidos con fuerza obligatoria en todos los países en que se han impuesto tales gobiernos; y en el nuestro, el propio Poder Legislativo así lo ha declarado implícitamente al dictar leyes derogatorias de algunos decretos leyes, dejando en vigor los demás; al negarse a prestar su aprobación a proyectos de ley derogatoria de otros y al reformular decretos leyes por medio de otras leyes".[2]

5. Reglamentos.

✓ *Concepto:* Los reglamentos son normas de carácter general, permanente y obligatorio, dictados por una autoridad administrativa en conformidad a la ley.

✓ *Características.*

a. Son generales pues se aplican o afectan a todas las personas que se encuentren en la situación regulada por ellos, esto es, están dirigidos a personas indeterminadas. No regulan casos concretos; sin embargo, puede suceder que, en el hecho, la norma no resulte aplicable más que a una persona, pero su sentido, en definitiva, es general.

[2] Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXI, sección primera, páginas 85, 123 y 398.

b. Son obligatorios, es decir son vinculantes, tienen fuerza imperativa. Su infracción provoca sanciones determinadas por ellos mismos.
c. Son permanentes en el tiempo, esto es rigen desde su publicación, o la fecha que ellos mismos establezcan y hasta su derogación.
d. Emanan de la autoridad administrativa competente. Esto los diferencia de la ley. Pueden dictar reglamentos, entre otros, el Presidente de la República (en virtud de su Potestad Reglamentaria autónoma); los Gobiernos Regionales; las Municipalidades; los Servicios Públicos dependientes del Presidente de la República; los Servicios Públicos autónomos, etc.
e. En virtud del principio de juridicidad deben enmarcarse dentro de los márgenes establecidos por la Constitución y las leyes. Se profundizará sobre el particular al tratar la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

✓ Naturaleza jurídica de los reglamentos.

En derecho comparado se distingue entre reglamentos de derecho y reglamentos de mera administración, ello porque los primeros establecen disposiciones que afectan a los particulares, concediéndoles derechos o imponiéndoles obligaciones y, por esta razón, tienen valor de ley; su dictación se realiza sólo si existe delegación expresa del Poder Legislativo para ello. Los segundos, en cambio, contienen disposiciones que afectan sólo a la Administración, pues dicen relación con su funcionamiento, sus procedimientos, etc., éstos son actos administrativos.

En Chile, los reglamentos en general y en especial los emanados del Presidente de la República, son actos administrativos, porque emanan de la Administración y el principal órgano de ésta es el Presidente de la República. De manera que es inadmisible sostener que sean ley, aunque por su contenido general, se parezcan a ella.

✓ Reglamentos del Presidente de la República.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 32 Nº 8 de la Constitución es una de las atribuciones especiales del Presidente de la República el ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos o instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes.

A la luz de dicha disposición se desprende que la potestad reglamentaria del Presidente de la República “es la facultad de éste para dictar normas generales: los reglamentos”. A su vez, la potestad reglamentaria es de dos clases: autónoma y de ejecución.

Al enunciar las características de los reglamentos, se dijo que éstos debían enmarcarse a las disposiciones de la Constitución y las leyes, mas esta afirmación requiere de un estudio más acabado.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1925 se contemplaba expresamente sólo la facultad del Presidente de la República para dictar reglamentos para la ejecución de las leyes, de manera que todo reglamento suponía la existencia de una ley que ejecutar o poner en práctica y sólo estaba consagrada la potestad reglamentaria de ejecución. Pero a la luz de esa normativa ¿podía una autoridad administrativa dotada de potestad reglamentaria, y en especial el Presidente de la República, dictar, en materias de su competencia, normas reglamentarias aunque no hubiera una ley que ejecutar?.

La doctrina y la práctica política influida por ésta entendió que el Presidente de la República, podía hacerlo, siempre que con ello no vulnerara la Constitución ni la ley, pues su deber era gobernar el Estado.

La Constitución de 1980 zanjó esta discusión y consagró ambas potestades reglamentarias conjuntamente en el artículo 32 Nº 8, citado, cuyo texto es similar al de la Constitución de Francia de 1958. De manera que, la potestad reglamentaria autónoma es una potestad residual, todo lo que no queda comprendido en la ley, de acuerdo al artículo 60 de la Constitución, es materia de un reglamento autónomo del Presidente de la República y tiene como límite la normativa constitucional, pues no hay ley que la regule. Mas esto es muy teórico, porque el artículo 60, si bien es de enumeración taxativa es de amplia redacción, por lo que es difícil encontrar una materia que no sea del dominio de la ley.

Según el autor chileno, Hugo Caldera, habría una potestad reglamentaria intermedia, que emanaría de todos aquellos Nºs. del artículo 60 de la Constitución que se refieran a bases que debe establecer el legislador sobre determinadas materias, por ejemplo del artículo 60 Nº18, pero esto no es potestad reglamentaria intermedia, sino potestad reglamentaria de ejecución.

✓ Requisitos formales de los reglamentos emanados del presidente de la república.

El reglamento es en Chile, desde el punto de vista formal, una especie de decreto supremo. Ello porque para ser dictado, necesita revestir la forma de éste. De manera que cuando el decreto supremo contiene normas de general aplicación, se llama reglamento o decreto reglamentario. Por tanto, deben ser escritos, firmados por el Presidente de la República o “por orden de éste” y por el Ministro respectivo, siendo este último requisito esencial pues sin él carece de fuerza obligatoria.

1. Decretos y Resoluciones.

En Chile, como se señaló precedentemente, todos los actos administrativos decisorios, toman la forma de decretos. Se denominan *decretos supremos*: cuando emanan del Presidente de la República; o *resoluciones*: cuando emanan de un jefe de servicio. Por lo tanto, cuando se habla de decreto supremo, se puede estar hablando de un decreto supremo reglamentario, si contiene normas de general aplicación, o de un simple decreto supremo si contiene normas particulares.

La tramitación de los decretos supremos y simples decretos está regulada en la Ley Orgánica de Ministerios, D.F.L. Nº 7.912, de 30 de noviembre de 1927, y la ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, ley Nº 10.336, de 29 de mayo de 1964, que establecen trámites comunes a todo decreto:

1. Anotación y numeración. Corresponde efectuarla al Ministerio respectivo, consiste en la consignación en el texto del decreto de su número, fecha e indicación del Ministerio del cual emana. Es importante para su individualización.
2. Toma de razón. Este trámite se verá con detención al tratar la Contraloría General de la República.
3. Publicación o notificación. La ley nada dice al respecto, mas la doctrina y la costumbre administrativa señalan que deben publicarse:

a) Aquellos cuya publicación sea ordenada por la ley.
b) Aquellos que sean de carácter general, esto es, que afecten a todas las personas.
c) Aquellos que contengan disposiciones que afecten a los particulares.

Deben notificarse:

a) Aquellos que la ley ordene notificar.
b) Aquellos de carácter particular.

La Contraloría General de la República dictaminó al respecto recogiendo estos principios.

✓ Trámites especiales:

1. *Refrendación:* Trámite al cual están sujetos los decretos que ordenen un gasto imputable a un ítem variable del presupuesto o a leyes especiales. Consiste en determinar si la imputación está bien hecha y si hay fondos suficientes para ello, si no los hay debe ser representado.
2. *Visación*: Trámite posterior a la refrendación, aplicable a los mismos casos, a través del cual el Ministerio de Hacienda confronta materialmente el gasto con las posibilidades de caja, según los antecedentes proporcionados por la Tesorería General de la República.
3. *Comunicación:* Trámite al cual están sujetos los decretos que importen compromisos económicos para el Estado. Consisten en la transcripción del decreto a la Tesorería General de la República y de ésta a la respectiva Tesorería.

Por otra parte las Resoluciones son órdenes escritas emanadas de una autoridad administrativa unipersonal, su tramitación es similar a la de los decretos.

7. Ordenanzas e Instrucciones.

Durante un tiempo en Chile el concepto de *ordenanza* fue ambiguo. Históricamente, se llamaban así determinados textos legales de cierta importancia, por ejemplo la Ordenanza General del Ejército, o de Aduana que, aunque eran normas de naturaleza jurídica clasificable en otro grupo, por ejemplo D.F.L. o D.L., se les llamaba ordenanza. Esa noción inducía a error, razón por la que ha sido abandonada. Sin embargo, la Ley Orgánica de Municipalidades Nº18.965, mantuvo tal denominación. Las Municipalidades pueden emitir normas generales de interés para toda la comuna, llamadas *Ordenanzas Municipales,* y también pueden emitir normas generales referidas a su funcionamiento interno, estos son los *Reglamentos Municipales*. Por tanto, la diferencia es su ámbito de aplicación y los efectos que tiene frente a terceros. Son normas importantes en la expresión del Derecho Administrativo Chileno, por la relevancia de las Municipalidades.

Las *Instrucciones*, en cambio, son órdenes escritas, dirigidas al personal de un órgano de la Administración, emanadas de una autoridad que tiene jerarquía dentro del órgano, para el mejor cumplimiento de la función administrativa y, por lo tanto, para el mejor cumplimiento de leyes y actos administrativos. No van dirigidas ni producen efectos respecto de terceros, por lo tanto, directamente no pueden lesionar un derecho a terceros, pero el incumplimiento de instrucciones puede originar responsabilidad, por lo tanto, la instrucción no es una norma ajena al derecho y también es fuente de Derecho Administrativo.

Las instrucciones emanan en primer lugar del Presidente de la República, también los Ministros pueden emitirlas, y los Jefes de Servicios.

5.3.- Fuentes racionales del derecho administrativo (que no tienen fuerza obligatoria, pero contribuyen a su formación)

- La jurisprudencia.
- La costumbre.
- La doctrina científica.

Hay una integración entre las tres, pues la jurisprudencia suele basarse en la costumbre y sobre todo en la doctrina científica, y ésta se alimenta de la jurisprudencia.

Los principios generales del derecho también influyen, pero éstos son aplicados y desarrollados por la doctrina e incorporados por la jurisprudencia.

a. La jurisprudencia.

Puede ser tomada en dos sentidos:

- Ciencia del Derecho: no la examinamos en este sentido.

- Principios que emanan de la uniformidad de los fallos de los tribunales o de las decisiones administrativas en determinadas materias. Ello acontece cuando se pronuncian fallos o decisiones administrativas reiteradas en orden a determinadas materias, de manera que de su interpretación es posible deducir un principio de aplicación general a las situaciones que revistan iguales características que, constituye en sí mismo, una fuente del Derecho Administrativo, ya que también lo aplican órganos llamados por la ley a interpretar.

En Chile hay que distinguir:

✓ *Jurisprudencia de Tribunales*: está adquiriendo cada vez mayor importancia como fuente de derecho. Durante bastante tiempo fue precaria debido a la cuestión provocada por la discusión acerca de la competencia o incompetencia de los jueces frente a materias contencioso-administrativas. En la actualidad los Tribunales aplican constantemente el Derecho Administrativo, especialmente a través del Recurso de Protección. Hay jurisprudencia de tribunales, por ejemplo en materia de expropiaciones, de derechos funcionarios, de responsabilidad, etc.

La norma contenida en el artículo 38 inciso 2º de la Constitución es básica para el desarrollo de la jurisprudencia judicial en materia administrativa. De él emana el fundamento para pedirle a un tribunal que se pronuncie sobre la legalidad de un acto administrativo y, en consecuencia, pedirle reparación por daños.

✓ *Jurisprudencia Administrativa*: hay órganos encargados por la ley de interpretar las leyes y los actos que emiten, en forma de dictámenes, de informes. Éstos van formando jurisprudencia que se incorpora a las fuentes del derecho.

Por ejemplo:

El Consejo de Defensa del Estado en Chile, que tiene una importante labor de asesoría en la Administración, va emitiendo dictámenes que han constituido una valiosa jurisprudencia.

La Superintendencia de Seguridad Social también. Ella es el organismo de la Administración que, según su ley orgánica, esta encargada de interpretar y dictaminar en materia previsional y de fiscalizar ampliamente a los organismos previsionales.

El Servicio de Impuestos Internos tiene atribuciones exclusivas sobre la interpretación de leyes tributarias y de él emana valiosa jurisprudencia.

Pero es sin duda la Contraloría General de la República el organismo más importante, pues su jurisprudencia tiene una característica muy especial: tiene fuerza obligatoria, por lo tanto, su jurisprudencia es fuente positiva de Derecho Administrativo, pues, según la Ley Nº10.336 es obligatoria para toda la Administración, de manera que sus dictámenes son vinculantes, ningún órgano de la Administración, ni siquiera el Presidente de la República, puede discutir acerca de ellos debe limitarse a aplicarlos. Se profundizará sobre el particular al tratar la Contraloría General de la República.

b. La costumbre.

Es la repetición constante y uniforme de una determinada conducta con la convicción de que al hacerlo se satisface un imperativo jurídico.

En Derecho Administrativo la costumbre tiene valor jurídico cuando es según ley, complementándola y en vacío de ésta. Las costumbres administrativas constituyen precedentes que llevan al legislador a regular determinadas materias o suplen los vacíos de ley. Ejemplo de ello fue la costumbre de publicar los decretos de efectos generales y el hecho de que la cuenta anual del Presidente de la República sea en persona ante el Congreso Pleno y el día 21 de mayo.

c. La Doctrina.

La formación de toda rama del derecho se ve influida por la opinión de catedráticos y estudiosos de la misma. La doctrina influye, como se dijo

anteriormente, en el proceso formativo de la ley y de la jurisprudencia administrativa.

6.- Noción de Servicio Público y aspectos de la teoría general del Servicio Público.

El servicio público es la institución estatal que cumple las funciones del Estado de lograr el bien común.

En sí debe ser una institución Ética, es decir no se concibe un servicio público que se haya organizado para el mal, aunque haga cosas que en sí puedan ser cuestionadas (como matar, detener, privar de libertad, etc.)

Si aceptamos el concepto de servicio público como ejecutor del fin del Estado y definimos a éste como el bien común, el sentido ético del servicio público es el bien común, lo que implica que lo social debe primar sobre lo individual y que lo individual debe ser respetado.

Cuando nos referimos al servicio público, es preciso señalar, la importancia que tiene la probidad, en su actuación como tal.

La probidad es "la integridad y la honradez en el actuar", según la definición de la palabra. Su antónimo es corrupción, que en un sentido figurado significa "vicio o abuso introducido en las cosas no materiales" o "echar a perder algo".

La probidad, en un sentido general, es una virtud que "debería" ser practicada por todos los hombres. Evidentemente que si ese fuere el actuar general, la corrupción no existiría.

En términos más generales, probidad significa el bien y corrupción significa el mal. El bien y el mal son el objeto de estudio de la Ética, la que intenta encontrar principios generales que permitan distinguirlos y explicar por qué existen.

La moral, en cambio, es la práctica cotidiana de la acción humana, cuyos actos morales (buenos o malos) son el objeto de estudio de la Ética.

En cualquier sociedad existirá la opción de actuar bien o mal. Ese es la dicotomía que se resuelve con la libertad. El hombre tiene que decidir la opción que su moral le señale. Es el libre albedrío de la religión cristiana o la libertad de la voluntad desde el punto de vista más filosófico.

La probidad está definida por la moral de cada época, pero ello no significa que sea relativa en términos individuales. Es relativa en términos históricos, pero siempre debería tener la connotación de actuar con honradez e integridad.

Puede ocurrir que la moral social sea opuesta a la individual y eso sólo se puede resolver mediante la aceptación del imperativo categórico, haciendo lo que la voluntad define como bueno, cualquiera sean las consecuencias de ese actuar.

Un ataque constante a la probidad es el relativismo, es decir que las cosas tienen la medida del hombre, entonces es esta medida la que define a las demás. El hombre definirá, según sus necesidades la probidad.

Sin embargo, aceptar la proposición anterior es salirse de la historia y de la realidad. En cada época la sociedad define la probidad que es parte sustancial de su cultura y atentar a esa probidad es estar fuera de la cultura de su tiempo. Cuando dos épocas se sobreponen o dos culturas se mezclan pueden existir, dos percepciones de la probidad. O puede existir una cultura que nace y otra que muere al producirse un cambio de paradigmas.

La solución de definir la probidad en estas circunstancias puede ser lo más difícil y costoso (véase los casos de Cristo, de Lord Thomas More, de Sócrates, etc).

La solución práctica es recurrir a lo que la ley define como probidad.

Pero esto nos lleva al problema de la legalidad y la legitimidad. Un acto puede ser definido por la ley como probo y puede estar en contra de los principios éticos fundamentales. De tal manera que la ley puede ser ilegítima.

Estos son algunos de los problemas fundamentales de la ETICA y que hace 2500 años que está tratando de responder (Desde que los filósofos clásicos griegos discutieron el tema). No pretendamos responderle aquí. Pero un avance será apreciar la profundidad y complejidad del tema.

6.1. Teoría General del Servicio Público.

La teoría del órgano ha sido, aparentemente, objeto de aplicación y reflexión judicial en algunos asuntos más o menos delicados de responsabilidad pública. No forma parte de los útiles cotidianos del juez de la administración, pero su uso, esporádico, es persistente. Desde hace casi treinta años se cree en el medio chileno que la teoría puede ser de alguna utilidad en el contencioso de la responsabilidad pública.

El Estado ha recogido la teoría del órgano, a propósito de la responsabilidad.

La ley parece atribuir la calidad de órgano a la autoridad de la cual emana cierto acto administrativo, pero en seguida confiere la misma calidad a instituciones administrativas enteras, de un tamaño bastante variable, sin importar tampoco que gocen o no de personalidad jurídica . Así, las Fuerzas Armadas, carentes de personalidad propia, están en el mismo pie que las "empresas públicas", que sí son personificadas.

Los funcionarios, en cambio, excepto aquellos a quienes la ley atribuye directamente el carácter de "órganos" (como los Ministros de Estado, art. 22), "sólo podrán ser destinados a funciones propias del empleo para el cual han sido designados, dentro del órgano o servicio público correspondiente" (art. 46, inc. 3). La expresión "órgano" carece pues de toda precisión técnica, confundiéndose a menudo con aquella de "organismo" (igualmente sin definir).

Parece bastante evidente que la expresión órgano no fue utilizada en un sentido demasiado técnico en la Ley de Bases. En cualquier caso, no fue empleada en un sentido unívoco, lo que suscita de entrada dudas en torno a la recepción de la teoría del órgano por esta ley. Pero no vale la pena detenerse en una constatación tan superficial como ésa. La técnica legislativa puede parecer cuestionable, pero no agota el análisis del problema.

La teoría del órgano sirve al poder. Tiene por objeto atribuir a un ente público los actos de sus agentes: tal acto ejecutado por un ciudadano X puede ser imputado o atribuido al Estado sólo en la medida que ese ciudadano pueda ser considerado un órgano del Estado. Despojando la teoría de todo su ropaje pseudobiológico, esa es la conclusión a que condujo el análisis ya clásico de Kelsen, para quien el problema del Estado era ante todo "un problema de imputación", es decir, de definición de las condiciones según las cuales ciertas acciones humanas deben ser consideradas como acciones del Estado. En esta perspectiva, "se llama órganos del Estado a aquellos individuos cuyas acciones son precisamente consideradas como actos del Estado".

La teoría del órgano es, en definitiva, una teoría de imputación; ella determina bajo qué circunstancias el acto de un agente público puede ser imputado al ente público de que se trate. En el terreno de la responsabilidad, esa utilidad inmediata de la teoría debería traducirse en el establecimiento de una responsabilidad directa del ente público.

7.- Breve evolución de la Administración Pública Chilena:

La formación del Estado de derecho moderno no ha sido cuestión fácil. La lucha por la separación e independencia de los poderes del Estado a fin de preservar los derechos de los ciudadanos ha sido una empresa costosa.

Recién a mitad del siglo XX se consolidó en las mayoría de las democracias europeas y tímidamente en algunas latinoamericanas una organización del poder estatal que ha permitido garantizar los derechos ciudadanos.

Gran labor en este sentido han venido desarrollando los tribunales de justicia de esas democracias. Dichos tribunales, a fin de proteger los bienes más preciados de los ciudadanos, han terminado no solo por garantizar la paz social de los ciudadanos entre sí organizando una elaborada justicia de carácter civil y penal, sino también que ha sometido a su control a los poderes del Estado, comenzando por la Administración y luego por el Poder Legislativo. Se consolida así junto a una justicia civil y penal una justicia administrativa y otra de carácter constitucional.

En el caso de Chile esta evolución ha sido compleja. No ha sido el legislador el que se ha resistido mayormente a ser controlado por los tribunales de justicia, sino la Administración del Estado. Esta, arropada por el legislador y por la Corte Suprema y por el Tribunal Constitucional, ha evitado hasta hoy, con relativo éxito en muchos casos, ser controlada por la jurisdicción.

La situación de la Administración Pública chilena hay que entenderla dentro de las coordenadas históricas y culturas desde donde se inspira. En efecto, la separación entre Administración y jurisdicción en todos los Estados de raíz romano-germánica ha sido siempre esquiva. La unidad intrínseca entre ambos poderes hunde sus raíces más profundas en los albores del Estado absoluto. Sin embargo, las democracias europeas se han desembarazado de ese poder absoluto logrando construir un sistema jurisdiccional capaz de controlar con bastante intensidad al poder administrativo. Han podido de este modo separar claramente la Administración de la jurisdicción.

En Chile, por el contrario, la Administración, en muchos casos, es ella misma la que juzga su actuar (v. gr. el contencioso de carácter tributario).

Comenzamos ya el siglo XXI y todavía no podemos deshacernos de estas rémoras propias del absolutismo real y de la impronta imperial de Napoleón. ¿Por qué ha costado tanto en Chile someter a la Administración del Estado al poder jurisdiccional? En este trabajo sostendré como hipótesis que dicha dificultad se

debe a que nuestra doctrina y jurisprudencia dominantes utilizan un concepto de jurisdicción premoderno, propio de los Estados europeos anteriores a la Revolución Francesa.

✓ *Etapa Pre-moderna:*

La dificultad para separar entre Administración y Jurisdicción de la que somos testigos hasta el día de hoy en nuestro país (v. gr. la actividad contenciosa desarrollada ante el director regional del Servicio de Impuestos Internos conociendo de los reclamos de los contribuyentes), tiene en la historia europea medieval y moderna de la que somos herederos su explicación más clara.

El que hoy en día nos cueste todavía separar entre estos dos ámbitos del poder estatal tiene dos explicaciones históricas ancladas en el Antiguo Régimen. En primer lugar, se explica porque la primera forma de gestionar el Estado fue realizada bajo la forma jurisdiccional. El Estado absoluto era administrado por jueces o magistrados. Se explica en segundo lugar porque con el tiempo la satisfacción de ciertos intereses colectivos por parte de las autoridades que tenían a su cargo su gestión se realizaba de una manera contenciosa.

Tenemos así por una parte unos magistrados que son los que con sus decisiones administran el Estado y, de otra, unos administradores que sus decisiones las adoptan bajo la naturaleza de un contencioso entre partes. No es de extrañar entonces que se confunda habitualmente a estas dos potestades. Pasaremos a continuación a revisar estos dos aspectos.

a. Jueces Administradores

En el Antiguo Régimen el poder real incluía todo tipo de potestades, comenzando por las políticas, militares, y, obviamente las judiciales, entre otras. Toda esa Para alguien que mira el derecho desde la coordenadas del Estado de Derecho contemporáneo, poco o nada puede haber en común entre esta idea de jurisdicción que estamos describiendo y la que manejamos hoy en día, donde esta aparece como la potestad estatal autorizada para decir irrevocablemente el derecho en un caso concreto y con efectos particulares.

Decir el derecho es una competencia muy diferente de su creación; son dos momentos temporales y lógicos completamente diferenciados.

El legislador, así como la administración, crean el derecho con un carácter general. La jurisdicción, en un Estado de derecho, aplica ese derecho general preestablecido por el legislador o la Administración a casos particulares y con efectos irrevocables.

Sin embargo, estas coordenadas no son las mismas utilizadas en el medioevo y sobre las cuales se construye el concepto de derecho. Es que al poder político premoderno el derecho le viene dado. El poder político no tiene la capacidad para crear el derecho. El orden jurídico para el mundo medieval se asume como existente; el titular del poder es garante del orden jurídico pero no su creador. Ni el rey, ni el señor, ni el magistrado crean el derecho. Solo garantizan el orden jurídico existente.

El juez del viejo mundo era mucho más cercano a un gestor político que lo que puede ser aceptado hoy en día. La función judicial era entendida como un proceso continuo de búsqueda del derecho objetivamente justo y bueno, por lo que el juez era siempre en cierta medida legislador *ex consequentia eius iurisdictionis*

La verdad es que con este conjunto de magistrados el Estado podía cumplir más o menos satisfactoriamente sus cometidos. Con las decisiones particulares de los jueces se aseguraba el gobierno estatal. Sin embargo, la práctica de esta forma de Administración fue poniendo cada vez más en evidencia que un aparato estatal de este tipo colapsaba desde el momento en que intentaba absorber nuevas competencias reclamadas. Así, junto a unos jueces que se los puede denominar como ordinarios fueron estableciéndose otros denominados extraordinarios con competencias específicas en nuevos sectores que irían naciendo con el tiempo.

Los jueces ordinarios terminarían por hacer justicia en el sentido de resolver controversias entre partes y con efectos particulares para ese caso. Los jueces extraordinarios se dedicarían a resolver cuestiones de interés más general como aquellas relativas al Fisco, la sanidad pública, bienes demaniales, comercio, entre otras. Para cada uno de estos sectores se crearon jueces-administradores *ad hoc*.

b. Administradores jueces

Analicemos ahora el otro factor que explica con bastante consistencia la unión casi inseparable entre Administración y jurisdicción. Este consiste en que el método propio de los jueces, el contradictorio entre partes[11], comenzó a ser utilizado por los jueces administradores para cuestiones que poco o nada tienen que ver con el concepto de Jurisdicción que manejamos nosotros actualmente.

El método judicial comenzó a ser utilizado para actividades que a nosotros, actualmente, no nos parecen propias de la jurisdicción. Cuando el Estado quería realizar una obra pública, como por ejemplo encauzar un río, se procedía a determinar la justa cuota de gastos a cargar a cada familia o grupo que hubiere de obtener ventaja. Para ello, el juez administrador le confería a cada gravado la posibilidad de defender su punto de vista, para que pudiera impugnar el que otra familia o grupo de vecinos resultara indebidamente favorecido con la distribución de las cuotas.

Para comprender mejor esta situación se debe poner atención en que en esta época se entendía por actividad administrativa la distribución de ciertos sacrificios y ventajas entre los coasociados, por lo que administrar siempre significaba resolver un cierto conflicto horizontal de intereses. Y es precisamente por esta razón que todas las instituciones en algún sentido estatales se presentaban como otorgadoras de justicia antes que como titulares de poder

Esto curioso modo de actuar a nuestros ojos se puede explicar adicionalmente de la siguiente manera. En primer lugar, se explica por la estructura social del Antiguo Régimen. Esa estructura social se caracterizaba por el pluralismo, entendiendo por tal como la coexistencia de clases, estamentos o grupos. En dicha sociedad pluralista el poder político no era visto como un productor de utilidad social sino que principalmente como un poder arbitrador. En este sentido, es lógico que dicho poder que pretendía satisfacer intereses colectivos desarrollara una actividad contenciosa El poder estatal era fundamentalmente un arbitrador de los intereses de los distintos grupos en pugna o contraposición.

Con el tiempo tanto los jueces ordinarios como el método procesal del contencioso se fueron revelando insuficientes para atender las distintas

necesidades del Estado. Las necesidades fiscales y militares del aparato estatal mostraron que la técnica judicial era insuficiente. Se mostró demasiado lenta y maquinosa frente a las imperiosas exigencias del Estado recaudador[15]. Muchas veces para atender eficientemente a estas nuevas exigencias se excusaba la figura del juicio, aunque se causara un perjuicio a las partes. El interés colectivo estaba, parece ser, sobre los derechos e intereses del individuo y por tanto la supresión de la forma judicial comenzó a ser considerada como necesaria para la gestión administrativa.

La administración y la jurisdicción en el estado de derecho moderno

Las razones históricas de por qué aún no podemos en Chile separar claramente entre Administración y jurisdicción, y de por qué el poder administrativo continúa sin estar completamente sometido al control jurisdiccional, también hay que situarlas en Europa durante los primeros decenios del siglo XIX.

Posterior a la Revolución Francesa se produce una más clara distinción entre Administración y jurisdicción. Asimismo, en este período, si bien hubo algunos intentos de someter a la Administración a la actividad de clausura del poder jurisdiccional, en definitiva terminó por emerger una tendencia contraria. Es que un juez con el poder de controlar los actos del Ejecutivo se convertiría en un poder soberano, incompatible con una idea aséptica del Poder Judicial, invisible y nulo según la concepción de Montesquieu y, además, contrario al principio de separación de poderes.

Dentro de esta evolución descrita precedentemente hay que destacar que la doctrina jurídica europea continental del siglo XIX batalló durante mucho tiempo contra el control de la Administración por parte de los tribunales de justicia. Esa doctrina reclamaba porque el control lo ejerciera la propia Administración o al menos unos funcionarios al interior de la Administración bajo la forma judicial.

Veamos dos razonamientos típicamente decimonónicos en la materia. Uno de ellos, en Europa, es del iuspublicista Juan Gaspar Bluntschli, y otro de José Victorino Lastarria en Chile, inspirado en esa misma doctrina europea.

Señalaba Bluntschli que los derechos de la soberanía del Estado no podían estar de ningún modo sujetos a la jurisdicción de los jueces. El gobierno, en el ejercicio de sus funciones, no debería ser estorbado por el Poder Judicial. La única excepción a este principio estaba dada por la situación en que el Estado actúa como parte civil, es decir, cuando actúa como Fisco. En esta situación los jueces civiles son absolutamente competentes para conocer de esa controversia.

Sin embargo, no toda relación patrimonial del Estado debía ser considerada como una cuestión en que está interesada como Fisco y como tal, perteneciente a la competencia de los jueces civiles. Bluntschli cita el caso de los impuestos. Señala que el Estado exige los impuestos no como acreedor privado, sino porque ejerce su soberanía política sobre los particulares. El Estado, en una controversia tributaria, no figura como un igual frente al contribuyente, sino como un poder supremo al que están sujetos los individuos y con el cual no pueden entrar en litigio como lo hace una parte con otra. Los impuestos son cuestiones *de derecho público, debiendo, por lo tanto, decidirse por la administración o quizás mejor por los tribunales administrativos*

Por la argumentación que da Bluntschli, sospecho que esos tribunales administrativos no son tribunales de justicia, sino a lo más órganos cuasi judiciales, es decir, órganos administrativos que funcionan más o menos bajo la forma judicial.

A su vez, Lastarria en Chile justificaba la existencia del Consejo de Estado para conocer del contencioso administrativo en vez de los jueces civiles, atendido a que el contencioso administrativo procede del ejercicio del poder soberano. No es el resultado de un acto en que el Estado obra como particular respecto de otro, caso en el cual el asunto queda regulado por el derecho civil y, por tanto, dentro de la competencia de tribunales civiles.

En un contencioso de tipo administrativo -señalaba el autor chileno- los agentes del Ejecutivo no podrían aparecer como litigantes ante los tribunales de justicia para sostener la validez de los actos de que ellos son responsables, porque obrando así se podría ver embarazada la marcha de la Administración por reclamaciones y demandas judiciales.

Ahora bien, ¿qué se debe hacer cuando hay una discordia en el ámbito de la Administración del Estado? Desde luego -dice Lastarria-, no deben intervenir ahí los tribunales civiles. Esa discordia debía ser resuelta por un órgano administrativo. Y ese órgano administrativo debía ser, en el derecho chileno, el Consejo de Estado. Sin embargo, a su juicio, este órgano que estaba regulado por la Constitución de 1833 ejercía en el ámbito del contencioso administrativo una clara competencia jurisdiccional. Veremos más adelante que este criterio es todavía compartido mayoritariamente en nuestro sistema jurídico para algunos órganos de tipo administrativos.

Sometimiento de la administración al poder jurisdiccional en el derecho chileno

1. Intentos de sometimiento de la administración a la jurisdicción en la historia constitucional chilena. de la constitución de 1828 a la de 1925

En el derecho chileno mucho se ha discutido sobre los orígenes del contencioso administrativo nacional. Ha existido una *summa divisio* entre los que sostienen que nuestro modelo se inspiró en el sistema inglés y los que afirman que en el modelo francés

El llamado al modelo inglés parece ser que se lo hace pensando en el sistema acogido en la Constitución de 1828, donde era competencia de la Corte Suprema *conocer y juzgar de los juicios contenciosos que resultan de los contratos celebrados por el gobierno o por los agentes de este* (art. 96 nº 3). La similitud con el sistema inglés estaría dada en que se le atribuye a un tribunal ordinario de justicia el conocimiento de un específico contencioso entre el gobierno y los ciudadanos.

Durante la vigencia de la Constitución de 1833, especialmente luego de la reforma de 1874, esa tesis fue defendida por Huneeus. Señalaba este autor que la expresión causas civiles que empleaba el artículo 108 CPR estaba explicada por las funciones judiciales que el mismo artículo emplearía a continuación, y por las muy comprensivas de que se había valido la Ley Orgánica de Tribunales de 1875, al conferir a los tribunales ahí establecidos el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan.

No había, a juicio de Huneeus, para qué averiguar si una causa es o no civil para determinar si compete o no a los tribunales ordinarios de justicia. Basta que el asunto sea judicial y que se relacione con el orden temporal para que esa competencia no pueda ponerse en duda[31]. De este modo, las contenciones entre un ciudadano y la Administración eran claramente competencia de los tribunales civiles.

La otra alternativa es que en la Constitución de 1833 se optó por el sistema francés del Consejo de Estado como órgano que tenía atribuida la competencia para conocer del contencioso administrativo. Si uno repasa las palabras de Jorge Huneeus parece no haber duda alguna que ello fue así, al menos hasta el año 1874. En efecto, hasta ese año correspondía al Consejo de Estado la competencia

para conocer además de las materias de patronato y protección que se redujeren a contenciosas, oyendo el dictamen del Tribunal Superior de Justicia que señale la ley (art. 104 nº 4ª CPR 1833) y de las contiendas entre autoridades administrativas, y en las que ocurrieren entre estas y los tribunales de justicia (art. 104 nº 5ª CPR 1833), las cuestiones referentes a contratos o negociaciones celebradas por el gobierno o sus agentes (art. 104 nº 7ª CPR 1833).

Para Huneeus, la última competencia judicial del Consejo de Estado precedentemente indicada era la única que podía entenderse como parte de la jurisdicción contencioso-administrativa de tal órgano, puesto que él entendía comprendida en esta última solo aquellas cuestiones motivadas por actos de la Administración que agravien derechos de particulares y cuyo fallo se relaciona no solo con un derecho meramente privado, sino con un interés social o del orden administrativo. Se trataba de tres circunstancias copulativas sin las cuales no hay negocio administrativo-contencioso. Despojado el Consejo de Estado de esta competencia en 1874, dejó de tener competencia propiamente contenciosa-administrativa.

Un sector de la doctrina administrativista chilena contemporánea refuta la tesis de Huneeus.

En efecto, para Pantoja los contenciosos sobre contratos y negociaciones Bordalí Salamanca, Andrés "La Administración Pública ante los tribunales de justicia chilenos"

Entre el gobierno y los ciudadanos no eran cuestiones contencioso-administrativas sino cuestiones de contenido patrimonial y por tanto de carácter civil. La reforma mencionada de 1874 determinó a su juicio el reconocimiento del Fisco chileno como sujeto procesal en los juicios civiles y, además, la reconstitución de esta esfera de competencia a su cobertura normal de causa civil.

A juicio de Pantoja, la reforma de 1874 no significó por tanto quitarle al Consejo de Estado una materia contenciosa-administrativa ni conferir a los tribunales de justicia ordinarios civiles el conocimiento de esta materia. Se trata solo de materias de derecho civil. No hay por tanto con la reforma de 1874 la atribución para conocer de un contencioso-administrativo a los jueces civiles. Es que nada se dijo sobre la posibilidad de impugnar por ilegalidad los actos del Ejecutivo y de la Administración del Estado, lo que es quizás característico de un contencioso-administrativo de tipo francés.

De este modo, parece ser que el control de la Administración del Estado por los tribunales de justicia chilenos se desarrolló de una forma autónoma, no pudiendo decirse que en Chile haya regido un contencioso-administrativo de tipo

francés. Si hubiere de buscarle un paralelo, Pantoja afirma que su desarrollo está más bien cercano al derecho administrativo alemán, con su *Fiskustheorie*, seguida después de la idea nuclear de patrimonialidad como definitoria del proceso judicial en materias de derecho público.

En todo caso, la tesis de Pantoja puede ser complementada del siguiente modo. Se puede concordar con él en que la competencia referida al contencioso de contratos y negociaciones entre los ciudadanos y el gobierno puede ser considerada como una cuestión de derecho civil, al estar fundamentada en lo que la doctrina italiana denomina normas de relación. Las normas de relación se limitan a establecer derechos y obligaciones entre la Administración y los ciudadanos. Por el contrario, las normas de acción son aquellas dirigidas a la Administración y tienen por objeto la actividad desarrollada por esta para la consecución de fines de interés público. Son este tipo de normas las que normalmente fundamentan la jurisdicción administrativa.

Sin embargo, como veremos, hay que señalar que durante la Constitución de 1833 rigió un modelo de contencioso-administrativo con algunas inspiraciones en Francia.

En primer lugar, rigió tal sistema con la ley de 12 de septiembre de 1877, que confirió al Consejo de Estado la facultad para conocer del contencioso municipal una vez que la municipalidad respectiva desechare el reclamo presentado por el ciudadano.

En segundo lugar, al menos teóricamente puede decirse que las cuestiones de protección que se redujeren a contenciosas de que hablaba el artículo 104 nº 4º de la Constitución de 1833, y que eran competencia del Consejo de Estado, eran asuntos contencioso-administrativos. En efecto, las cuestiones de protección que para José Bernardo Lira, en un sentido general, eran *las quejas que se interponen contra los actos de los Poderes Públicos en que, abusando de su autoridad, lastiman algunos de los derechos ó alguna de las garantías aseguradas por la Constitución á todos los habitantes de la República,* pueden haber dado lugar a contenciosos propiamente administrativos.

Al menos en el plano de su regulación constitucional, con estos también denominados recursos de protección se intentaba impugnar un acto de la Administración Pública que, obrando abusivamente, lesionaba derechos o garantías de los ciudadanos. Esa competencia está basada en normas de acción y no de relación, lo cual, como ha sido dicho, es propio de la jurisdicción contencioso-administrativa de raíz francesa.

La única gran diferencia con el sistema francés es que estos recursos de protección tenían una naturaleza eminentemente subjetiva, ya que estaban preordenados a la tutela de un derecho subjetivo o garantía constitucional, alejándose de los cánones típicamente objetivos del contencioso-administrativo galo que tiene por principal misión lograr la nulidad de un acto ilegítimo de la Administración.

Sin perjuicio de lo anterior, habrá de tenerse en consideración que en la aplicación práctica de las causas de protección de que hablaba la Constitución de 1833, parece ser que estas funcionaron como sinónimas de las causas de patronato, por lo que a lo más podría entenderse que se estaba frente a un contencioso entre un eclesiástico y el Estado, pero sin que se pueda hablar de un contencioso-administrativo de carácter general por afectación de garantías constitucionales. No se tiene noción de ningún caso en que el Consejo de Estado haya conocido de causas de protección con un sentido diverso del de causa de patronato. La tesis de Huneeus y de Lira sobre las causas de protección como algo distinto de las causas de patronato no se ajusta a la práctica del instituto, por lo que el Consejo de Estado no habría tenido una competencia contencioso-administrativa en la materia.

Quedando a firme lo señalado respecto del contencioso municipal como competencia del Consejo de Estado, hay que agregar que entre 1833 y 1874 existían otros órganos que conocían de contenciosos entre la Administración y los ciudadanos. La doctrina suele denominarlos tribunales administrativos. Es el caso, por ejemplo, de los gobernadores que estaban facultados por la ley de caminos de 1842 para conocer y juzgar, en primera instancia, las disputas relativas a los caminos públicos de los particulares entre sí o entre estos y la autoridad pública. Contra la decisión del gobernador se podía apelar ante una Junta Provincial de Caminos, compuesta por el intendente, el alcalde del departamento cabecera de provincia y un agrimensor nombrado por el Presidente de la República.

En este concepto, es evidente que al carecer de la necesaria independencia respecto del Ejecutivo; no garantizándose la inamovilidad de los funcionarios juzgadores respecto del Ejecutivo, estos órganos no podían ser considerados tribunales de justicia. Por tribunales administrativos en este caso habrá de entenderse aquellos órganos administrativos que resuelven bajo la forma de juicio contencioso con la Administración. Se puede hablar en este caso a lo más de órganos cuasi judiciales

En resumen, entre 1833 y 1925, el modelo de jurisdicción administrativa chilena difiere claramente de los modelos en la materia; el sistema inglés y el sistema francés. Sin embargo, al existir un Consejo de Estado con algunas competencias en materia de contencioso-administrativo y algunos contenciosos

ante órganos cuasi judiciales, nuestro sistema estaba inspirado más claramente en Francia que en Inglaterra.

No es seguro afirmar categóricamente que en Chile, durante la vigencia de la Constitución de 1833, era principalmente la propia Administración la que juzgaba algunas de sus actuaciones. Habría que precisar con mayor exactitud la naturaleza de cada uno de esos órganos. Pero sí se puede afirmar con mayor exactitud que los que controlaban algunas actuaciones de la Administración no eran verdaderos tribunales de justicia.

La situación después de la Constitución de 1925 se complica más. Como se sabe, esta carta constitucional suprimió al Consejo de Estado y, en su artículo 87, señalaba la existencia de los tribunales administrativos. La historia es bien conocida por nosotros. Dichos tribunales nunca se crearon. Los tribunales ordinarios declinaron en la mayoría de los casos conocer de pretensiones contra la Administración del Estado, aduciendo que esa competencia, según el artículo 87 CPR, era exclusiva de esos tribunales administrativos. Se produce un vacío enorme de jurisdicción en la materia.

Administración y jurisdicción bajo la constitución de 1980

La Constitución de 1980 mantuvo la referencia a los tribunales contencioso-administrativos en su artículo 38 inciso 2º, tribunales que nunca se crearon, hasta que con la reforma de 1989 se eliminó del texto constitucional toda referencia a ellos. Hoy en día la referida norma expresa que *cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.*

La referida norma viene a dar un alivio a los habitantes del Estado chileno, debido a que puede ser interpretada en el sentido que sus derechos, fundamentales o simplemente legales, podrán ser tutelados frente a un tribunal de justicia cuando la Administración los vulnere.

La garantía estaría dada en el sentido que resultando afectados esos derechos de las personas por la Administración del Estado, lo que puede ser entendido en términos amplios como todo acto, omisión o actuación material de esa Administración, esa persona podrá deducir una pretensión reclamatoria ante un tribunal de justicia. Ello, obviamente, no impide que la propia Administración pueda revisar su actuar y resolver las quejas de esas personas[44]. En este último caso si la Administración acoge la queja del afectado, el asunto quedará solucionado sin necesidad de concurrir ante un tribunal. Sin embargo, la garantía constitucional entra a operar en el caso contrario. No satisfecho el reclamo por la Administración, esa persona podrá ocurrir siempre ante el tribunal que le señale la ley para reclamar contra ella.

Naturalmente la Constitución de 1980 no exige que sea necesariamente un tribunal de lo contencioso-administrativo el que deba resolver la contienda de un ciudadano con la Administración del Estado. Tan constitucional sería esa opción como la de encomendarle a los tribunales ordinarios civiles esa competencia. El problema, como veremos, es que hoy en día hay muchas cuestiones referidas a las relaciones entre la Administración y los ciudadanos que están excluidas por el legislador del conocimiento de los tribunales de justicia.

3. Negativa de los poderes públicos chilenos de someter a la administración al control jurisdiccional.

La separación entre Administración y jurisdicción todavía no es posible que se logre en el Derecho chileno. Hay aun determinadas materias que son resueltas

por la propia Administración. La técnica utilizada por el legislador, y respaldada por la Corte Suprema y por el Tribunal Constitucional en algunos casos, consiste en decir que cuando resuelve esa Administración no lo hace como tal sino como tribunal de justicia. Este "travestismo jurídico" obedece a la concepción que esos poderes tienen de la jurisdicción. Uno de los ejemplos más palmarios es el del contencioso tributario.

En materia tributaria, el legislador ha establecido que el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos es competente para conocer y resolver los reclamos que los contribuyentes deduzcan por una liquidación, giro o resolución de impuesto que los afecte, o también de las infracciones a la ley tributaria que no sean sancionadas con una pena corporal (art. 115 Código Tributario).

La Corte Suprema ha señalado reiteradamente que el director regional del Servicio de Impuestos Internos es un tribunal de justicia. Ha expresado en algunos casos que *los organismos en los cuales radica esta función jurisdiccional son los tribunales, tanto los de* Bordalí Salamanca, Andrés "La Administración Pública ante los tribunales de justicia chilenos"

Fuero común que conocen de la generalidad de los negocios que se promueven en el orden temporal y dentro del territorio de la República, como los de fuero especial, que ejercen jurisdicción en particulares materias, que es exactamente el caso del Director Regional del Servicio de Impuestos Internos para conocer y resolver las controversias tributarias, en virtud de lo preceptuado en los artículos 73, inciso 3º, de la carta magna, 5º, incisos 1º y 4º, del Código Orgánico de Tribunales, 6º, letra B nº 6, y 115, inciso 1º, del Código Tributario y 19, letra b), de la Ley Orgánica de dicho Servicio

El Tribunal Constitucional, conociendo de otras materias, ha razonado de un modo similar a como lo ha hecho la Corte Suprema. En efecto, respecto de la atribución conferida por la ley al ministro de Transportes y Telecomunicaciones para resolver los reclamos en materia de concesiones o permisos de telecomunicaciones, ha dicho que frente a él *es indudable que se está en presencia de un proceso jurisdiccional, con partes interesadas en la solución de un conflicto de intereses de relevancia jurídica, con una resolución o sentencia que dicta una autoridad en primera instancia, la que es revisada por un tribunal de segunda instancia, que viene a constituirse en el superior jerárquico del que dicta la resolución*

Una idea similar sostiene el Tribunal Constitucional en la sentencia rol nº 247/96 a propósito de las facultades resolutorias de la Junta General de Aduanas cuando conoce de una reclamación aduanera.

A juicio de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, el director regional del Servicio de Impuestos Internos, el ministro de Transportes y Telecomunicaciones y la Junta General de Aduanas, respectivamente, son órganos que dentro de sus atribuciones están las jurisdiccionales; son verdaderos tribunales de justicia, según la prescripción constitucional (actualmente art. 76 CPR).

Con esta concepción volvemos al Antiguo Régimen o, a lo más, a los inicios decimonónicos de la justicia administrativa de tipo europea continental.

¿Cómo llega la ley y los jueces chilenos a justificar en el siglo XXI esta situación? Arriban a ello dejando de lado absolutamente las cuestiones orgánicas o estructurales de los tribunales de justicia y poniendo atención en la función jurisdiccional entendida simplemente como la resolución de conflictos de relevancia jurídica en el orden temporal.

El problema es que precisamente por la función no se diferencian mayormente Administración y jurisdicción. La función de aplicación de normas a casos concretos es común a estas dos potestades. La separación de ambas potestades, la división de poderes propia de un Estado de Derecho moderno, supone considerar las características estructurales de estos poderes. Una de esas características estructurales que definen a un tribunal de justicia y la función judicial, es la independencia del órgano a fin de garantizar su actuación imparcial en el caso concreto. Por otra parte, para que un tribunal de justicia pueda desarrollar con independencia e imparcialidad su función se requiere que esté garantizada la inamovilidad de los jueces. En el caso de la justicia administrativa, la inamovilidad debe estar asegurada respecto del Poder Ejecutivo.

El director regional del Servicio de Impuestos Internos, el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, la Junta General de Aduanas y todos los otros órganos de la Administración que en el derecho chileno tienen facultades de resolución de controversias, corresponden a lo que en la tradición del *civil law* se acostumbra a denominar tribunales administrativos. Estos tribunales administrativos no son verdaderos tribunales de justicia, sino órganos administrativos, ya que no está garantizada su inamovilidad respecto del Ejecutivo.

Tenemos así que en muchas materias la Administración del Estado ha logrado evadir un completo sometimiento al Estado de derecho vía control jurisdiccional de sus actuaciones. Esa evasión ha contado con el apoyo de todo el aparato estatal, inclusive de aquellos tribunales de justicia que tienen que velar por el respeto del orden constitucional. Hay aquí una tarea pendiente del Estado de derecho chileno.

Para dejar atrás posiciones típicas del derecho decimonónico; para respetar el Estado de derecho configurado en la Constitución de 1980, se vislumbran al menos cuatro alternativas posibles.

Una primera alternativa puede ser articular una justicia administrativa del tipo agencias administrativas autónomas propias del derecho anglosajón. Se trata de crear tribunales independientes (*administrative tribunals*) dentro de esas agencias administrativas autónomas. La justicia ordinaria (*Courts*) debería poder controlar las resoluciones del tribunal.

Para que la atribución del contencioso administrativo a los *administrative tribunals* sea coherente con la independencia de los tribunales de justicia reclamada por el artículo 76 CPR y el principio de inamovilidad recogido en el 80 CPR, es indispensable la interdicción de remoción de esos jueces por el Poder Ejecutivo.

Una segunda alternativa es crear dentro de la Administración Pública actual tribunales independientes e imparciales. Para ello, hay que destacar nuevamente que será esencial garantizar la inamovilidad de los funcionarios que desarrollen las funciones de juez.

Una tercera alternativa consiste en atribuir a los tribunales ordinarios civiles el conocimiento de los contenciosos entre la Administración y los ciudadanos.

Una cuarta alternativa es crear tribunales de lo contencioso-administrativo (*Courts* y no *administrative tribunals* en lenguaje anglosajón). Esta alternativa puede comprender a su vez que dichos tribunales pertenezcan o no al Poder Judicial. España ha optado por la primera alternativa. Alemania por la segunda.

Todas estas alternativas parecen ser coherentes con el marco constitucional vigente en Chile.

8. Conclusiones

En la tradición romano-germánica la actividad administrativa ha estado siempre ligada a la jurisdiccional. Antes de la conformación del Estado de derecho moderno, la Administración de los asuntos públicos se hacía por jueces y, la mayoría de las veces, bajo la forma de un contencioso entre partes. Solo después de la Revolución Francesa se produce una separación entre jurisdicción y Administración, como dos poderes orgánica y funcionalmente diferenciados.

El paso que siguió en Europa fue el sometimiento de la actividad de la Administración del Estado a un control, primero por la propia Administración o por

órganos ad hoc creados al interior de esta y más adelante, desde fines del siglo XIX, por parte de los tribunales de justicia independientes e imparciales.

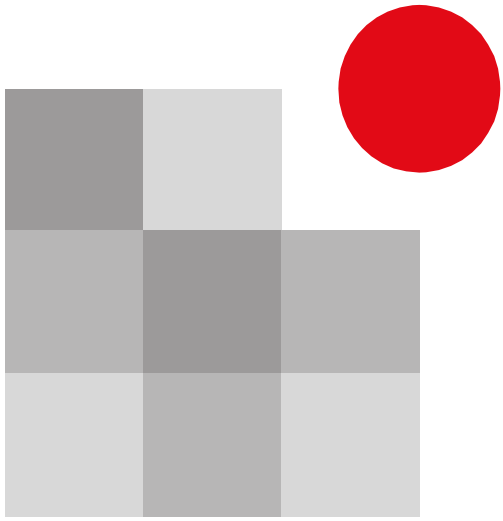
En el caso de Chile hemos seguido más o menos esta evolución. Sin embargo, estamos en muchos aspectos en un estadio todavía decimonónico. Hay muchas áreas de la vida económica y social donde quien conoce del contencioso entre la Administración y los ciudadanos afectados por esta es la propia Administración bajo la forma de un contencioso. A la jurisdicción, en algunos casos, se le permite revisar lo actuado ante la Administración vía apelación de su resolución. Esto tiene el inconveniente que es ante la Administración donde se establece el material fáctico y probatorio del contencioso. La jurisdicción tiene que trabajar sobre ese material ya establecido.

El que todavía en el siglo XXI la Administración Pública chilena juzgue sus propios asuntos viene explicada por la concepción que de la jurisdicción y su función tienen mayoritariamente tanto nuestra Corte Suprema como el Tribunal Constitucional. Dejando de lado aspectos orgánicos como la independencia e imparcialidad del órgano que juzga, consideran que son órganos jurisdiccionales y desarrollan una función jurisdiccional todos aquellos órganos que resuelven conflictos de relevancia jurídica en el orden temporal. Por lo tanto, cuando la ley le encomienda a la Administración conocer de un conflicto entre ella y un ciudadano, esa Administración pasa a convertirse en ese momento en un tribunal de justicia. Dicha concepción choca frontalmente con las bases de un Estado de derecho articulado sobre la separación de poderes.

El Estado de derecho supone un Poder Judicial compuesto por jueces y tribunales independientes e imparciales. Uno de los aspectos que asegura la independencia e imparcialidad es la inamovilidad de los jueces. Y si se trata de controlar a la Administración, es de Perogrullo que esa inamovilidad debe ser garantizada respecto del Poder Ejecutivo.

Para que la justicia administrativa chilena se conforme a las reglas básicas de un Estado constitucional de derecho, los tribunales de justicia deben poder controlar sus actos. Obviamente todo ello implica contar con jueces independientes, imparciales y que no puedan ser removidos por el Ejecutivo.

INTRODUCCIÓN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



IPLACEX
instituto profesional

UNIDAD III
CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL ESTATUTO ADMINISTRATIVO

1. GENERALIDADES DEL ESTATUTO ADMINISTRATIVO

Para comenzar el estudio del Estatuto administrativo, es necesario entender el concepto de la función pública, la cual dice relación con la regulación de la relación laboral entre el órgano y sus funcionarios, es decir, se refiere a la relación laboral de los funcionarios públicos.

Estas normas se establecen en lo que genéricamente se denomina "Estatutos administrativos", equivalentes a un verdadero Código del Trabajo, sin embargo, no existe un solo estatuto administrativo, pues existen varios cuerpos de esta naturaleza, ejemplo el contenido en la ley 18.883 relativo a los funcionarios municipales y el contenido en la ley 19.070 relativo a la educación municipal. Nosotros estudiaremos el estatuto administrativo contenido en la ley 18.834, que es el que tiene una aplicación general.

La función pública como regulación de la relación laboral entre el órgano y sus funcionarios surge de:

a) En primer lugar de la propia CPE, que en su Art. 38 inciso primero alude a la denominada Ley orgánica constitucional de Bases de la Administración del estado. El constituyente ordena al legislador para que en dicha LOC se garantice la carrera funcionaria y se establezca los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse y asegurar la igualdad de oportunidades en el ingreso a la administración del estado, así como el deber del estado de asegurar la capacitación y perfeccionamiento de los integrantes de los órganos de la administración del estado.
b) A partir de esta disposición constitucional la ley de bases de la administración del estado en sus Arts. 12 al 17 se refieren a la función pública acogiendo en términos generales el mandato constitucional.

El Art. 12 de la ley de bases señala "El personal de la Administración del Estado se regirá por las normas estatutarias que establezca la ley, en las cuales se regulará el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones".

El legislador utiliza las expresiones "normas estatutarias" lo que implica que la relación entre el órgano y el funcionario no es de carácter contractual sino que de carácter legal y por tanto no puede ser modificada por las partes. Es la ley la que determina el contenido de la regulación quedando excluida la intervención de las partes, tanto al funcionario como al órgano, en cuanto a la modificación de las disposiciones de dicha regulación. (Todo ello sin perjuicio de la existencia de

ciertas teorías que postulan el carácter laboral de esta relación basado en la situación de subordinación y dependencia)

Naturaleza del vínculo que une al Estado con el Funcionario

Es un vínculo estatutario, lo que significa que es un vínculo legal y de derecho público, es decir, emana de la ley y prevalece el interés general orientado al bien común por sobre el interés particular del funcionario.

De este vínculo estatutario, surge la consecuencia que las normas que regulan la actividad de los funcionarios públicos presenten las siguientes características:

a) Son generales e impersonales. Son generales porque la autoridad los establece a priori, antes del ingreso del funcionario al servicio público. Que sean impersonales significa que son normas que se elaboran sin discriminar, sin efectuar distinciones de tipo personal.
b) Son obligatorias. Al funcionario no le queda otra posibilidad que acatar las normas, no puede discutirlas ni exigir que se modifiquen a su respecto.
c) La autoridad puede modificar estas normas unilateralmente cuando razones de interés público así lo aconseje, es decir, podrá modificarlas en razón de hacerlas más beneficiosas o más estrictas para el funcionario.

Pero tales modificaciones sólo tendrán lugar cuando la ley así lo disponga, característica que se infiere de los artículos 60 Nº1 y 38º inciso 2º de la Constitución; además, estas modificaciones no deben alterar los derechos irrenunciables del funcionario.

Para que la función pública no sea arbitraria, cumpla con las características y produzca los efectos que se han señalado, es necesario que se realice dentro de un marco preestablecido de normas, por lo que surge la necesidad de que exista un conjunto de disposiciones armónicas que recibe la denominación de Estatuto Administrativo que regula, a lo menos, los siguientes aspectos: ingreso de los funcionarios públicos, derechos, deberes, responsabilidad administrativa y cese o expiración de funciones.

El Régimen Estatutario

El llamado régimen estatutario, en doctrina, ha sido entendido como el sistema regulador de las situaciones administrativas del funcionario público, y tales situaciones comienzan con su ingreso a la Administración y no puede decirse que

culminan cuando la función pública expira, ya que como consecuencia de este hecho nacen para el funcionario o pueden nacer una serie de derechos que se han denominado de la seguridad social y que son la consecuencia de circunstancias que el funcionario ha ido acumulando a través de su vida administrativa, como por ejemplo años de servicios.

Todos estos acontecimientos que le acaecen al funcionario, constituyen su vida administrativa mientras permanece al servicio del Estado y están regidos por lo que se denomina Estatuto Administrativo, es decir, un conjunto de normas legalmente establecidas por el Estado, y en las que se regula toda la situación administrativa del funcionario: ingreso, derechos, deberes, prohibiciones e incompatibilidades, responsabilidad administrativa y cese de funciones.

El estatuto administrativo contenido en la ley 18.834.

En términos generales se puede señalar que el Estatuto Administrativo es el conjunto de normas que regula la carrera funcionaria de los funcionarios públicos, es decir, regula todo lo relativo al ingreso a la función pública, los derechos, deberes y responsabilidades de los funcionarios públicos, así como el cese de sus funciones.

Desde el punto de vista doctrinal existen dos conceptos para referirse a él.

a) Concepto Restringido: que es aquél por medio del cual el legislador designa Estatuto Administrativo, que es la Ley 18.834.
b) Concepto Amplio o Expresión Omnicomprensiva: definición que equivale a cualquier régimen integral a que están sometidos los funcionarios públicos, cualquiera que sea el nombre del cuerpo normativo que regula la relación laboral pública y cualquiera fuere la naturaleza del servicio en que se aplique.

Existiendo estos elementos hablaremos de Estatuto Administrativo. Es la expresión amplia la que utiliza la Contraloría General de la República para dictar su jurisprudencia.

En general el estatuto administrativo regula la relación del estado administrador con sus funcionarios, con excepción de aquellas relaciones que tengan reglas especiales al respecto.

En este sentido la ley de bases de la administración del estado en su Art. 18 inciso 2° señala una serie de órganos a los cuales el estatuto administrativo se remite para excluirlos de la regulación de este estatuto.

En consecuencia no se regulan por este estatuto los funcionarios de contraloría, del Banco Central, de las Fuerzas Armadas, de los Gobiernos Regionales, de las Municipalidades, del Consejo Nacional de Televisión y tratándose de los trabajadores de empresas públicas creadas por ley. Cada uno de estos funcionarios se rigen por sus propios estatutos, pero respecto de los trabajadores de empresas públicas creadas por ley se entiende que el Código del Trabajo será su estatuto.

- Observaciones al respecto:

1. El Art. 1 inciso 2° del Código del Trabajo señala que este código no se aplicará a los funcionarios de la administración del estado, sin embargo, el inciso 3° señala su aplicación supletoria en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos.

2. Respecto de los funcionarios de la Contraloría General de la Republica éstos no se rigen por estatutos especiales ni tampoco por el de aplicación general regulada en la ley 18.834. En principio se regirían por las reglas previstas en el Código del Trabajo, sin embargo, la propia contraloría por vía de los dictámenes elaboró toda una teoría para sostener el carácter supletorio del Estatuto administrativo respecto de sus funcionarios.

En consecuencia respecto de los funcionarios de la contraloría general de la republica, no obstante lo señalado en el Art. 18 inciso 2° de la ley de bases y el Art. 1 inciso 2° del Código del Trabajo, se regirán por el estatuto administrativo de la ley 18.834.

Realice ejercicios Nº 1 y 2

Ámbito de aplicación del estatuto administrativo

Para distinguir cuando se hace aplicable la ley 18.834 (o Estatuto Administrativo) es necesario observar las siguientes reglas:

1. En primer término, el estatuto administrativo es aplicable a todo el personal los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, salvo algunas excepciones (básicamente vinculadas con funcionarios de las fuerzas armadas).

2. En segundo, cuando se trate de solucionar problemas que no están contenidos en el estatuto administrativo (por ejemplo, todo lo relacionado con el fuero maternal), deberá aplicarse la legislación contenida en el Código del Trabajo.

3. Finalmente, cabe señalar que un mismo servicio pueden existir tres tipos de funcionarios. Los funcionarios públicos propiamente tales (de planta o contrata); los funcionarios que se rigen por el Código del Trabajo y los que están a honorarios. A los funcionarios públicos se les aplica íntegramente el estatuto administrativo; a los privados se les aplica el Código del Trabajo, pero todo lo relativo a la probidad administrativa se rige por el estatuto y, finalmente, los que se encuentran a honorarios se rigen por su respectivo contrato, aunque también les son aplicables las normas sobre probidad administrativa.

Principios que informan el Régimen Estatutario de la Función Pública.

Entenderemos por tales al conjunto de ideas matrices que contiene el Estatuto Administrativo que regula la actividad de los agentes del Estado.

Entre los principios estatutarios que acoge nuestra legislación administrativa, podemos señalar los siguientes:

1. La jerarquía
2. La participación
3. La carrera funcionaria
4. La probidad administrativa
5. El principio retributivo
6. La responsabilidad funcionaria

1. La jerarquía: es aquella relación de superior a inferior que existe entre órganos y funcionarios. La jerarquía presenta dos aspectos: orgánica y funcionaria.

La Jerarquía Orgánica: es la relación de superior a inferior que se origina entre órganos de la Administración del Estado. Este principio fluye del artículo 24 de la Constitución y artículos 1, 19, 25 y 26 de la ley de Bases. Dentro de esta jerarquía es posible distinguir una dualidad de vínculos orgánicos:

a) Un vínculo de dependencia, que surge de la relación entre el Presidente de la República y los órganos administrativos Centralizados.

b) Vínculo de supervigilancia que surge entre el Presidente de la República y los órganos administrativos descentralizados.

La Jerarquía Funcionaria: supone la relación de superior a inferior entre las autoridades y los funcionarios públicos, en virtud de la cual, el superior jerárquico posee un conjunto de atributos especiales que puede ejercer respecto de los funcionarios de su dependencia, tales como la potestad de mando, la potestad disciplinaria, la jurisdicción retenida y la jurisdicción de conflictos, entre otros. Se refieren de manera explícita a esta jerarquía los artículos 7 y 28 de la Ley de Bases y los artículos 61, letra f) y 64 del Estatuto Administrativo.

Por otra parte, la aplicación de la jerarquía funcionaria supone que los órganos administrativos se encuentran ordenados en distintos estamentos, y en tal sentido al interior de cada uno, se distingue entre autoridades (Jefe Superior del servicio, Director Nacional, Director Regional, Jefes de División, Departamento, Subdepartamento, Sección u Oficina) y empleados.

2.- La Participación: principio que postula que los funcionarios colaboren en la gestión administrativa.

Se encuentra consagrado en el art. 1º de nuestra Constitución, el cual dispone que es deber del Estado asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Por otro lado, el Estatuto Administrativo en su art. 35, admite la designación mediante elección directa de los propios funcionarios de un delegado de personal ante la Junta Calificadora.

Asimismo, la Ley Nº19.296 consagró la posibilidad para los funcionarios públicos de asociarse legalmente por órgano administrativo al que pertenezcan, ya sea a nivel regional, zonal o nacional, con la finalidad de canalizar sus peticiones y formular sus opiniones, además de realizar acciones en beneficio común.

3.- La Carrera Funcionaria: El art. 3º letra b) del Estatuto Administrativo la define como el sistema integral de regulación del empleo público, aplicable al personal titular de planta, fundado en principios jerárquicos, profesionales y técnicos, que garantiza la igualdad de oportunidades para el ingreso, la dignidad de la función pública, la capacitación y el ascenso, la estabilidad en el empleo y la objetividad en las calificaciones en función del mérito y de la antigüedad.

Características de la Carrera Funcionaria

1.- Es un sistema integral de regulación del empleo, lo que indica que como "sistema" debe constituir un conjunto armónico de disposiciones que se vinculan entre sí, y el hecho que sea integral significa que debe comprender las principales etapas de la actividad del empleo tales como el ingreso, los derechos, deberes, responsabilidad y cese.
2.- Este sistema rige al personal de planta que se desempeña como titular y se extiende únicamente hasta los cargos de jerarquía inmediatamente inferior a los de exclusiva confianza (Estatuto Administrativo art. 6º).
3.- El sistema de carrera funcionaria se fundamenta en principios "Jerárquicos" "Profesionales" y " Técnicos".
4.- Los objetivos que garantiza son "la igualdad de oportunidades para el ingreso", "la dignidad de la función pública", "la capacitación", "el ascenso", "la estabilidad en el empleo" y la "objetividad en las calificaciones".

4.- La probidad administrativa: se encuentra definida en el art. 54 de la Ley de Bases, conforme a las modificaciones introducidas por la Ley Nº 19.653[1], como constitutiva de una conducta funcionaria intachable, con un desempeño honesto y leal del cargo y con preeminencia del interés general sobre el particular.

Este principio constituye una base esencial para el correcto ejercicio de toda función pública, aplicables por igual a todos los funcionarios públicos, cualquiera sea el órgano de la Administración del Estado en el que se desempeñen.

El Estatuto Administrativo regula también la aplicación del principio de probidad administrativa, estableciendo en el art. 84 diversas prohibiciones al actuar de los funcionarios públicos.

5.- El Principio Retributivo: por medio de este principio, se establece que el ejercicio de la función pública, por regla general, debe ser remunerado. Pero, sin embargo, puede haber excepciones, en que el desempeño de funcionarios

[1] Se debe revisar la ley en detalle, a fin de actualizar la regulación vigente en la materia.

públicos no reciba remuneración, es decir, sea ad honorem, como es el caso de las comisiones asesoras que crea el Presidente de la República para el estudio de materias especiales, que no perciben retribución por tales desempeños. En la ley estatutaria también se admite la existencia de desempeños ad honorem en casos especiales de suplencia, cuando el titular sigue percibiendo la renta.

La Ley de Bases, en el art. 52º, consagra el principio rector en materia de remuneraciones, al disponer que "...a funciones análogas, que importen responsabilidades semejantes y se ejerzan en condiciones similares, se les asignen iguales retribuciones y demás beneficios económicos."

6.- El principio de la Responsabilidad: en sentido amplio, alude a la idea de que un sujeto debe responder de sus actos.

Desde el punto de vista del derecho administrativo, se entiende por responsabilidad administrativa o funcionaria el deber que les asiste a los agentes del Estado de responder cuando infringen las obligaciones y prohibiciones que les imponen las normas estatutarias, principio que se encuentra consagrado en la Ley de Bases, art. 15 y 48 inc. 2º, así como en el Estatuto Administrativo, art. 120.

La jurisprudencia administrativa ha declarado que la ley estatutaria no contempla la irresponsabilidad administrativa, por lo que todo funcionario que infringe sus obligaciones y deberes debe ser sancionado administrativamente.

6.1. Principios que integran la responsabilidad administrativa: es el conjunto de ideas matrices que caracterizan a la responsabilidad administrativa y son los siguientes:

6.1.1.- Pluralidad de responsabilidades que nace de un mismo hecho. Se encuentra consagrado en el art. 15 inc. 1º de la Ley de Bases y en el art. 120 del Estatuto Administrativo. Significa que una misma conducta del funcionario público puede dar origen a varias responsabilidades distintas entre sí, las que pueden ser de índole administrativo, penal, civil y eventualmente también política.

Por ejemplo, si un funcionario público se apropia de los fondos que se encuentran bajo su administración, se originan a su respecto las siguientes responsabilidades:

a) *Responsabilidad Administrativa:* porque con su conducta infringe las obligaciones funcionarias, en particular el principio de probidad administrativa.
b) *Responsabilidad Penal*: porque su conducta configura un delito, el de malversación de caudales públicos, sancionado por el artículo 233 del Código Penal.

c) *Responsabilidad Civil o pecuniaria*: porque con su conducta el infractor causa un daño pecuniario al Fisco y estará obligado a reintegrar los fondos fiscales.

6.1.2.- Independencia de las responsabilidades: significa que la sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil o penal que surja de los mismos hechos (art. 120 Estatuto Administrativo). Por lo tanto, la condena o absolución en lo civil o penal no impide aplicar por el mismo hecho una medida disciplinaria, sin perjuicio de las excepciones establecidas en el Estatuto Administrativo.

Esto se podría explicar señalando que en el caso de una denuncia en el juzgado del crimen por malversación de fondos públicos cometido por un funcionario del Estado, si con posterioridad éste fuese absuelto o sobreseído, ello no impediría que en principio desde el punto de vista de la responsabilidad administrativa se le considere culpable y previo el procedimiento administrativo que resulte aplicable, se le aplique una medida disciplinaria, incluso la destitución.

Pero, sin embargo, hay casos de excepción especiales, en que el resultado del juicio penal influye en la responsabilidad administrativa. Por ejemplo: si a un funcionario se le destituye como consecuencia exclusiva de hechos que revisten caracteres de delito y posteriormente en el proceso criminal es absuelto o sobreseído definitivamente, porque los hechos no son constitutivos de delito. En este caso excepcional, la justicia ordinaria tiene incidencia en el ámbito administrativo y el funcionario destituido tendrá derecho a que se le reincorpore en el cargo que desempeñaba a la fecha de la destitución o en otro de igual jerarquía, en plenitud de todas las franquicias legales (art.120 inc.1º Estatuto Administrativo). Si la absolución o sobreseimiento se debe a una causal distinta, el funcionario tiene derecho a pedir que se reabra el sumario respectivo y si con los nuevos antecedentes, también se le absuelve en el sumario administrativo, tiene derecho a que se le reincorpore en los mismos términos ya señalados (art. 120, inc.3º Estatuto Administrativo).

Realice ejercicios Nº 3 y 4

6.1.3.- Derecho a un racional y justo proceso: este principio se encuentra consignado en el art. 15 inc 2º de la Ley de Bases, es de aplicación general en el derecho positivo, encontrándose consagrado en el art. 19 Nº 3 de la Constitución de 1980.

Este principio comprende dos aspectos:

- Exigencia de cargos previos
- Derecho a defensa del inculpado

La exigencia de cargos aparece expresamente del art. 140 inc. 3º del Estatuto Administrativo, que indica: "Ningún funcionario podrá ser sancionado por hechos que no han sido materia de cargos".

El art. 138, por su parte, consagra el derecho a defensa del inculpado, al señalar: "El inculpado será notificado de los cargos y tendrá un plazo de cinco días contados desde la fecha de notificación de éstos para presentar descargos, defensas y solicitar o presentar pruebas."

Además, el art. 140 inc 4º de esta misma ley señala que la aplicación de toda medida disciplinaria debe ser previamente notificada al afectado.

La omisión de cualquiera de estas dos exigencias configura un vicio de procedimiento de carácter esencial, que según el artículo 138 del Estatuto Administrativo invalida el sumario administrativo.

6.1.4.- Discrecionalidad y Legalidad en la aplicación de las medidas disciplinarias: la discrecionalidad en la aplicación de las medidas disciplinarias significa que, por regla general, la autoridad administrativa tiene amplias facultades para ponderar la mayor o menor gravedad de las faltas y las circunstancias atenuantes o agravantes que los rodeen, como asimismo para resolver sobre el castigo a aplicar, según el art. 122 inc. Final, 126 y 140 del Estatuto Administrativo.

Sin embargo, hay casos de excepción en que la ley obliga a aplicar un castigo disciplinario específico para sancionar infracciones determinadas, como sucede en el caso de las ausencias y atrasos reiterados e injustificados, que expresamente el art. 66 inc. Final del Estatuto Administrativo castiga con la destitución, previa investigación sumaria. En este caso, desaparece la discrecionalidad en la aplicación de los castigos disciplinarios.

Respecto a la legalidad en la aplicación de las medidas disciplinarias, hay que distinguir 3 aspectos:

a) Que la autoridad administrativa sólo puede aplicar algunas de las medidas disciplinarias que taxativamente señala el Estatuto Administrativo.

b) Que las sanciones administrativas deben aplicarse por las causales que la ley establece -genéricas o específicas-, de acuerdo al procedimiento que corresponda -investigación sumaria o sumario administrativo- y reclamarse por el afectado en los términos que la ley señale.

c) Que la autoridad administrativa al momento de resolver sobre la medida disciplinaria a aplicar, tiene el deber de ponderar las circunstancias atenuantes o agravantes que rodeen la situación investigada, a menos que se trate de causales que tengan señalado un castigo específico.

6.1.5.- Prescripción de la responsabilidad administrativa: la responsabilidad administrativa se extingue por prescripción de la acción disciplinaria (art.157 letra d) del Estatuto Administrativo), que a su vez se extingue al cabo de dos años contados desde el día que se cometió la infracción administrativa (art. 158 inciso 1º Estatuto Administrativo).

Por excepción, no se aplica la modalidad de cómputo de la prescripción de la acción disciplinaria antes señalada cuando la infracción administrativa constituye un delito, evento en que la acción disciplinaria prescribirá conjuntamente con la acción penal (art. 158 inc. 2º Estatuto Administrativo).

2. CALIDADES FUNCIONARIAS

El Estatuto administrativo contempla la existencia de dos tipos de funcionarios públicos: Los denominados funcionarios de planta y los denominados funcionarios a contrata.

Además el estatuto administrativo contempla la posibilidad que la actividad que desarrolla la administración también pueda ser realizada por particulares en la forma y condiciones que señale la ley a través de la figura de los contratos a honorarios, en que transitoriamente se desarrolla un función pública, pero no adquiriendo nunca la calidad de funcionario público.

Lo anterior sin perjuicio de la actividad contractual que pudiera desarrollar el Estado por medio de particulares, personas naturales o jurídicas, que mediante un contrato administrativo colaboran con la administración en el desarrollo de la función pública.

Algunas nociones de interés:

1- Cargo público: Según señala el Art. 3 letra a) "Es aquel que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1, a través del cual se realiza una función administrativa"

2- Planta de personal: Según señala el Art. 3 letra b) "Es el conjunto de cargos permanentes asignados por la ley a cada institución, que se conformará de acuerdo a lo establecido en el artículo 5"

En este sentido debemos recordar lo que establece el Art. 62 N°2 de la CPE que reconoce la iniciativa legal exclusiva del presidente de la republica para crear nuevos empleos rentados, existiendo concordancia entre la CPE y el estatuto administrativo.

Requisitos para acceder a un cargo público

El artículo 12 del Estatuto Administrativo establece los siguientes requisitos para ingresar a la Administración Pública:

a) *Ser ciudadano*: Es decir, conforme a los artículos 13 y 15 de la Constitución, se exige ser mayor de 18 años, chileno y no haber sido condenado a pena aflictiva.
No obstante, en casos de excepción determinados por la autoridad llamada a hacer el nombramiento, podrá designarse en empleos a contrata a extranjeros que posean conocimientos científicos o de carácter especial. Los respectivos decretos o resoluciones de la autoridad deberán ser fundados, especificándose claramente la especialidad que se requiere para el empleo y acompañándose el certificado o título del postulante.
En todo caso, en igualdad de condiciones, se preferirá a los chilenos;
b) Haber cumplido con la ley de reclutamiento y movilización, cuando fuere procedente; Es un requisito para los varones mayores de 18 años y no solamente significa inscribirse en los cantones respectivos, sino que también implica tener la situación militar al día.
c) Tener salud compatible con el desempeño del cargo; Se refiere a un requisito de salud, lo que la jurisprudencia de la C.G.R. ha entendido que comprende tanto la salud física como mental y se presume que quien

cumple con el requisito de salud física, cumple también con el de salud, lo anterior sin perjuicio de que se determine lo contrario.

d) Haber aprobado la educación básica y poseer el nivel educacional o título profesional o técnico que por la naturaleza del empleo exija la ley; Esto implica haber aprobado la educación básica y poseer el nivel educacional, o título profesional o técnico que por la naturaleza del empleo requiera la persona.

e) No haber cesado en un cargo público como consecuencia de haber obtenido una calificación deficiente, o por medida disciplinaria, salvo que hayan transcurrido más de cinco años desde la fecha de expiración de funciones, Se exige no haber cesado en un cargo público como consecuencia de haber obtenido una calificación insuficiente (lista 4), o dos veces consecutivas en lista 3, o por medidas disciplinarias, que es la destitución, salvo que hubiere transcurrido 5 años a lo menos desde la fecha de expiración de funciones y previo decreto supremo de rehabilitación.

f) No estar inhabilitado para el ejercicio de funciones o cargos públicos, ni hallarse condenado por crimen o simple delito

Estos requisitos deben cumplirse tanto al ingresar a la administración pública como durante toda la permanencia del funcionario en ella. Sólo de esta manera el funcionario gozará de la llamada investidura regular previa a que hace referencia el artículo 7º de la Constitución Política de la República.

- Forma de acreditar el cumplimiento de los requisitos generales de ingreso:

a) Los requisitos de la letra A, B y D del artículo 12 de la Ley Nº18.834 se acreditarán mediante documentos o certificados oficiales auténticos:

- La calidad de ciudadano con la cédula de identidad.
- La situación militar se acredita con un certificado emitido por la Dirección Nacional de Movilización de las FFAA.
- Los requisitos de estudio se acreditará mediante los títulos conferidos en la calidad de profesional o técnico, según corresponda, de conformidad a las normas legales vigentes en materia de educación superior.

b) El requisito de idoneidad física se acreditará mediante un certificado del servicio de salud correspondiente.

c) En cuanto a idoneidad moral se requiere en la letra e) será acreditado por el interesado mediante declaración jurada simple. La falsedad de esta declaración hará incurrir en las penas del artículo 210 del Código Penal.

d) La institución deberá comprobar el requisito establecido en la letra f) del artículo citado, a través de consulta al Servicio de Registro Civil e Identificación, quien acreditará este hecho mediante simple comunicación.

La cédula nacional de identidad acreditará la nacionalidad y demás datos que ella contenga. Todos los documentos, con excepción de la cédula de identidad, serán acompañados al decreto o resolución de nombramiento y quedarán archivados en la Contraloría General de la República, después del respectivo trámite de toma de razón

Realice ejercicios Nº 5 y 6

Obligaciones funcionarias

El fundamento doctrinario de la existencia de las obligaciones funcionarias se encuentra en la naturaleza misma de la actividad que realizan los funcionarios públicos, es decir, la satisfacción de las necesidades de la comunidad. Es por eso que el legislador está interesado en que esa atención a las necesidades de la comunidad no se interrumpa.

En cuanto a la consagración normativa de los deberes funcionarios, no sólo se encuentran en el Título III del Estatuto Administrativo, sino que también están contenidas en otros cuerpos jurídicos como la Constitución Política de la República Artículo 1°; la Ley de Bases Artículo 3° y normas relacionadas con la Probidad Administrativa, como el Artículo 52° de esta misma Ley.

Articulo 1° C.P.R. "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.
La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional."

Articulo 3° L.O.C.B.G.A.E. "La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y

la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.

La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquiera actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes."

Articulo 52° L.O.C.B.G.A.E. "Las autoridades de la administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de la probidad administrativa.

El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular.

Su inobservancia acarreará las responsabilidades y sanciones que determinen la Constitución, las leyes y el párrafo 4° de este Título, en su caso."

Sobre los deberes y obligaciones funcionarios se ha estimado procedente clasificarlos en 2 grupos:

1) Deberes de Actividad, Positivos o de Hacer
2) Deberes Negativos de Abstención o Prohibiciones

Esta clasificación apunta a la posición que tiene el funcionario público respecto del deber, por cuanto si para cumplir ese deber debe realizar una conducta positiva, estaremos frente a un deber positivo de hacer. Por el contrario, si el funcionario debe abstenerse de realizar una conducta determinada, estaríamos frente al segundo grupo. (Ejemplo: abstenerse de utilizar el cargo en su beneficio personal).

El Artículo 61 del Estatuto Administrativo señala: "Serán obligaciones de cada funcionario:

a) Desempeñar personalmente las funciones del cargo en forma regular y continua, sin perjuicio de las normas sobre delegación;
b) Orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la institución y a la mejor prestación de los servicios que a ésta correspondan;
c) Realizar las labores con esmero, cortesía, dedicación y eficiencia, contribuyendo a materializar los objetivos de la institución;

d) Cumplir la jornada de trabajo y realizar los trabajos extraordinarios que ordene el superior jerárquico;
e) Cumplir las destinaciones y las comisiones de servicio que disponga la autoridad competente;
f) Obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico;
g) Observar estrictamente el 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.
h) Guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de la ley, del reglamento, de su naturaleza o por instrucciones especiales;
i) Observar una vida social acorde con la dignidad del cargo;
j) Proporcionar con fidelidad y precisión los datos que la institución le requiera relativos a situaciones personales o de familia, cuando ello sea de interés para la administración, debiendo ésta guardar debida reserva de los mismos;
k) Denunciar ante el Ministerio Público, o ante la policía si no hubiere fiscalía en el lugar en que el funcionario presta servicios, con la debida prontitud, los crímenes o simples delitos y a la autoridad competente los hechos de carácter irregular, especialmente de aquéllos que contravienen el principio de probidad administrativa regulado por la ley N° 18.575.
l) Rendir fianza cuando en razón de su cargo tenga la administración o custodia de fondos o bienes, de conformidad con la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, y
m) Justificarse ante el superior jerárquico de los cargos que se formulen con publicidad, dentro del plazo que éste le fije, atendidas las circunstancias del caso".

En el caso a que se refiere la letra f) del artículo 61, si el funcionario estimare ilegal una orden, deberá representarla por escrito, y si el superior la reitera en igual forma, aquél deberá cumplirla, quedando exento de toda responsabilidad, la cual recaerá por entero en el superior que hubiere insistido en la orden. Tanto el funcionario que representare la orden, como el superior que la reiterare, enviarán copia de las comunicaciones mencionadas a la jefatura superior correspondiente, dentro de los cinco días siguientes contados desde la fecha de la última de estas comunicaciones.

En la situación contemplada en la letra m) del artículo 61, si los cargos fueren de tal naturaleza que se comprometiere el prestigio de la institución, el superior jerárquico deberá ordenar al inculpado que publique sus descargos en el mismo órgano de comunicación en que aquéllos se formularon, haciendo uso del derecho de rectificación y respuesta que confiere la ley respectiva.

Serán obligaciones especiales de las autoridades y jefaturas las siguientes:

a) Ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los órganos y de la actuación del personal de su dependencia, extendiéndose dicho control tanto

a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones;
b) Velar permanentemente por el cumplimiento de los planes y de la aplicación de las normas dentro del ámbito de sus atribuciones, sin perjuicio de las obligaciones propias del personal de su dependencia, y
c) Desempeñar sus funciones con ecuanimidad y de acuerdo a instrucciones claras y objetivas de general aplicación, velando permanentemente para que las condiciones de trabajo permitan una actuación eficiente de los funcionarios.

De Los Derechos Funcionarios

El Estatuto Administrativo contempla una serie de derechos de que gozan los funcionarios públicos, en tal sentido, es primordial señalar la garantía de servicio del funcionario público, el cual es el derecho que éste tiene a que sólo pueda ser destinado a desempeñar funciones propias del cargo para el que ha sido designado dentro de la institución correspondiente.

Lo anterior se entiende sin perjuicio del derecho del empleador a designar al trabajador en “comisión de servicio”, para el desempeño de funciones ajenas al cargo, en el mismo órgano o servicio público o en otro distinto, tanto en el territorio nacional como en el extranjero. Pero la comisión de servicio no puede significar el desempeño de funciones de menor jerarquía a las del cargo, o ajenas a los conocimientos que éste requiere o a la institución. No puede durar más de 3 meses en cada año calendario, pero se pueden renovar por iguales períodos (con un límite máximo de un año).

Además, el empleador puede hacer cumplir los denominados “cometidos funcionarios” que implica que los trabajadores se encuentran obligados a desplazarse dentro o fuera de su lugar de desempeño habitual, siempre que sea para realizar labores específicas inherentes al cargo que sirven, previa orden formal.

Según el Artículo 89, 90 y 91 del estatuto Administrativo todo funcionario tendrá derecho:

a) A gozar de estabilidad en el empleo y a ascender en el respectivo escalafón, salvo los cargos de exclusiva confianza;
b) Participar en los cursos; hacer uso de feriados, permisos y licencias;
c) Recibir asistencia en caso de accidente en actos de servicio o de enfermedad contraída a consecuencia del desempeño de sus funciones,
d) Participar en las acciones de capacitación, de conformidad con las normas del presente Estatuto.

e) A gozar de todas las prestaciones y beneficios que contemplen los sistemas de previsión y bienestar social en conformidad a la ley y de protección a la maternidad, de acuerdo a las disposiciones del Título II, del Libro II, del Código del Trabajo.

f) A ser defendidos y a exigir que la institución a que pertenezcan persiga la responsabilidad civil y criminal de las personas que atenten contra su vida o su integridad corporal, con motivo del desempeño de sus funciones, o que, por dicho motivo, los injurien o calumnien en cualquier forma.
La denuncia será hecha ante el respectivo Tribunal por el jefe superior de la institución, a solicitud escrita del funcionario, y cuando el afectado fuere dicho jefe superior, la denuncia la hará el Ministro de Estado que corresponda.

g) El funcionario tendrá derecho a ocupar con su familia, gratuitamente, la vivienda que exista en el lugar en que funcione la institución, cuando la naturaleza de sus labores sea la mantención o vigilancia permanente del recinto y esté obligado a vivir en él.
Aún en el caso de que el funcionario no esté obligado por sus funciones a habitar la casa habitación destinada al servicio, tendrá derecho a que le sea cedida para vivir con su familia. En este caso, pagará una renta equivalente al diez por ciento del sueldo asignado al cargo, suma que le será descontada mensualmente. Este derecho podrá ser exigido, sucesiva y excluyentemente, por los funcionarios que residan en la localidad respectiva, según su orden de jerarquía funcionaria. Sin embargo, una vez concedido no podrá ser dejado sin efecto en razón de la preferencia indicada.
El derecho a que se refiere este artículo, no corresponderá a aquel funcionario que sea, él o bien su cónyuge, propietario de una vivienda en la localidad en que presta sus servicios.

Realice ejercicios Nº 7 y 8

- La jornada de trabajo de funcionarios públicos

De acuerdo a lo señalado en el estatuto administrativo, la jornada ordinaria será 44 horas semanales, distribuidas de lunes a viernes, no pudiendo exceder de 9 horas diarias. En cuanto a las horas extraordinarias, cabe señalar que éstas se deben compensar en tiempo y no en dinero, salvo que por razones de buen servicio no sea posible devolver las horas extraordinarias con descanso complementario (o devolución del tiempo destinado).

En cuanto a los trabajadores regidos por el código del trabajo, la jornada es de 48 horas semanales (a partir del año 2005, será de 45 horas) y las horas extraordinarias deben ser pagadas de manera distinta a lo establecido en el estatuto. En otras palabras, la realización de horas extraordinarias siempre deberá ser pagada con el 50% de recargo en la remuneración, salvo que, por razones presupuestarias del servicio o porque el trabajador así lo solicite, podrán ser compensadas en tiempo.

- Feriado anual del funcionario público

El feriado anual (vacaciones) tiene una duración que depende de la cantidad de años que el trabajador tenga en el servicio.

Así, la ley señala que el feriado es de 15 días hábiles para los funcionarios con menos de 15 años de servicio, de 20 días hábiles para los con 15 o más años de servicio y menos de 20 y de 25 días hábiles para los con 20 o más años de servicio.

Cabe señalar, finalmente, que durante el feriado el trabajador debe recibir el total de su remuneración y que no pueden acumularse más de 2 períodos consecutivos de feriados.

- Permisos administrativos

Consiste en el derecho del funcionario a solicitar permisos por un máximo de 6 días hábiles en el año calendario, con goce de remuneraciones, sin que sea necesario invocar motivo alguno.

En cambio, pueden solicitarse permisos sin goce de remuneraciones y siempre que el trabajador presente motivos justificados, en los siguientes casos:

a.- Por motivos particulares, hasta 6 meses en cada año calendario
b.- Para permanecer en el extranjero, hasta por 2 años (no se aplica a los becados)

Prohibiciones del funcionario público

El estatuto administrativo establece que al funcionario le está prohibido:

1. Ejercer facultades, atribuciones o representación de las que no esté legalmente investido o que no le hayan sido delegadas
2. Intervenir, en razón de sus funciones, en asuntos en que tengan interés él, su cónyuge, sus parientes consanguíneos hasta el tercer grado inclusive o por afinidad hasta el 2º grado y ligados por adopción
3. Actuar directa o indirectamente contra los intereses del Estado o de las instituciones que formen parte de él, salvo que se trate de un derecho que le atañe directamente al funcionario o sus parientes
4. Intervenir ante los tribunales de justicia como parte, testigo o perito respecto de hechos de que hubiere tomado conocimiento en el ejercicio de su cargo o en juicios en que tenga interés el Estado
5. Someter a tramitación innecesaria o dilación los asuntos entregados a su conocimiento o resolución o exigir documentos o requisitos no establecidos en la normativa vigente.
6. Solicitar, hacerse prometer o aceptar donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza para sí o terceros.
7. Ejecutar actividades, ocupar tiempo de trabajo o utilizar personal, material o información reservada o confidencial para fines ajenos a los de la institución.
8. Realizar cualquier actividad política dentro de la Administración o usar autoridad o cargo o bienes de la institución para fines ajenos a sus funciones.
9. Organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la administración del Estado, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, en la retención indebida de personas o bienes y actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de la administración
10. Atentar contra bienes de la institución, cometer actos que produzcan la destrucción de materiales, instrumentos o productos de trabajo o disminuyan su valor o causen su deterioro
11. Incitar a destruir, inutilizar o interrumpir instalaciones públicas o privadas, o participar en hechos que las dañen.

Incompatibilidades del funcionario público

En primer lugar, el estatuto administrativo establece un caso genérico de incompatibilidad al establecer que, en el mismo servicio no pueden trabajar cónyuges o parientes directos, siempre que entre ambos exista una relación jerárquica (o sea, que uno sea jefe del otro).

En segundo término, señala el estatuto que el funcionario público no puede desempeñar ningún otro empleo al Estado, salvo que se trate de un funcionario público con jornada parcial y siempre que su jornada en el servicio, sumada a cualquier otra en otro organismo del Estado, no puede exceder las 44 horas semanales.

En todo caso, el estatuto administrativo sí permite que los funcionarios públicos, aún a jornada completa, desempeñen los siguientes trabajos:

1.- Funciones docentes de hasta un máximo de 12 horas semanales
2.- Funciones a honorarios que se efectúen fuera de jornada de trabajo
3.- Funciones como miembro de consejos o juntas directivas estatales
4.- Funciones de subrogante, suplente o a contrata
5.- Cargos de exclusiva confianza y cuyo nombramiento sea por plazos determinados por ley
6.- Cargos directivos superiores de establecimientos de educación superior del Estado.

No debe olvidarse, en todo caso, que el funcionario público comprendido en los números uno a seis, debe realizar igual las funciones propias de su cargo administrativo, debiendo prolongar su jornada hasta completar las horas que ha ocupado en los otros empleos.

3. CARGO DE PLANTA

El art. 3º letra b) la define como el conjunto de cargos permanentes asignados por la ley a cada institución, que se conforman de acuerdo a lo señalado por el art. 5º del Estatuto Administrativo. Así, hay plantas:

- De Directivos
- De Profesionales
- De Técnicos
- De Administrativos.
- De Auxiliares

Concepto de cargo público: según el art. 3º letra a) del Estatuto Administrativo, cargo público es aquel que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo primero, a través del cual se realiza una función administrativa.

Dentro de la planta de un órgano del estado es posible distinguir las siguientes categorías, según señala el Art. 5:

1- Planta directiva: Corresponde al número de cargos respecto de los cuales quienes los ejercen van a cumplir funciones de dirección dentro del órgano. Así por ejemplo en la planta presidencia de la republica encontraremos el cargo presidente de la republica, ministros y subsecretarios.
2- Planta profesional: Corresponde al número de cargos respecto de los cuales quienes los ejercen van a cumplir funciones de carácter profesional y que son necesarios para que el órgano pueda desempeñar sus funciones. Su número se encuentra entregada a la ley, pero su distribución será determinada por el órgano.
3- Planta de técnicos: Corresponde al número de cargos respecto de los cuales quienes los ejercen van a cumplir funciones de carácter técnico y que son necesarios para que el órgano pueda desempeñar sus funciones.
4- Planta de administrativos: Realizan funciones de secretaria. Su número se encuentra entregada a la ley, pero su distribución será determinada por el órgano
5- Planta de auxiliares

La sumatoria de estos cargos creados por ley es lo que se denomina planta de personal.

- El grado dentro de la planta.

Así tratándose de la planta de profesionales (aplicable al resto de las plantas) no todos los profesionales de una misma planta tienen un mismo grado, a través de ello se manifiesta el principio de la jerarquía, para que un profesional pueda ascender de grado se requiere como condición básica la existencia de una vacante.

La planta y el número de cargos lo determinará la ley, asimismo como el grado que es el orden jerárquico que ocupa cada funcionario dentro de una planta.

Ejemplo de un órgano dotado de 20 cargos

- Planta directiva: Grado del 1 al 3.
- Planta profesionales: Grado del 4 al 9.

- Planta de técnicos: Grado del 10 al 13.
- Planta de administrativa: Grado del 14 al 16.
- Planta de auxiliares: Grado del 17 al 20.

- Tratándose de la planta directiva:

El funcionario ingresa al grado de la planta directiva que señale la ley y no se aplicarán las reglas de promoción y ascenso. Se trata de cargos de confianza del presidente de la republica. Así por ejemplo los intendentes, que son nombrados y removidos por el presidente de la republica, tienen asignado el grado de la planta directiva que señala ley (grado 3). No se requiere ingresar al último grado y no se encuentra sujeto a las reglas de promoción y ascenso, es decir, jamás podrán ascender de grado.

Realice ejercicios Nº 9 y 10

Los funcionarios de planta podrán tener la calidad de titulares, suplentes o subrogantes, Art. 4.

Los funcionarios de planta son aquellos que ocupan alguno de los cargos creados por la ley en los grados que corresponda. Pueden tener la calidad de titulares, suplentes o subrogantes.

a) Son titulares: aquellos funcionarios que se nombran, mediante un acto administrativo, para ocupar en propiedad y en carácter permanente un cargo vacante. Hace excepción los denominados funcionarios de confianza.

b) Son suplentes: aquellos funcionarios designados en esa calidad en los cargos que se encuentren vacantes y en aquellos que por cualquier circunstancia no sean desempeñados por el titular, durante un lapso por no inferior a 15 días.
1. El suplente no adquiere el carácter de titular del cargo.
2. Un cargo vacante no debe necesariamente ser llenado con un titular, puede ser llenado también por un suplente.
3. No sólo una vacancia determina el nombramiento de un suplente sino que también el hecho que un cargo que por cualquier circunstancia no sean desempeñados por el titular, durante un lapso por no inferior a 15 días.
4. En el caso que la suplencia corresponda a un cargo vacante, ésta no podrá extenderse a más de 6 meses, al término de los cuales deberá necesariamente proveerse con un titular.
5. El suplente tendrá derecho a percibir la remuneración asignada al cargo que sirva en tal calidad en el caso que éste se encontrare vacante; cuando el titular del mismo por cualquier motivo no goce de dicha remuneración o cuando el titular haga uso de licencia médica.
6. Con todo, en el caso de licencias maternales y licencias médicas que excedan de 30 días, la designación podrá efectuarse con la remuneración correspondiente a un grado inferior al del cargo que se suple.
7. El suplente en los hechos deberá desempeñar dos funciones, pero en estricto derecho queda liberado de las funciones que habitualmente desempeña.

c) Subrogantes: Son subrogantes aquellos funcionarios que entran a desempeñar el empleo del titular o suplente por el solo ministerio de la ley, cuando éstos se encuentren impedidos de desempeñarlo por cualquier causa. El subrogante asume esta calidad por el solo ministerio de la ley, es decir, no requiere de un acto administrativo que lo nombre en tal calidad, a diferencia de

lo que ocurre con el suplente. El límite entre la suplencia y la subrogancia se encuentra en los 15 días antes señalados.

La causa que impide al titular o suplente desempeñar su empleo ha de ser legal, entre las cuales podemos señalar las siguientes:

1. Licencias médicas.
2. Feriados administrativos.
3. Suspensión cuando ésta se aplica como medida disciplinaria o como medida preventiva dentro de un proceso criminal.
4. Otra causa justificada.

- Algunas reglas en relación con los subrogantes:

1. El subrogante no subrogará al titular o al suplente cuando por ejemplo éstos tengan que ir al banco. Éstos no se encuentran ausentes, si bien no se encuentran físicamente, se encuentran sirviendo el cargo.
2. La remuneración de los subrogantes se sujeta a las mismas reglas que los suplentes.
3. ¿A quién corresponde subrogar? Subrogará el funcionario que le sigue en jerarquía a la persona que se ausenta. Sin embargo, la autoridad que tiene la facultad de nombrar el funcionario que debe subrogar puede disponer un orden distinto de subrogación en dos casos:
    a) Tratándose de los cargos de confianza, pues a la autoridad le interesa que quien subroga también cuente con la confianza de la autoridad.
    b) Cuando dentro de la unidad o departamento respectivo no exista otra persona que reúna los requisitos para subrogar en conformidad a la ley.
    Por ejemplo si la ausencia por licencia médica se prolonga por 10 días se debe nombrar un subrogante, pero si se renueva por 10 días más el cargo lo debe seguir desempeñando un subrogante y no un suplente, pues se renueva.

4. EMPLEOS A CONTRATA

Es aquel de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución.

Los empleos a contrata durarán, como máximo, sólo hasta el 31 de diciembre de cada año y los empleados que los sirvan expirarán en sus funciones

en esa fecha, por el solo ministerio de la ley, salvo que hubiese sido propuesta la prórroga con treinta días de anticipación a lo menos.

El número de funcionarios a contrata de una institución no podrá exceder de una cantidad equivalente al veinte por ciento del total de los cargos de la planta de personal de ésta.

Podrán existir empleos a contrata por jornada parcial y, en tal caso, la correspondiente remuneración será proporcional a dicha jornada.

Los grados de las escalas de remuneraciones que se asignen a los empleos a contrata no podrán exceder el tope máximo que se contempla para el personal de las plantas de Profesionales, de Técnicos, de Administrativos y de Auxiliares en el respectivo órgano o servicio, según sea la función que se encomiende. En aquellos órganos o servicios en que no existan algunas de las plantas mencionadas, los empleos a contrata no podrán tener un grado superior al máximo asignado a la planta respectiva, en los otros órganos o servicios regidos por la misma escala de sueldos.

5. CONTRATO A HONORARIOS

En el caso de los trabajadores a “honorarios”, la regulación legal se da a través de lo establecido por las partes en el respectivo contrato (que viene a ser un tipo de contrato civil, sin constituir contrato de trabajo).

Ahora bien, justamente por tratarse de un contrato que restringe sobremanera los derechos del trabajador (en el fondo, no puede acceder a los derechos ni del Código del Trabajo ni del Estatuto Administrativo), la ley se encarga de precisar los requisitos para que exista un contrato de honorarios legal.

Dichas condiciones son:

1. Sólo se puede contratar por honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución, mediante resolución de la autoridad correspondiente,

2. También se puede contratar a extranjeros que tengan título correspondiente a la especialidad que se requiera y siempre que ejerza funciones accidentales y no habituales de la institución.

Entonces, cada vez que se trate de un contrato que, independientemente de lo que diga el documento, no se corresponda con los requisitos señalados, estaremos en presencia de un contrato de trabajo, íntegramente regulado por el Código del Trabajo.

El Contrato a Honorarios es un mecanismo de prestación de servicios que tiene por objeto permitir a los jefes superiores de la Administración contar con la asesoría de especialista en determinadas materias.

Se contrata a honorarios cuando se requiere:

1. Realizar labores no habituales o accidentales, o
2. Ejecutar cometidos específicos.

Esta última causal abre la puerta para la contratación a honorarios para desarrollar labores permanentes y habituales del servicio, en la medida que se trate de tareas concretamente determinadas, de tareas puntuales individualizadas en forma precisa y determinada, circunscritas a un objetivo especial, según ha dicho la jurisprudencia.

A quiénes se contrata a honorarios

Según expresamente señala el art. 10 de Estatuto Administrativo, se podrá contratar a base de honorarios:

1. Profesionales y técnicos de educación superior
2. Expertos en determinadas materias
3. Extranjeros con título correspondiente a la especialidad requerida.

Naturaleza del contrato a honorarios

En relación al tema, se debe partir indicando que a las personas contratadas a honorarios, no se les aplican las normas del Estatuto Administrativo, rigiéndose enteramente por las normas del respectivo contrato (art. 10 inc. final Estatuto Administrativo).

En virtud de lo anterior, la jurisprudencia ha entendido que no revisten la calidad de funcionarios públicos, que sus derechos son los que se indican en el convenio respectivo, el que puede ser modificado de común acuerdo, puede fijarse una jornada de trabajo y demás estipulaciones que se acuerden.

Como no son funcionarios públicos, no quedan afectas al régimen aplicable al personal dependiente y no pueden sufrir descuento alguno de carácter previsional.

Realice ejercicios Nº 11 y 12

6. DE LA CARRERA FUNCIONARIA

La Carrera Funcionaria

El Art. 38 inciso 1° de la CPE consagra la institución de la carrera funcionaria en los siguientes términos “Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes”.

La ley de bases que debió hacer manifestación expresa de la carrera funcionaria no lo hace en los Arts. 12 al 17, sin embargo, es posible de estas disposiciones extraer este principio.

El título II del estatuto administrativo lleva como epígrafe “De la carrera funcionaria”

¿Qué se entiende por carrera funcionaria?

El Art. 3 letra f) del estatuto lo define en los siguientes términos “Es un sistema integral de regulación del empleo público, aplicable al personal titular de planta, fundado en principios jerárquicos, profesionales y técnicos, que garantiza la igualdad de oportunidades para el ingreso, la dignidad de la función pública, la capacitación y el ascenso, la estabilidad en el empleo, y la objetividad en las calificaciones en función del mérito y de la antigüedad”

La carrera funcionaria es una institución que no resulta aplicable a los funcionarios a contrata, suplentes o subrogantes, así como tampoco resulta aplicable tratándose de los funcionarios de exclusiva confianza.

Características de la Carrera Funcionaria

1. Es un sistema integral de regulación del empleo, lo que indica que como "sistema" debe constituir un conjunto armónico de disposiciones que se vinculan entre sí, y el hecho que sea integral significa que debe comprender las principales etapas de la actividad del empleo tales como el ingreso, los derechos, deberes, responsabilidad y cese.

2. Este sistema rige al personal de planta que se desempeña como titular y se extiende únicamente hasta los cargos de jerarquía inmediatamente inferior a los de exclusiva confianza (Estatuto Administrativo, art. 6º).

3. El sistema de carrera funcionaria se fundamenta en principios "Jerárquicos" "Profesionales" y " Técnicos".

4. Los objetivos que garantiza son "la igualdad de oportunidades para el ingreso", "la dignidad de la función pública", "la capacitación", "el ascenso", "la estabilidad en el empleo" y la "objetividad en las calificaciones".

El título II del estatuto, en relación a la carrera funcionaria, contempla las siguientes normas:

1- Normas sobre ingreso.
2- Normas sobre promociones y ascenso.
3- Normas sobre capacitación.
4- Normas sobre sistema de calificación.

1) Normas sobre ingreso y promociones y ascenso.

Producida una vacancia en primer lugar y de manera obligatoria se aplicarán las normas sobre ascenso y cuando ello no fuera posible se aplicarán las normas sobre nombramiento.

a) Ascenso

Según el Art. 54 es el derecho que tiene todo funcionario, titular de planta, de acceder a un cargo vacante de grado superior en la línea jerárquica de la respectiva planta. Sin embargo, Un funcionario tendrá derecho a ascender a un

cargo de una planta inmediatamente superior, gozando de preferencia respecto de los funcionarios de ésta, cuando concurran los siguientes requisitos:

1- Que se encuentre en el tope de su planta, es decir, en el grado más alto y en el primer lugar de planta.
2- Que reúna los requisitos para ocupar el cargo.
3- Que tenga un mayor puntaje en el escalafón que los funcionarios de la planta a la cual accede.

- ¿Quiénes no tienen derecho a ascender? Art. 55.

Serán inhábiles para ascender los funcionarios que:

1- No hubieren sido calificados en lista de distinción o buena en el período inmediatamente anterior;
2- No hubieren sido calificados durante dos períodos consecutivos; ejemplo tuvo licencia médica por más de 6 meses.
3- Hubieren sido objeto de la medida disciplinaria de censura, más de una vez, en los 12 meses anteriores de producida la vacante, y
4- Hubieren sido sancionados con la medida disciplinaria de multa en los 12 meses anteriores de producida la vacante

- ¿Desde cuándo se tiene el derecho a ascender?

El ascenso va a regir desde la fecha en que se produjo la vacante, sin embargo para que un funcionario ascienda se requiere de un acto administrativo que deje constancia de ese derecho.
¿Qué sucede si la autoridad del órgano se negare a dictar dicho acto administrativo si el ascenso en un derecho?

b) Normas sobre nombramiento.

Si no fuera posible aplicar las normas sobre ascenso se dará aplicación a las normas sobre nombramiento.
Genéricamente nombramiento en sentido amplio es comprensivo de cualquier acto de la administración en que se nombra a un funcionario en cualquier tipo de cargo público.

Sin embargo, el estatuto utiliza el concepto de nombramiento sólo para aquellos casos en que se incorpora a un particular en un cargo vacante de alguna de las plantas, incorporándose al último grado de la planta.

Estos particulares se van a incorporar a la administración del estado mediante un sistema concursal y su ingreso se va a producir en el último grado de la planta respectiva, salvo que existan vacantes de grados superiores a éste que no hubieren podido proveerse mediante ascensos.

Este concurso debe garantizar el derecho a postular en igualdad de condiciones, según señala el Art. 15 inciso 2° del estatuto, dando aplicación a lo señalado en el Art. 38 de la CPE "Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública... y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella".

Mientras que el Art. 13 inciso 2° de la ley de base señala que: "Todas las personas que cumplan con los requisitos correspondientes tendrán el derecho de postular en igualdad de condiciones a los empleos de la Administración del Estado, previo concurso"

c) El concurso.

No existe posibilidad de ingresar a la administración del estado como titular sin previo concurso, salvo tratándose de los contratados a honorarios, funcionarios a contrata y planta directiva.

El concurso consistirá en un procedimiento técnico y objetivo que se utilizará para seleccionar el personal que ingresará a la administración del estado.
Se evaluarán antecedentes personales del postulante, se rendirán pruebas exigidas, entrevista personal, etc.

El concurso debe iniciarse una vez que se haya confeccionado un documento denominado "Bases del concurso" Las bases son inamovibles.

En cada concurso deberán considerarse a lo menos los siguientes factores:

1. Los estudios y cursos de formación educacional y de capacitación;
2. La experiencia laboral, y
3. Las aptitudes específicas para el desempeño de la función.

Estos factores no pueden dejar de evaluarse. La institución los determinará previamente y establecerá la forma en que ellos serán ponderados y el puntaje mínimo para ser considerado postulante idóneo.

- ¿Quién preparará y realizará el concurso?

El concurso será preparado y realizado por un comité de selección, conformado por el jefe o encargado de personal y por quienes integran la junta calificadora central o regional, según corresponda, con excepción del representante de personal.

a) La autoridad facultada para hacer el nombramiento publicará un aviso con las bases del concurso en el Diario Oficial, los días 01 o 15 de cada mes o el primer día hábil siguiente si aquellos fueren feriado. Entre la publicación en el Diario Oficial y la fecha de presentación de antecedentes no podrá mediar un lapso inferior a 8 días.
b) El aviso deberá contener, a lo menos, la identificación de la institución solicitante, las características del cargo, los requisitos para su desempeño, la individualización de los antecedentes requeridos, la fecha y lugar de recepción de éstos, las fechas y lugar en que se tomarán las pruebas de oposición, si procediere, y el día en que se resolverá el concurso.
c) Como resultado del concurso el comité de selección propondrá a la autoridad facultada para efectuar el nombramiento, los nombres de los candidatos que hubieren obtenido los mejores puntajes, con un máximo de tres, respecto de cada cargo a proveer. El concurso podrá ser declarado total o parcialmente desierto
d) La autoridad facultada para hacer el nombramiento seleccionará a una de las personas propuestas y notificará personalmente o por carta certificada al interesado, quien deberá manifestar su aceptación del cargo y acompañar, en original o en copia autentificada ante Notario, los documentos probatorios de los requisitos de ingreso dentro del plazo que se le indique. Si así no lo hiciere, la autoridad deberá nombrar a alguno de los otros postulantes propuestos.
e) Una vez aceptado el cargo, la persona seleccionada será designada titular en el cargo correspondiente. El funcionario adquirirá la propiedad del cargo.

Realice ejercicios Nº 13 y 14

d) Funcionario de hecho.

Hay actos administrativos de nombramiento, que no obstante no haberse cumplido el trámite de toma de razón, por razones de interés público se permite que la persona asuma antes, debiendo dejarse constancia de ello en el acto administrativo de nombramiento.

Esta persona asumirá un cargo público sin previa investidura, y pueden darse dos situaciones:

1. Que la contraloría no encuentre vicios de ilegalidad en el acto de nombramiento, en este caso no se presentarán problemas.
2. Que la contraloría encuentre vicios de ilegalidad en el acto de nombramiento, y en este caso el funcionario deberá dejar de servir de inmediato. Sin embargo, por razones de seguridad jurídica el estatuto señala que sus actuaciones son validas y sus remuneraciones son legítimamente percibidas. Se trata de una especie de inconstitucionalidad del estatuto administrativo.

- Funcionario de hecho en situaciones anormales.

Escapa de la situación anterior. Sin tener un nombramiento que de legitimación a su actuación. Hasta hace poco tiempo atrás el ocupar una función pública sin nombramiento previo constituía el delito de anticipación indebida de funciones.

Esta actuación se justifica dada las condiciones existentes en un momento determinado, ejemplo la muerte de los funcionarios del registro civil habilita a que otra persona asuma esta función, el que sin tener investidura, asume una importante función pública.

Para que esta actuación sea considerada legítima debe reunir los siguientes requisitos:

1. Que la persona actúe de buena fe.
2. Que exista un convencimiento en la comunidad de que alguien debe desempeñar por una razón de interés público aquella función pública.

2) Normas sobre capacitación.

Hoy en día se constituye en uno de los pilares de la administración pública, así el Art. 38 de la CPE señala que: "*Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública... la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes*", y dando cumplimiento al mandato constitucional el Art. 17 de la ley de bases señala que: "*La Administración del Estado asegurará la capacitación y el perfeccionamiento de su personal, conducentes a obtener la formación y los conocimientos necesarios para el desempeño de la función pública*"

Hoy en día los órganos de la administración del estado están obligados anualmente a contemplar en sus respectivos presupuestos recursos destinados a capacitación y perfeccionamiento de sus funcionarios.

De forma tal que la capacitación es un derecho de los funcionarios públicos que se manifiesta en un conjunto de actividades de carácter permanente, organizadas sistemáticamente, destinadas a que los funcionarios de la administración del estado adquieran, complementen y actualicen sus conocimientos con el objeto de cumplir eficientemente sus funciones.

El estatuto administrativo contempla 3 tipos de capacitación.

1. La capacitación para el ascenso.
2. La capacitación de perfeccionamiento.
3. La capacitación voluntaria.

1- La capacitación para el ascenso

Es aquella que habilita a los funcionarios públicos para sumir cargos superiores, sin la cual no se pueden asumir, es muy frecuente en las fuerzas armadas.

- ¿Es obligatoria asistir a los cursos de capacitación para el ascenso?

No, pues postulan a la capacitación para el ascenso las personas interesadas y su selección se realiza en estricto apego al orden del escalafón. La no postulación de un funcionario a la capacitación para el ascenso en ningún caso puede significar un menoscabo en su calificación.

Las calificaciones que se obtengan en la capacitación para el ascenso pueden influir en la calificación, que como funcionario, tengan las personas que asistieron. Así el que aprobó tendrá una anotación de merito, mientras que el que reprobó tendrá una anotación de merito.

2- La capacitación de perfeccionamiento.

Tiene por objeto mejorar el desempeño del funcionario en el cargo que ocupa, esta capacitación se encuentra vinculada con la función particular que cada funcionario público cumple.

La selección de los postulantes para la capacitación de perfeccionamiento ser realiza de acuerdo a los meritos obtenidos y se deben acompañar todos los antecedentes que puedan servir para ese objetivo.

No es obligatorio postular a la capacitación de perfeccionamiento y en consecuencia, tampoco el no postular puede incidir en la calificación del funcionario. Sin embargo, al igual que en el caso anterior, la calificación que se obtenga debe ser considerada en las calificaciones del funcionario.

3- La capacitación voluntaria.

Corresponde a aquellas materias que son de interés para la institución, y en consecuencia no está ligada directamente con la función particular que cada funcionario público cumple. Puede postular en consecuencia cualquier funcionario público del órganos correspondiente y su selección se hará por concurso según el merito de cada persona y no es habilitante para un ascenso.

No es obligatorio postular a la capacitación voluntaria y en consecuencia, tampoco el no postular puede incidir en la calificación del funcionario. Sin embargo, al igual que en el caso anterior, la calificación que se obtenga debe ser considerada en las calificaciones del funcionario

- Derechos de las personas seleccionadas para capacitarse.

1. El funcionario que se capacita tiene derecho que se le mantenga durante todo el periodo de capacitación su cargo y además a percibir íntegramente su remuneración.
2. También tiene derecho a que la administración le pague todos aquellas gastos que la capacitación le genere, ejemplo matriculas, derechos de incorporación, apuntes.
3. Adicionalmente a la remuneración tiene derecho que se le pague un viático por concepto de los gastos en que debe incurrir por alimentación y alojamiento.
4. Tiene derecho a que se la pague los gastos originados en el traslado al lugar de capacitación.
5. Si eventualmente el funcionario para cumplir con sus labores de capacitación requiere extender su jornada ordinaria de labores tiene

derecho a un descanso complementario igual al tiempo efectivo de asistencia a las clases respectivas. La contraloría ha sido vacilante en orden a aceptar o no este derecho de los funcionarios que se capacitan en una ciudad distinta a aquella en que cumplen sus funciones. Hoy en día se entiende que tienen derecho a este descanso todos los funcionarios que se capacitan, sin importar el lugar de ello.

- Deberes u obligaciones de las personas seleccionadas para capacitarse.

1. Asistir al curso de capacitación regularmente.
2. Si bien no existe una obligación expresa de aprobar el curso, tácitamente existe esta obligación, pues existe un deber de colocar todos los esfuerzos a fin de aprobar.
3. La persona que se va a capacitar debe continuar desempeñando funciones en la institución respectiva o en cualquier órgano de la administración del estado por un tiempo de a lo menos el doble de extensión del curso de capacitación. Si la persona que se ha capacitado quisiera retirarse de la administración del estado deberá reintegrar todos los recursos incurridos para su capacitación, en caso contrario quedará inhabilitado para reingresar a la administración del estado.

- Estudios que no deben ser considerados capacitación y perfeccionamiento.

No corresponde considerar como capacitación los estudios de educación básica, media o superior e incluso cursos de post grado de un funcionario de la administración del estado.

Realice ejercicios Nº 15 y 16

3) Normas sobre sistema de calificación.

Se reglamenta en el párrafo III del título 2. Art. 27 y ss. Además por el DS 1825 del ministerio del interior del 7 de Septiembre de 1998.

La calificación es un sistema que tiene por objeto evaluar dos grandes aspectos:

1. El desempeño de cada uno de los funcionarios de la administración del estado durante un periodo determinado. Este sistema de calificación es aplicable tanto a los funcionarios de planta como a los de contrata.
2. Las actitudes que cada funcionario tiene para cumplir la función pública, en este proceso de calificación debe atenderse a las exigencias y características particulares de los respectivos cargos.

- Efectos de la calificación de los funcionarios de la administración del estado.

1. Puede tener efectos en el ejercicio del derecho al ascenso.
2. Tiene efectos en el reconocimiento y otorgamiento de ciertos estímulos a ciertos funcionarios, ejemplo capacitación de perfeccionamiento.
3. Puede servir para fundar la eliminación de un funcionario de la administración del estado.

Como consecuencia del proceso de calificación los funcionarios son evaluados en una escala que va de 1 a 60 puntos, evaluación que se hace sobre la base de distintos factores: aptitudes, capacidad, cumplimiento de las normas complementarias, etc.

Se obtiene una nota única y sobre la base de dicha calificación los funcionarios se ubican en las distintas listas que se contemplan para representar una determinada posición:

1. Lista N°1 distinción.
2. Lista N°2 Buena
3. Lista N°3 Condicional.
4. Lista N°4 de eliminación.

- Periodos a considerar para los efectos de la calificación.

El periodo que se califica es anual, es decir, todos los años se califica a los funcionarios de la administración del estado. Hay que tener presente que la calificación de los años anteriores no puede ser considerada en el proceso de calificación del año respectivo, pues se evalúa sólo el periodo correspondiente.
El periodo anual comprende desde el 1 de septiembre de un año al 31 de agosto del año siguiente.

- Periodo en que se debe realizar la calificación.

A su vez el proceso de calificación se debe realizar en el periodo comprendido entre el 1 de septiembre al 30 de noviembre de cada año. En consecuencia cuando llegue el 1 de septiembre de 2002 se calificará el periodo comprendido entre el 1 de septiembre al 30 de noviembre del año 2001.

¿En qué periodo produce sus efectos de la calificación?

La calificación producirá todos sus efectos en el periodo comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre del año inmediatamente posterior a aquel en que terminó la calificación.

- ¿Qué funcionarios de la administración del estado deben ser calificados?

En general se calificará a todos los funcionarios de planta titulares (y subrogantes) y también se calificará a los funcionarios a contrata. En este último caso si bien los efectos de la calificación no dirán relación con aspectos tales como ascenso podrán decir relación con aspectos tales como la capacitación voluntaria o eliminación al figurar en lista de eliminación.

Los funcionarios de confianza también serán calificados, la cual será considerada como un antecedente como medida para mejor resolver en relación a la autoridad encargada del nombramiento y remoción del funcionario de confianza.

Los sujetos a un contrato a honorarios no se califican pues no son funcionarios de la administración del estado.

- ¿Qué funcionarios de la administración del estado no deben ser calificados?

1. El jefe superior de la institución, que generalmente es un funcionario de confianza.
2. El subrogante legal del jefe superior de la institución.
3. Los miembros de la junta calificadora central.

4. Los delegados del personal. Estos últimos para todos los efectos legales conservan su calificación anterior, sin embargo, ellos podrán solicitar ser calificados.
5. Tampoco se califican aquellos funcionarios que por cualquier motivo legal hubieran desempeñado efectivamente sus funciones por un tiempo inferior a 6 meses en el periodo respectivo de calificaciones. Este periodo de 6 meses podrá ser continuo o no y para todos los efectos se considerará la calificación anterior.

- ¿Qué organismo es el encargado de la calificación de los funcionarios de la administración del estado?

La calificación de los funcionarios de la administración del estado está a cargo de una junta calificadora, pero el alcance de dicha junta dependerá si se trata de un órgano centralizado o descentralizado.

a) En el caso de los órganos centralizados: Existirá siempre una junta calificadora central radicada en el lugar en donde se encuentre la sede central del servicio.

1- Además existirá un junta calificadora en aquellas regiones en que en el respectivo órgano laboren 15 o más funcionarios, la que denominaremos junta calificadora regional. Tratándose de los órganos desconcentrados también se dará aplicación a la norma anterior, pues son una especie de órganos centralizados.
2- En aquellas regiones donde laboren menos de 15 funcionarios la calificación estará entregada a la junta calificadora central, presentándose arbitrariedades por el extremo centralismo.

- ¿Quiénes integran la junta calificadora central?

1. Por los 5 funcionarios de más alto nivel jerárquico dentro de cada institución, con excepción del jefe superior, pues es la instancia de apelación.
2. Por un representante del personal elegidos por éstos. Si por cualquier razón no se eligiere un representante del personal en el tiempo correspondiente, actuará en dicha calidad el funcionario más antiguo de la institución.
3. También integran la junta calificadora, pero sólo con derecho a voz, un representante de la asociación de funcionarios que tenga la mayor representación dentro de la institución.

Se presentan arbitrariedades en relación a la calificación directa por el poder central y la composición de la junta.

- ¿Quiénes integran la junta calificadora regional?

    1. Por los 3 funcionarios de más alto nivel jerárquico dentro de cada institución en la respectiva región. No se excluye el jefe superior del servicio a nivel regional.
    2. Por un representante del personal elegidos por éstos. Si por cualquier razón no se eligiere un representante del personal en el tiempo correspondiente, actuará en dicha calidad el funcionario más antiguo de la institución a nivel regional.
    3. Si no existe una asociación gremial en la región los funcionarios tienen derecho a designar un representante con derecho a voz

b) En el caso de los órganos descentralizados: existirá una junta calificadora por cada órgano y ésta tendrá la siguiente integración:

1. Por los 5 funcionarios de más alto nivel jerárquico dentro de cada institución, con excepción del jefe superior.
2. Por un representante del personal.
3. Por un representante de la asociación gremial correspondiente.

c) Situación de los servicios de salud.

Excepcionalmente en los servicios de salud habrá además una junta calificadora por cada uno de los hospitales que dependan del servicio respectivo.

La ley no señala como se integra esta junta, pero la contraloría ha señalado que tiene la misma integración que las juntas regionales.

Así por ejemplo en la octava región existe 5 servicios de salud, y en el servicio de salud concepción existe 5 hospitales.

1. El servicio de salud respectivo califica a los funcionarios no incluidos en los hospitales, además de los funcionarios de consultorios y administrativos.
2. Los hospitales calificarán a sus funcionarios.

- Funcionamiento de la junta calificadora.

La junta calificadora, sea la central o regional, se encontrará presidida por el funcionario de más alta jerarquía que la integre, el que generalmente es un funcionario de confianza. En caso de impedimento transitorio de algún funcionario

la junta se integrará por aquel funcionario que le siga en jerarquía en la planta funcionaria.

- La junta calificadora adoptará sus resoluciones tomando en consideración los siguientes instrumentos:

  1. La precalificación del funcionario que previamente ha hecho su jefe directo.
  2. La hoja de calificación que el documento en que se asignan las notas y se señalan sus fundamentos. En la precalificación se tiene a la vista la misma hoja de calificación, normalmente la junta calificadora reproduce la hoja de calificación.
  3. Además la junta calificadora debe tener a la vista la llamada hoja de vida del funcionario, es decir, su carpeta personal en donde la unidad de personal del servicio consignará todos los datos de interés tales como: calificación, ascenso, capacitación, etc.

Realice ejercicios Nº 17 y 18

- Especial mención en un proceso de calificación tienen las anotación de merito y de demérito de los funcionarios:

1. Las anotaciones de merito: Están destinadas a dejar constancia expresa de cualquier acción del funcionario público que implique una conducta destacada. No se trata de cumplir adecuadamente sus actividades, pues se trata de una obligación del funcionario, sino que debe tratarse de una actuación que sobrepase sus funciones naturales como funcionario público. El estatuto administrativo señala por ejemplo la adquisición de algún título o calidad relacionada con el servicio.

2. Las anotaciones de mérito: Tienen como finalidad dejar constancia de aquellas actuaciones de los funcionarios que representen una conducta reprochable, acción u omisión, que se contraponga generalmente a sus funciones. Ejemplo desempeñar el trabajo permanentemente en forma atrasada.

- En relación a esta anotaciones.

El estatuto administrativo establece la posibilidad que el funcionario público solicite a su jefe directo que deje constancia de una anotación de merito, así mismo puede solicitar a este mismo jefe directo que deje sin efecto una anotación de demerito que se haya querido consignar o deje constancia en la hoja de vida de circunstancias atenuantes a la conducta que originó la anotación.

Si el jefe directo rechaza tal petición, cualquiera que ella sea, deberá dejar constancia de ello en un informe, todo ello destinado a evitar arbitrariedades en materia de calificación.

Hoy en día, sin embargo, el asunto es objeto de arbitrariedades, pues la cede jurisdiccional niega competencia para conocer de estas cuestiones por vía del recurso de protección, señalando que existen otras instancias para su conocimiento.

- La hoja de calificación.

La calificación queda manifestada en llamada hoja de calificación la cual es emitida por la junta calificadora y que debe ser notificada a cada uno de los funcionarios, generalmente por el secretario de la junta, un ejemplar de dicha hoja debe ser firmada por el funcionario respectivo y si se negare a hacerlo el

secretario de la junta deberá dejar constancia de ello en la hoja de vida del funcionario.

- Recurso de apelación.

Frente a la calificación procede recurso de apelación dentro del plazo de 5 días hábiles contados desde la notificación, se consideran para estos efectos días hábiles de lunes a viernes. Excepcionalmente este plazo de 5 días hábiles puede ser ampliado a 10 por la junta calificadora.

Este recurso de apelación se interpone ante el jefe superior del servicio el que no integrará la junta calificadora.

El recurso de apelación deberá ser resuelto en el plazo de 15 días contados desde su interposición. El fallo debe ser notificado al recurrente y en contra de esta resolución sólo se podrá recurrir ante la Contraloría general de la republica cuando en el proceso de calificación se hubieren vulnerado derechos reconocidos en el propio estatuto. En caso contrario no se podrá reclamar por ilegalidad y la calificación quedará firme.

- Efectos de la calificación

a) "La confección del escalafón". Tomando en consideración la calificación de los funcionarios de la administración del estado se confecciona el escalafón de funcionarios, que es la ubicación de éstos, atendiendo la calificación obtenida, dentro de la planta de funcionarios, según el grado.

Este escalafón se aplicará en el periodo comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre del año inmediatamente siguiente al periodo de calificación respectivo

En caso de empate en la calificación dentro de un mismo grado y planta se recurrirá al criterio de la antigüedad. Para estos efectos se considerará:

1. La antigüedad en el cargo.
2. Si no fuera posible lo anterior se recurrirá a la antigüedad en el grado, ejemplo quien llegó primero al grado 4.
3. Si se mantuviera el empate se resolverá considerando la antigüedad en la institución.
4. Si se mantuviera el empate se preferirá al primero que haya llegado a la administración pública.
5. Si mantuviera el empate resolverá el jefe superior del servicio.

Reclamo de ilegalidad en relación al escalafón: Procede ante la contraloría cuando de acuerdo a los antecedentes el funcionario ha sido mal ubicado en el escalafón.

El escalafón será aprobado por un acto administrativo y se deberá notificar. Este acto administrativo que produce efectos generales se notifica mediante su emisión y ubicación en lugares de acceso y a la vista de los funcionarios.

b) Eliminación. Si el funcionario es calificado en lista 4 o lista de eliminación por una sola vez debe hacer abandono del servicio en el plazo de 15 días hábiles contados desde que se le notificó. En caso que no presente su renuncia voluntaria al 16 contados desde su notificación se dictará otro acto administrativo en que se declarará vacante el cargo.
El mismo efecto se produce cuando el funcionario ha sido calificado en lista 3 o condicional durante dos periodos consecutivos. Esta medida no operará cuando la calificación en lista 3 se ha mantenido respecto de aquellos funcionarios que tienen derecho a no ser calificados, pero sólo por un periodo más.

c) Ascenso: La calificación sirve también, de acuerdo al resultado obtenido, para obtener un ascenso. Cuando así ocurre el funcionario que pasa a ascender se ubicará en el último grado del cargo al que asciende.

d) Efectos de carácter general como el otorgamiento de estímulos como la capacitación.

Las Medidas Disciplinarias

La ley estatutaria contempla 4 castigos posibles de ser aplicados:

- Censura
- Multa
- Suspensión del empleo
- Destitución

Características Generales de las medidas disciplinarias

a) La aplicación de ellas está determinada por los principios de legalidad en cuanto a que los castigos disciplinarios deben ser establecidos por fuente de rango legal, e indicar la norma legal en que se basan.

b) La taxatividad, sólo es posible aplicar algunas de las sanciones que determinadamente señale la ley y no otras.

c) La discrecionalidad, salvo norma en contrario, la autoridad administrativa tiene amplias facultades para ponderar la gravedad de los hechos acreditados y en su mérito decidir sobre el castigo a aplicar.

La Medida Disciplinaria de Censura:

Consiste en la representación por escrito que se hace al funcionario con constancia en su hoja de vida, mediante una anotación de demérito (de 2 puntos) en el factor de calificación correspondiente. Este factor es el de comportamiento funcionario subfactor cumplimiento de normas.

La Medida Disciplinaria de Multa

Es la privación de un porcentaje de la remuneración mensual contra el funcionario sancionado, no inferior a un 5% ni superior a un 20%, pero manteniendo la obligación de servir el cargo. También debe dejarse constancia en la hoja de vida del afectado, mediante la correspondiente anotación de demérito en el factor de calificación correspondiente.

Para determinar el porcentaje de multa debe considerarse la remuneración percibida al momento de la notificación de la resolución condenatoria, no se pueden conceder facilidades para su pago y además estas sumas deben ingresarse a rentas generales de la nación a menos que una ley expresa permita considerarla como entrada propia del servicio.

La Medida Disciplinaria de Suspensión del Empleo

Consiste en la privación temporal –de treinta días a un máximo de tres meses- del empleo con goce de un cincuenta a un setenta por ciento de las remuneraciones y sin poder hacer uso de los derechos y prerrogativas inherentes al cargo.

Se dejará constancia de ella en la hoja de vida del funcionario mediante una anotación de demérito de seis puntos en el factor correspondiente.

Esta medida disciplinaria fue introducida por la Ley Nº 19.653, sobre Probidad Administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado.

Realice ejercicios Nº 19 y 20

La Medida Disciplinaria de Destitución:

Es la decisión que adopta la autoridad facultada para hacer el nombramiento, de poner término a los servicios del funcionario. Esta medida procederá siempre por:

a) Ausencia de la institución por más de 3 días seguidos sin causa justificada.
b) Condena por crimen o simple delito.
c) Infracción a disposiciones del Estatuto Administrativo (deberes estatuarios)
d) Demás casos contemplados por el Estatuto o Leyes Especiales.

Sin perjuicio de estas causales específicas de destitución, también se puede aplicar este castigo por la causal genérica de acreditarse infracciones graves a los deberes estatuarios.

La Ley Nº 19.653, ya citada, incorporó al artículo 125 del Estatuto Administrativo una importante modificación, que viene a alterar el encabezado y la discusión que acarreaba la posibilidad de aplicar esta causal por infracciones graves a los deberes estatutarios. En efecto, el encabezamiento del inciso 2º fue reemplazado por el siguiente:

"La medida disciplinaria de destitución procederá sólo cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de la probidad administrativa, y en los siguientes casos..."

Es decir, en nuestro concepto, se terminaría con la discusión respecto de la causal genérica, admitiéndose ésta sólo en la hipótesis que la modificación contempla, esto es, por infracción grave al principio de la probidad administrativa.

Prohibición de aplicar la medida disciplinaria de destitución 30 días antes y 60 días después de una elección presidencial o parlamentaria:

No puede decretarse contra un funcionario público la medida disciplinaria de destitución, a menos que el sumario haya sido instruido por el propio órgano contralor, en el período señalado de 30 días antes o 60 días después de una elección parlamentaria o presidencial.

Clasificación Doctrinaria De Los Castigos Disciplinarios

Según los efectos que producen en el derecho, las sanciones administrativas se clasifican en:

a) Medidas disciplinarias simplemente correctivas que no provocan el cese del afectado de la función pública como la censura, la multa y la suspensión.

b) y las expulsivas, que si provocan el cese en el empleo como la destitución.

7. Cese o Expiración De Funciones

El art. 89 del Estatuto Administrativo establece: "*Todo funcionario tendrá derecho a gozar de estabilidad en el empleo*", consagrando el DERECHO A LA FUNCIÓN, que es el derecho que le asiste al empleado legalmente investido como tal de permanecer en el cargo y desempeñarlo conforme a los principios que rigen el empleo público.

Concepto De Expiración De Funciones

Se entiende por cese o expiración de funciones la extinción del vínculo jurídico que une al Estado con el funcionario.

Requisitos

Todas las causales de expiración de funciones requieren para su eficacia cumplir con las exigencias comunes:

- Legalidad, El requisito de legalidad establece que los funcionarios públicos sólo pueden expirar en sus empleos en virtud de una causal de cese señalada por la ley.
- Taxatividad, implica que solamente puede cesar en sus funciones un agente público por las causales expresamente establecidas en la ley.
- Procedimiento formal y de comunicación al afectado resultan de la aplicación de las reglas generales que gobiernan la eficacia de los actos administrativos y por su intermedio se significa que las medidas de expiración de funciones deben ser aplicadas por la autoridad competente mediante la emisión del decreto o resolución respectiva; el que debe ser sometido al control preventivo de constitucionalidad y legalidad que ejerce la Contraloría General de la República por la vía de la TOMA DE RAZÓN y posteriormente debe ser comunicado al afectado mediante una notificación personal.

- Comunicación al afectado. Respecto del requisito de comunicación al afectado, en aquellos casos en que no es posible practicar la notificación personalmente debe procederse a la notificación por carta certificada, la que se entiende afinada, salvo norma expresa en contrario, en el momento de su recepción en el domicilio del afectado.

Causales de Cesación de Funciones:

El artículo 146 del Estatuto Administrativo señala que el funcionario público cesará en el cargo por las siguientes causales:

1) Aceptación de renuncia.

2) Obtención de jubilación, pensión o renta vitalicia en un régimen previsional en relación al respectivo cargo público.

3) Declaración de vacancia.

4) Destitución.

5) Suspensión del empleo.

6) Término del período legal por el cual le es nombrado.

7) Fallecimiento.

Aceptación De La Renuncia

La renuncia es el acto por en virtud del cual el funcionario manifiesta a la Autoridad que lo nombró su voluntad de hacer dejación de su cargo; lo que significa que además de la manifestación de voluntad del renunciante; la que debe ser formal; debe también concurrir la voluntad de la autoridad administrativa.

El artículo 147 inc. 2 del Estatuto Administrativo indica los requisitos de la renuncia al señalar que la renuncia deberá presentarse por escrito y no producirá efectos sino desde la fecha en que se quede totalmente tramitado el decreto o resolución que la acepte; a menos que la renuncia se indicara a una fecha determinada y así lo disponga la autoridad.

La jurisprudencia refiriéndose a la renuncia que se presenta con fecha determinada, ha resuelto que dicha resolución puede ser actual o futura; pero en ningún caso anterior al documento que la contiene, que aceptada la renuncia formulada con fecha determinada sus efectos se retrotraen a la época fijada por el

interesado, cuando el dimisionario haya continuado de hecho desarrollando labores mas allá de esa fecha; si se produce con conocimiento de las autoridades del servicio, ameritaría para cancelar al interesado las remuneraciones correspondiente a dicho período.

La renuncia se perfecciona solo cuando es aceptada por la autoridad, de modo que al renunciante le está impedido de alejarse de sus funciones mientras no se produzca tal aceptación.

La renuncia sólo puede ser retenida por la autoridad cuando el funcionario se encontrase sometido a sumario administrativo, del cual emanen antecedentes serios de que pueda ser alejado de la institución por aplicación de la medida disciplinaria de destitución; la aceptación de la renuncia no podrá retenerse por un lapso superior a 30 días contados desde su presentación; aun cuando no se hubiese la aplicación de la medida disciplinaría.

En resumen, lo dispuesto en el art. 147 inc. 3 del Estatuto Administrativo, por regla general, la autoridad administrativa no puede retener la renuncia presentada por el funcionario de su dependencia; está obligada a aceptar y darle curso; salvo que el funcionario le afecte dos situaciones específicas:

a) estar sometido a sumario, y
b) que del proceso sumarial emanen antecedentes serios que pueda ser sancionado con la medida disciplinaría de destitución del cargo.

Realice ejercicios Nº 21 y 22

Desistimiento De La Renuncia

Un funcionario puede desistirse de la renuncia voluntaria hasta antes que se le notifique el decreto o resolución de aceptación totalmente tramitado, hasta ese instante no se ha producido la ruptura del vínculo jurídico que le une con la administración.

No procede dejar sin efecto una renuncia que ha sido aceptada por la autoridad competente cuando el documento de aceptación ha sido totalmente tramitado.

Efecto De La Aceptación De La Renuncia

La renuncia es un acto administrativo complejo que requiere para su perfeccionamiento entre otros requisitos de la manifestación de voluntad del funcionario de abandonar su desempeño, libremente expresada, esto es, exenta de todo vicio. Si un funcionario se ha encontrado perturbado por un trastorno psíquico y por tanto, incapacitado de presentar su dimisión en forma válida; procedería dejar sin efecto la resolución que aceptó su renuncia por haberse fundado en una declaración de voluntad viciada.

Renuncia De Funcionario De Exclusiva Confianza

En los casos de cargos de exclusiva confianza la renuncia se hará por medio de la petición de renuncia que formulará el Presidente de la República o la autoridad llamada a efectuar el nombramiento. Si la renuncia no se presenta dentro de las 48 horas de requerida, se declara vacante el cargo.

Los funcionarios que ocupan cargos de exclusiva confianza, están sometidos a las mismas normas sobre responsabilidad administrativa que afectan a los funcionarios de planta, ya que la ley no los excluye de ellas.

Para los efectos provisionales deben entenderse que cuando se remueve a uno de esos servidores por causal de pérdida de confianza, esa remoción produce los mismos efectos que produciría la renuncia voluntaria.

Al no existir un procedimiento taxativo para solicitar la renuncia a los funcionarios de que se trata; ella puede ser requerida en forma verbal o escrita, directamente o por medio de alguna autoridad, que una vez aceptada la renuncia de este personal surte sus efectos a contar de la notificación al interesado del

decreto o resolución de aceptación y que la remoción así decretada produce los mismo efectos de una renuncia no voluntaria; figura jurídica que se considera subsistir solo para el personal .

La Jubilación, Pensión O Renta Vitalicia Como Causal De Cese O Expiración De Funciones.

Los funcionarios públicos pueden jubilar mediante dos sistemas:

a) El de Cajas de Previsión, en extinción, representadas para estos efectos por el Instituto de Normalización Provisional, siempre que se trate de funcionarios que optaron por quedar adscritos al sistema antiguo; los que obtienen una pensión de jubilación.

b) El de las Administradoras de Fondos de Pensiones, respecto de los funcionarios que ingresaron a la Administración del Estado después del año 1980; en este caso los interesados pueden obtener una pensión o renta vitalicia.

El funcionario que jubile, se pensione u obtenga una renta vitalicia en un régimen previsional, en relación al respectivo cargo público, cesara en el desempeño de sus funciones a contar del día en que, según las normas pertinentes, deba empezar a recibir la pensión respectiva. La data a partir de la cual la causal en estudio procede el cese o expiración de funciones está determinada por el momento en que según las normas pertinentes el empleado empieza a recibir la pensión respectiva.

Declaración De Vacancia

Es la decisión de la voluntad administrativa de poner término a los servicios del funcionario en los casos que la ley lo permite.

La declaración de vacancia procede por las siguientes causales:

7.3.3.1.- Declaración De Vacancia Por Salud Irrecuperable O Incompatible Con El Desempeño Del Cargo

Si se hubiere declarado irrecuperable la salud de un funcionario, este deberá retirarse de la administración dentro del plazo de 6 meses, contado desde la fecha en que le notifique la resolución por la cual se declare su irrecuperabilidad.

Si transcurrido este plazo el empleado no se retira, procederá la declaración de vacancia del cargo.

La autoridad competente para declarar la vacancia de un empleo es aquella a quien corresponde proveerlo, esto es, la jefatura superior.

Para el cómputo de los meses señalados no se consideran las licencias otorgadas por accidente en acto de servicio o enfermedad profesional.

La declaración de vacancia fundada en la causal de salud incompatible produce los mismos efectos que la declaración de vacancia fundada en la causal de irrecuperable, cualquiera que sea el sistema de pensiones a que este afiliado el funcionario.

7.3.3.2.- Declaración De Vacancia Por Perdida Sobreviniente De Algunos De Los Requisitos De Ingreso A La Administración Del Estado.

Respecto del requisito de ingreso sobre salud compatible, examinado de manera específica la situación estatutaria de los funcionarios públicos que padecen de trastornos psíquicos, es previo requerir a la autoridad médica competente un pronunciamiento en torno a las posibilidades de recuperación del afectado, resolviéndose que solo en el evento de que lo sea corresponde disponer la declaración de vacancia del funcionario, previa licencia médica de 6 meses con goce de renta.

Respecto del requisito de ingreso sobre idoneidad moral frente a una condena judicial por crimen o simple delito que afecte a un funcionario público, procede aplicar, en razón de su especialidad, y en su virtud sancionar al afectado con la medida disciplinaría de destitución de su empleo, no siendo procedente, disponer la declaración de vacancia por perdida de un requisito de ingreso.

7.3.3.3.- Declaración De Vacancia Por Calificación Del Funcionario En Lista De Deficiencia O Condicional

Tiene carácter de tal una calificación en lista 4 o dos calificaciones consecutivas en lista 3, y los funcionarios que se encuentren en tal situación les deben declarar vacante el cargo a contar del primer día del mes siguiente a aquel en que la resolución quede ejecutoriada.

7.3.3.4.- Declaración De Vacancia Por No Presentación De La Renuncia En Los Casos En Que Le Es Solicitado A Los Funcionarios De Exclusiva Confianza.

Cuando el funcionario que desempeña un cargo de exclusiva confianza se le pide la renuncia, debe presentarla dentro de las 48 horas.

Si no lo hiciera, se declarara vacante el cargo, según lo dispuesto por el artículo 150.

Cese De Funciones Por Destitución Del Cargo

La destitución es la decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento, de poner término a los servicios de un funcionario en carácter de medida disciplinaría y por las causales que la ley indica.

Al tratar de las medidas disciplinarias, se explicitaron las características, requisitos y causales que la hacen procedente, así como las modificaciones introducidas por la Ley Nº 19.653, de reciente data.

Cese De Funciones Por La Supresión Del Empleo

La supresión del empleo es el acto mediante el cual se elimina el cargo o empleo público de la planta del servicio público.

Es una medida de reserva legal, en el sentido de que supresión de los cargos o empleos públicos solo puede ser dispuesta por la ley.

Cese De Función Por Termino De Período Legal Por El Cual Se Es Designado.

El término del período legal por el cual es nombrado el funcionario o el cumplimiento del plazo por el cual es contratado, produce la inmediata cesación de sus funciones.

Agrega el precepto que no obstante el empleado continuara ejerciéndolas, con los mismos derechos y prerrogativas que los funcionarios en servicios activo, si fuere notificado previamente y por escrito, de encontrarse en tramitación el decreto o resolución que renueve su nombramiento o contrato.

Realice ejercicios Nº 23 y 24