

ACERCA DE LA CONVENIENCIA
DE REGULAR A LA ADMINISTRACIÓN
DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN:
UN EXAMEN COMPARADO

ABOUT THE CONVENIENCE
OF REGULATING THE CHILEAN STATE
ADMINISTRATION IN THE CONSTITUTION:
A COMPARATIVE EXAMINATION

*Nicolás Enteiche Rosales**
*Paula Bagioli Coloma***

RESUMEN: Este artículo describe las normas que disponen el orden de la Administración del Estado chilena y británica. Luego, analiza los fundamentos de cada sistema, con el propósito de evaluar la conveniencia de establecer las bases de la organización administrativa en la Constitución. Se concluye con una opinión respecto de los elementos destacables en cada medio.

Palabras clave: derecho constitucional, derecho administrativo, derecho comparado.

ABSTRACT: This article describes the provisions that regulate the Chilean and British State Administration. It also analyzes each system's basis and the convenience of establishing the administrative organization in the Constitution. It concludes with an overview of the most critical elements in each system.

Keywords: Constitutional Law, Administrative Law, Comparative Law.

* Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad del Desarrollo y de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctorando en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Becario Conicyt Pfccha/Doctorado Nacional/2019-21190461. Correo electrónico: nenteiche@udd.cl

** Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad del Desarrollo. Doctoranda en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: pbagioli@uc.cl

INTRODUCCIÓN

En Chile, la Constitución Política de la República (en adelante, Constitución o CPR) establece las bases de la Administración del Estado. Específicamente el art. 38, inciso primero, bajo el concepto de “organización básica de la Administración Pública”, deriva el tratamiento de sus elementos esenciales a la Ley n.º 18575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Además, las leyes con rango simple regulan los aspectos no medulares en la materia, y crean a la Administración del Estado.

Es así como la Administración del Estado se establece por medio de normas de rango constitucional y legal. De esta forma, se requerirá la intervención del legislador para crear cualquier organismo que se integre a la Administración del Estado.

Resulta interesante contrastar este modelo, el cual instaura los cimientos normativos de la Administración del Estado en fuentes jurídicas relevantes, con un ordenamiento jurídico extranjero que ordena a sus organismos administrativos a partir de fuentes menos importantes. Este es el caso del derecho británico.

Lo anterior nos permitirá vislumbrar el grado de fijeza y estabilidad que, en uno y otro ordenamiento, tiene la estructura orgánica de la Administración del Estado. Fruto de lo antedicho, confrontaremos ambos sistemas.

Con el objetivo de cumplir con esa finalidad, en primer lugar, revisaremos:

- I) la Constitución, concretamente, el tenor literal de su art. 38, inciso primero, y la historia fidedigna de su establecimiento. Además, examinaremos a la Ley n.º 18575, en cuanto al modo en que el legislador la diseña y respecto de los antecedentes de su elaboración.
- II) Expondremos los fundamentos jurídicos e institucionales que explican el descrito modelo chileno.
- III) A continuación, estudiaremos las fuentes normativas que ordenan a la Administración del Estado en el derecho británico. En primer lugar, describiremos brevemente las fuentes de la Constitución británica, y las normas que concretan su organización administrativa. Para aquello, de forma previa, destacaremos a las fuentes constitucionales.
- IV) Derivado de lo anterior, explicaremos las razones que se cobijan tras esta complejidad, las que se relacionan con la conveniencia de cambiar a la organización administrativa de modo rápido y eficaz, y se vinculan con la carencia de un orden de la Administración del Estado que esté establecido en precisas normas superiores.
- V) Finalmente, en razón a lo tratado en los dos acápite anteriores, abordaremos la pertinencia de la reconsideración al sistema chileno, y entregaremos nuestras conclusiones.

I. FUENTES NORMATIVAS QUE ORDENAN A LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN CHILE¹

En este acápite analizaremos las normas que fijan el concepto “organización básica de la Administración Pública”, con miras a entregar un panorama general de la regulación de la organización administrativa nacional. También connotaremos el sentido y alcance de la antes enunciada expresión.

La Constitución regula a la organización básica de la Administración del Estado en su art. 38, inciso primero. En este precepto, la Constitución derivó al legislador orgánico constitucional el desarrollo de dos temas, la organización básica de la Administración Pública y la carrera funcionaria. Este artículo aparece situado en el capítulo IV, llamado “Gobierno”, y está comprendido dentro del acápite denominado “Bases generales de la Administración del Estado”.

Es por esto que, a continuación, nos abocamos a indagar

- a) el tenor literal del art. 38, inciso primero, de la Constitución y
- b) el sentido y alcance del precepto en la historia de su elaboración.

Más adelante, detallaremos

- c) el modo en que el legislador estructura a la Ley n.º 18575, e indagaremos
- d) el significado de la precitada norma en la historia de su tramitación.

a) La “organización básica de la Administración Pública” en el art. 38, inciso primero de la Constitución

La existencia de normas jurídicas generales referidas a la forma en que la Administración del Estado se debe componer, es tributaria de la Constitución Política de la República de 1980. Antes de la emisión de la CPR, si bien la Administración era intensamente estudiada, y existían cuerpos normativos que la abordaban, eran innumerables normas de rango legal las que desarrollaban tal tarea. Lo anterior era complementado por la doctrina administrativa de la época, más la actividad dictaminante de la Contraloría General de la República.

Una excepción a la falta de regulación constitucional de la Administración del Estado, puede hallarse fruto de las reformas constitucionales efectuadas a través de la Ley n.ºs 7727 de 1943 y 17284 de 1970. Mediante la primera, se asimiló el concepto de Administración Pública a una parte del tercer poder del Estado. A través de la segunda, en lo relevante, se le otorgó la competencia al Presidente de la República de:

¹ Parte de este acápite se basó en un documento entregado al Tribunal Constitucional, el año 2016, denominado “sentido y alcance del artículo 38, inciso primero, de la Constitución Política de la República”.

“crear nuevos servicios públicos o empleos rentados; para fijar o modificar las remuneraciones y demás beneficios pecuniarios del personal de los servicios de la Administración del Estado, tanto central como descentralizada”.

La CPR de 1980, entonces, vino a hacer suya la descripción de la forma en que debe componerse el tercer poder del Estado, cuestión que se materializa en su art. 38, inciso primero de la CPR. Esta norma deriva a una ley orgánica constitucional la “organización básica de la Administración Pública”, la que se emitió en 1986, concretando el mandato constitucional.

Entendemos por “organización”² a la asociación de personas regulada por un conjunto de normas en función de determinados fines, y por “básica”³ al carácter que constituye un elemento fundamental. Así, entonces, aparece claro que el precepto ordena desarrollar los elementos esenciales de la “Administración Pública”.

El inciso primero del art. 38 constitucional señala que el legislador orgánico debe, además de dedicarse a desenvolver a la “organización básica de la Administración Pública”, garantizar la carrera funcionaria y los principios en que esta debe fundarse, como la igualdad de oportunidades de ingresar a ella y el perfeccionamiento de los funcionarios y autoridades.

Por tanto, a partir de la simple lectura del precepto concernido, queda claro que el legislador orgánico constitucional debe encargarse de la “organización básica de la Administración Pública”, cuestión que comprende a los elementos esenciales de la agrupación de personas que conforman a esta. En otras palabras, fruto del tenor literal del art. 38, inciso primero, y de la distinción entre la carrera funcionaria, con la organización básica de la Administración Pública, podemos concluir que esta no comprende a aquella.

Con motivo de lo anterior, es necesario atender a las ideas que se cobijan tras la elaboración de dicho documento constitucional. El art. 38, inciso primero, proviene, directamente, y sin reformas constitucionales mediante, del constituyente originario.

b). El sentido y alcance de la “organización básica de la Administración Pública” en la historia de la elaboración del art. 38, inciso primero, de la Constitución

El precepto constitucional analizado puede explicarse de cara al elemento interpretativo histórico, en razón de lo establecido por la Comisión Ortúzar.

² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2015).

³ *Ibid.*

De lo razonado por el constituyente originario se esbozan criterios que son relevantes. El tópico preeminentemente abordado por la Comisión Ortúzar al tratar esta materia fue establecer una nueva organización administrativa. Esta propuesta, sin embargo, no fue recogida en toda su magnitud en el texto de la CPR.

La Comisión Ortúzar realizó una serie de sesiones destinadas a preparar el anteproyecto de lo que sería la Constitución de 1980. Durante este trabajo, en lo que concierne al art. 38, inciso primero, la Comisión hace referencia al concepto “organización básica de la Administración Pública”. En las sesiones celebradas se manifiestan ideas que serán el basamento de la redacción final de dicho artículo.

Si bien en las primeras sesiones no se trataron expresamente a las fuentes que debían abordar a la Administración del Estado, es posible hallar referencias relacionadas con este asunto⁴. En la sesión 45ª se alude a un documento vinculado con la “organización básica de la Administración Pública”. Este instrumento revela que desde aquella época existe un concepto de la organización básica, el cual comprendería al desarrollo estructural de la Administración centralizada y la descentralizada. Ahora bien, no es posible afirmar que este sea el significado que la Comisión Ortúzar quiso connotar cuando hace referencia a la “organización básica”.

En la precitada sesión se procede a dar lectura de la cuenta en la que se menciona a un oficio, a través del cual se remite un documento denominado “análisis y proposiciones para la organización de la estructura superior de la Administración Pública”⁵. En este informe se propone una nueva orga-

⁴ Se efectuó una primera aproximación en la sesión 3ª, donde se trató la finalidad de la nueva Constitución. Allí se abordó de modo tangencial el contenido de la ley que se propone como reguladora de la Administración del Estado. En esta sesión se aprueba el primer memorándum que contiene las metas o principios fundamentales en que deberá inspirarse la nueva Constitución Política. En este contexto se menciona, en cuanto a las “bases para el desarrollo económico”, que se deberían “consultar normas que establezcan requisitos y calidades para desempeñar ciertas funciones y cargos, tanto en la Administración como en toda clase de instituciones dependientes del Estado, organismos gremiales y otros de análoga importancia” ACTAS COMISIÓN ORTÚZAR (1973), p. 29.

⁵ Se dice en la Comisión Ortúzar: “Este documento, que es muy extenso, es un estudio que contiene una proposición de un esquema básico de organización de la Administración Pública en su conjunto, así como las ideas matrices para delimitar el campo de acción de los Ministerios y un esquema de la organización interna de los mismos [...] Agrega que en esta etapa no sería procedente que la Comisión se abocara al estudio de este documento, y sugiere dar respuesta en este sentido al Presidente del Comité Asesor de la Junta, señalándole que si una vez elaborado el anteproyecto correspondiente tiene alguna incidencia constitucional, no habría inconveniente por parte de la Comisión para entrar a su conocimiento en la parte pertinente”, *op. cit.*, p. 952.

nización de la Administración del Estado⁶. Se menciona que durante 1833 se realizaron tareas conforme a las funciones propias de un Estado liberal, existiendo los Ministerios de Interior, Justicia, Hacienda y Guerra⁷. El informe, por ejemplo, considera que los ministerios debían elaborar proyectos o proposiciones dentro de un rango competencial, que su mismo nombre connota, y apoyar técnicamente al ejecutivo superior⁸.

Además, se contemplan a los organismos de políticas sectoriales y de coordinación interministerial, donde se encuentran los Consejos de Ministros, los cuales debían coordinar a los diversos ministerios. Para este efecto se propone el Consejo Superior de Desarrollo Agrícola, el Consejo Económico y el Consejo de Desarrollo Social⁹. De igual forma, en el informe se aborda el nivel de ejecución. En cuanto a la organización regional sectorial, es el secretario regional el encargado de coordinar el quehacer del ministerio en la región, quien prepara, junto a los directores regionales, los planes de desarrollo, los presupuestos y el programa anual, además de supervisar su cumplimiento.

Finalmente, en el informe se hace alusión a la regionalización, en este punto aparece que sería indispensable trasladar la capacidad decisional y de ejecución a los gobiernos regionales, mediante instituciones desconcentradas, descentralizadas y regionales.

⁶ En concreto, se analiza la evolución histórica de la estructura del sector público y detectan los problemas que esta experimentaba. En lo que se refiere a la evolución de la Administración del Estado, se destaca que se “ha venido experimentando cambios en su estructura, determinados fundamentalmente por el tipo de funciones que le ha cabido desarrollar a través de la historia de nuestro país, desde la época de la Independencia”.

⁷ En este contexto se sugiere una nueva estructura ministerial sobre la base de aquella vigente.

⁸ Se consideró que, en ese entonces, el “apoyo técnico muchas veces fue proporcionado por los Departamentos Técnicos de los partidos políticos de gobierno”, lo cual no fue estimado un mecanismo apropiado. En este sentido se intentó llenar el vacío mediante la creación de un comité asesor. Asimismo, el texto destaca como función básica de los ministerios la de coordinación. A modo de ejemplo, encontramos que el Ministerio del Interior tiene la función de “Coordinación de la Administración Regional, Provincial y Comunal”, el Ministerio de Relaciones Exteriores “Incluye además de las relaciones políticas con el exterior, la coordinación de los representantes de Chile en el exterior correspondientes a otros sectores como cultura, comercio exterior, defensa, etc.”. Finalmente podemos ver que al analizar la función de desarrollo económico se incluyen a los Ministerios de Recursos Naturales, de Industria y Comercio, de Minería y Recursos Energéticos, de Obras Públicas, de Transportes y de Hacienda, los que se destacan por “la importante labor de coordinación con el sector privado”: “Análisis y proposiciones para la organización de la estructura superior de la administración Pública”, p. 15.

⁹ En cuanto a lo ello, se dijo: “los Consejos representan una instancia de fijación de políticas, coordinación y comunicación desde el Gobierno hacia los Ministerios, dentro del marco de las políticas generales determinadas en los niveles superiores de decisión”: *op. cit.*, p. 33.

En la sesión 414^a, la Comisión se ocupa de redactar el anteproyecto constitucional, al debatir su articulado. Respecto del art. 38 se corrigió únicamente la redacción de su inciso segundo, destacándose que en el anteproyecto se encontraba bajo la numeración del art. 44¹⁰. La modificación del inciso segundo consistió en eliminar la frase “al margen de influencias políticas partidistas”.

Existe un antecedente coetáneo a la labor de la Comisión Ortúzar, se trata del documento titulado “Proposiciones e ideas precisas”. En este documento constan los propósitos que se tuvieron en cuenta para elaborar la Constitución de 1980, en cuanto a la organización administrativa, se dijo:

“en relación con esta materia hemos estimado conveniente que el anteproyecto contenga sólo los conceptos fundamentales que han de servir de base a la organización de la Administración Pública y a la profesionalización de la carrera funcionaria, dejando entregados a una Ley Orgánica su desarrollo y complementación”¹¹.

Por lo visto, la labor de la Comisión Ortúzar relativa al art. 38, inciso primero de la Constitución no explica completamente la voz “organización básica de la Administración Pública”. En razón de lo anterior, se debe remitir a lo expresado por la Ley Orgánica Constitucional a que aquella hace referencia, desde que esa norma legal debiese ser la que desarrolle el concepto.

*c) La “organización básica de la Administración Pública”
en la Ley n.º 18575*

El legislador orgánico optó por dividir a la Ley Orgánica Constitucional convocada por el art. 38, inciso primero de la Constitución, en cuatro títulos.

El primer título se denomina “Normas generales” y el segundo se encabeza con la frase “normas especiales”, este segundo título se divide, a su vez, en el párrafo llamado “De la organización y funcionamiento” y en otro intitulado “De la carrera funcionaria”. De igual modo se insertó un título final, el cual establece disposiciones transitorias. Estos títulos fueron incorporados

¹⁰ El art. 44, señalaba en su inciso segundo: “una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria al margen de influencias políticas partidistas, así como los principios de carácter técnico y profesional en que se funde, los que deberán asegurar tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes”. ACTAS COMISIÓN ORTÚZAR (1973), p. 1120.

¹¹ “Proposiciones e ideas precisas” (1981), p. 252.

por la original Ley n.º 18575. Por su parte, el tercer título denominado “De la probidad administrativa”, aparece conformado por cuatro párrafos, llamados “Reglas generales”, “De las inhabilidades e incompatibilidades administrativas”, “De la declaración de intereses y de patrimonio” y “De la responsabilidad y de las sanciones”¹². Este título fue agregado por la Ley n.º 19653 de 1999. Finalmente, el cuarto título llamado “De la participación ciudadana en la gestión pública”, fue agregado por la Ley n.º 20500 de 2011¹³.

De igual modo, la Ley n.º 18575 evidencia que serán leyes posteriores a esta norma las que deberán materializar el concepto de “organización básica de la Administración Pública”. Esto se explica, por una parte, debido al contenido de sus títulos y, por otra, en razón de la denominación de la Ley n.º 18575, cual es de “bases generales” de la Administración del Estado.

La Ley n.º 18575, en sus títulos I, III, y IV establece principios, a la vez, en su título II, párrafo 2º, señala el modo en que se conforma la Administración centralizada y descentralizada. Este es el sistema que corresponde al concepto “organización básica de la Administración Pública”. Ahora bien, el modelo descrito se materializa en la creación o modificación de determinados organismos y órganos administrativos, lo que se efectuará a través de leyes especiales. Esto se entiende gracias a que la Ley n.º 18575 es de “bases”, cuestión que implica que su contenido general será irradiado a las leyes especiales.

d) El sentido y alcance de la “organización básica de la Administración Pública” en la tramitación de la Ley n.º 18575

En la historia del establecimiento de dicha Ley Orgánica Constitucional se analizó el contenido –o materias– y el continente –o fuente jurídica– que debiesen ser comprendidos en el concepto “organización básica de la Administración Pública”.

¹² Los últimos dos párrafos fueron derogados por el art. 56 n.º 1, de la Ley n.º 20880, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses.

¹³ A partir de la denominación de estos títulos y párrafos, y de su vinculación con el tenor literal del art. 38, inciso primero, podemos inferir que un párrafo no está comprendido en el concepto “organización básica de la Administración Pública”. Queda excluido de la “organización básica de la Administración Pública”, el párrafo 2º del título I, “De la carrera funcionaria”. Esto se explica debido a que, tal como señalamos, la propia Constitución separó a “la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse [...]” del concepto “organización básica de la Administración Pública”. Así entonces, aquella parte de la ley que concretice a la carrera funcionaria se excluye de la organización básica.

El mensaje deja claro que el sentido de la norma es determinar el mandato que comprende el concepto “organización básica”, y la precisión del rango de la ley que tendrá que desarrollarlo. Se afirmó que:

“las disposiciones del proyecto han servido al propósito del constituyente, en cuanto a configurar mandatos básicos o esenciales, pero destinados a circunscribir, de un modo efectivo, el campo de acción de la ley común. Se han omitido así, en la medida de lo posible, preceptos meramente declarativos e ineficaces”¹⁴.

De acuerdo con el Informe Técnico, se estableció que :

“en la redacción del proyecto ha procurado ajustarse rigurosamente a la normativa Constitucional, dentro de la cual se encuentra explícito el concepto de rol subsidiario del Estado, regulándose, a su vez, sólo los aspectos básicos generales de esa administración”¹⁵.

El informe de la Secretaría de Legislación, al tratar la “juridicidad de fondo del proyecto”, afirma:

“los términos que utiliza la Constitución para fijar el ámbito de la ley orgánica constitucional en referencia son particularmente amplios, y su contenido es doble. Por una parte, debe determinar ‘la organización básica de la Administración Pública’ y, por otra, garantizar ‘la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse’, junto con asegurar ‘la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes’. La Ley Orgánica Constitucional no regula, pues, en forma completa la organización de la Administración Pública, sino sólo su ‘organización básica’, ni tampoco la carrera funcionaria en su integridad, puesto que únicamente debe garantizarla, y asegurar determinados principios y aspectos de la misma”¹⁶.

De ello se desprende, que la Ley Orgánica Constitucional:

“deberá ocuparse de los distintos aspectos que presenta dicha organización administrativa, tanto en lo que se refiere a su estructura como también a los elementos fundamentales que inciden o determinan su actuación, pero sin llegar a formular un conjunto normativo comprensivo que equivaldría a un verdadero Código de la Administración Pública”¹⁷.

¹⁴ SUBSECRETARIA DEL INTERIOR (1986). Informe técnico, p. 7.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 9.

¹⁶ SUBSECRETARIA DEL INTERIOR (1986). Informe de Secretaría de Legislación, p. 47.

¹⁷ *Ibid.*

Dicho esto, se efectúa una distinción entre las normas legales que regularán el funcionamiento de la “Administración Pública”¹⁸. Se dice que la propia ley orgánica puede efectuar remisiones a la ley común, cuestión distinta a la delegación de competencias al legislador ordinario. En este sentido se afirma que lo que se debe hacer es:

“distinguir entre las remisiones que la ley orgánica constitucional haga a la ley común y la delegación o atribución de competencia a ésta que pudiere efectuar la ley orgánica constitucional. La primera es constitucionalmente procedente; la segunda, en cambio, no”^{19,20}.

En caso de que la ley orgánica constitucional realice una delegación o atribución de competencias en beneficio de la ley común, estaríamos frente a:

“materias que siendo propias de la ley orgánica constitucional, ésta encarga o transfiere a la ley común, lo cual contraviene lo dispuesto en el artículo 7º de la Carta Fundamental para la actuación de los órganos del Estado. De igual forma, no resultaría procedente que la ley orgánica constitucional permitiera a la ley común introducir excepciones a sus normas, pues estaría transfiriendo parcialmente su competencia”²¹.

El informe de la Secretaría Legislativa señala expresamente ciertas cuestiones básicas que el constituyente sometió a la ley común²².

¹⁸ Se afirma: “con rango de ley orgánica constitucional, existirán preceptos que fijen la estructura de la misma y sus elementos organizacionales básicos; con rango de ley común, las normas que se ocupen en detalle de cada servicio público en particular (artículo 60, N° 2), en relación con el artículo 62, inciso cuarto, N° 2º, de la Constitución y “las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración Pública” (art. 60, n.º 18, de la Constitución), y conforme al proyecto, con rango de ley de quórum calificado, las que regulen actividades empresariales o su participación en ellas del Estado y sus organismos, cuando se hace excepción a los preceptos de la ley común aplicable a los particulares (art. 19, n.º 21º, de la Constitución). Producto de lo anterior, se dice: “la distinción que, en teoría, podría ser fácil entre lo que es básico en la organización de la Administración Pública –materia de ley orgánica constitucional– y lo que, por no serlo, corresponde a la ley común, en la práctica resulta muy difícil de establecer, y es inevitable que, en alguna medida, la política del legislador entre a determinar qué pertenecerá a cada esfera legislativa”. SUBSECRETARÍA DEL INTERIOR (1986). Informe de Secretaría de Legislación, p. 47.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Op. cit.*, p. 48.

²¹ *Ibid.*

²² Entre estas materias encontramos “a) El objetivo de propender a que la Administración del Estado ‘sea funcional y territorialmente descentralizada’ (artículo 3º); b) El ‘número y organización de los Ministerios, como también el orden de precedencia de los Ministros titulares’ (artículo 33, inciso segundo); c) Reemplazo de Ministros de Estado en casos de ausencia,

Así, entonces, de acuerdo con lo expuesto en la historia de la Ley n.º 18575, podemos concluir que el tratamiento de los elementos esenciales en materia de “organización básica de la Administración Pública” deberán ser efectuados por una norma de rango orgánico constitucional; y que las normas que se ocupen de los detalles de cada servicio público en particular serían materias de ley simple.

En la historia de la tramitación de la Ley n.º 18575, no se connotaron todos los asuntos propios de ser concretados por el legislador orgánico constitucional ni por el legislador común, además se señaló que era inevitable que la política del legislador futuro definiese la cuestión.

A partir de lo recién revisado es posible afirmar que la Constitución y la Ley n.º 18575 establecieron los cimientos de la organización básica de la Administración del Estado. Estas bases involucran que la Constitución delega en el legislador orgánico constitucional el desarrollo de la esencia del Estado administrador. Completa este círculo la intervención de la ley simple, en los aspectos operativos (no esenciales), que conciernen a la Administración Pública.

II. FUNDAMENTOS TRAS LA “ORGANIZACIÓN BÁSICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA” CHILENA

Del acápite anterior se puede apreciar que las fuentes jurídicas que ordenan a la Administración Pública (o Administración del Estado) chilena efectúan tal

impedimento o renuncia, o cuando por otra causa se produzca la vacancia del cargo (artículo 34, inciso segundo); d) Establecimiento o modificación de la división política y administrativa del país (artículo 60, N° 11); e) Fijación de las ‘bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración Pública’ (artículo 60, N° 18); f) Creación de ‘nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos, de las empresas del Estado o municipales; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones’ (artículo 62, inciso cuarto, N° 2°); g) Modificación de los límites de las regiones y la creación, modificación y supresión de las provincias y comunas, como asimismo la fijación de las capitales de las regiones y provincias; todo ello a proposición del Presidente de la República (artículo 99, inciso final); h) Forma de ejercicio de las facultades constitucionales del intendente; sus demás atribuciones y los organismos que le asesorarán (artículo 100, inciso final); i) Con las excepciones que procedan, la desconcentración regional de los ministerios y de los servicios públicos y los procedimientos que permitan asegurar su debida coordinación y faciliten el ejercicio de las facultades de las autoridades regionales (artículo 103); j) Atribuciones del gobernador y mención de aquellas que pueden serle delegadas por el intendente (artículo 105, inciso segundo); k) Fórmulas de coordinación de los municipios con los servicios públicos existentes en las regiones (artículo 112), y l) Formas de resolver las cuestiones de competencia que pudieren suscitarse entre las autoridades nacionales, regionales, provinciales y comunales (artículo 115, inciso primero) o entre el intendente y los consejos regionales, con motivo de la aprobación de los proyectos relativos a los planes de desarrollo y de los presupuestos, respectivamente (artículo 115, inciso segundo)”.

labor metódica y escalonadamente. La Constitución establece que habrá una organización básica, la cual será regulada por una ley orgánica constitucional, y por leyes de rango común.

El fundamento de la actual naturaleza ordinamental de la Administración del Estado se explica por un motivo histórico,

- a) el cual se vincula con el imperio de la ley y el sometimiento de los organismos administrativos a las normas legales y reglamentarias;
- b) Además, hoy, la razón que nos permite entender este sistema es el principio de juridicidad, fruto del cual la Administración ya no debe ceñirse solo a la ley, sino que, también, a la Constitución;
- c) Todo lo cual se afina en la noción de orden, racionalidad económica, y consensos políticos en materia de la Administración del Estado.

a) El principio de legalidad en la organización básica de la Administración Pública chilena

Si bien la aparición de la legalidad administrativa, en una norma positiva, tiene su génesis en el año de entrada en vigencia del *Código Civil* (1857); luego de producida la independencia, la Administración del Estado se subordinó crecientemente al ordenamiento jurídico. Esto, pues, se entendió que la supervivencia del nuevo orden dependía de la existencia de normas claras de integración y funcionamiento para la Administración del Estado²³.

El concepto de legalidad, está plasmado en el art. 547, inciso segundo, del *Código Civil*, inserto dentro del título xxxiii, denominado “De las personas jurídicas”²⁴. La importancia del art. 547, inciso segundo, radica en que el Estado Administrador deja de ser un concepto político indefinido, pues adquiere una denominación normativa. Además, se explicita que este cuerpo orgánico debe regirse por la voluntad soberana. La ley, entonces, es el modo a través del cual el legislador puede agregar, modificar o eliminar a la Administración del Estado, y el reglamento especial es el complemento que el propio legislador ideó para lograr este propósito.

Dentro de este cuadro, la ley tiene un papel preeminente, pues es ella la que dará origen a los organismos administrativos, como a los órganos que la

²³ BOCKSANG (2015), p. 108.

²⁴ Señala el precepto: “tampoco se extienden las disposiciones de este título a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas, y los establecimientos que se costean con fondos del erario: estas corporaciones y fundaciones se rigen por leyes y reglamentos especiales”.

componen²⁵. La ley es una fuente relevante para el derecho administrativo, ya que son los órganos administrativos, en razón de su ejercicio competencial, los que ponen en funcionamiento el aparato estatal de cara a las personas.

Esta idea de la ley como el estandarte en la organización administrativa, proviene del modelo europeo continental. Para ordenar los cuadros que componen a la Administración, y sujetarlos al imperio de la voluntad soberana, es perentorio que aquella se sujete al contenido de la segunda. No es tolerado por el sistema jurídico que alguno de los poderes, ya sea el judicial, o el residual administrativo, escapen a la voluntad del legislador.

Además, los organismos administrativos pueden incidir en los derechos fundamentales de las personas, por ello es que se demanda que el acto creador de estos sea uno de raigambre legal²⁶.

Ante la falta de codificación de nuestro derecho administrativo, se yerguen distintas áreas dentro de las cuales existen sistemas que se estructuran sobre leyes de bases. Uno de estos sistemas es el referido a la organización administrativa.

b) El principio de juridicidad en la organización básica de la Administración Pública chilena

Con todo, la ley es una de las muchas fuentes que componen al ordenamiento jurídico nacional. Dado que las leyes integran un sistema, el cual está encabezado por la Constitución, es que la organización administrativa debe regirse tanto por las normas legales como por la norma superior.

En efecto, la CPR establece dentro de sus pilares fundamentales la obligatoriedad inmediata de sus disposiciones, y la supremacía de su contenido, a partir de lo cual se puede afirmar que su texto es directamente aplicable. Por ello, es trascendente la idea de que la Constitución ordena un

²⁵ Se ha remarcado que, bajo la esfera del principio de legalidad, las competencias y consecuentemente la organización administrativa deben ser determinadas por una ley. Se destaca “la necesidad de ley para dar vida y estructura a toda la organización administrativa del Estado [...]”: AYLWIN y AZÓCAR (1996), p. 46.

²⁶ En cuanto al particular, Enrique Silva Cimma señala: “¿por qué estima la doctrina que para crear un servicio público se requiere necesariamente de ley? El fundamento para Jeze está en que, tanto en Francia como en la mayoría de los Estados modernos, todo acto que signifique limitación a la libertad de los individuos, a su propiedad, a la libertad de comercio, industria, etc., requiere de aprobación legislativa. Y la creación de un servicio público, especialmente de aquellos que tienen el carácter de monopolios, constituye, sin duda, una restricción a la iniciativa privada, como asimismo la de aquellos que se establecen para tutelar la actividad privada. En nuestro Derecho Público existe, además, una razón de buen orden financiero: todo nuevo gasto público debe tener su origen en el Ejecutivo y debe ser aprobado por el Congreso”: SILVA (1995), pp. 74-75.

modo de establecer a la Administración del Estado, y que deriva al legislador la posibilidad de crearla, modificarla o suprimirla.

Se ha explicado que, fruto del principio de juridicidad, la Administración del Estado, debe someterse al derecho tanto en su “ser” como en su “obrar”. Cuestión que implica, primordialmente, que toda la actividad administrativa debe ser conforme a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Pero la juridicidad no permanece en el estado de la ejecución competencial y jurídica por parte de la Administración del Estado. La juridicidad va un paso más allá, ya que aparece que el “ser”²⁷ de la Administración también debe inclinarse frente al sistema dispuesto por la Constitución²⁸. De no ocurrir lo anterior, la ordenación que no siga tal razón podrá ser declarada contraria a la Carta Fundamental. Lo anterior se relaciona con que el Tribunal Constitucional tiene la competencia para decidir la inconstitucionalidad de las normas de rango legal que excedan o se retraigan del cuadro diseñado por la Constitución y la Ley n.º 18575.

En síntesis, es la Constitución la que dispone las bases de la Administración del Estado. Por su parte, las leyes establecen a este tercer poder del Estado, y la crean, modifican o suprimen. Lo anterior se explica por el principio de legalidad y el de juridicidad que rigen nuestro sistema.

c) El orden, la racionalidad económica y los consensos políticos en materia de Administración Pública chilena

También motivan la existencia de la organización básica de la Administración del Estado, las ideas de orden, racionalidad económica y de consensos políticos. En este sentido, la Constitución y la Ley n.º 18575 representan un papel relevante, tanto al proponer –la primera–, y disponer –la segunda–, una organización u orden de los cuerpos y órganos de la Administración del Estado.

²⁷ Explicación correspondiente a Eduardo Soto Kloss, quien señala: “cuando usamos este vocablo queremos significar que la existencia misma de los órganos del Estado es creación del Derecho (sea por el propio constituyente, sea por el legislador), sin cuyo acto creador simplemente no existen. Es decir, los órganos del Estado son criaturas del Derecho, creación suya y, por ende, son lo que el acto creador (constituyente o legislativo, según el caso) quiere que sean, ni más ni menos, no teniendo otra estructura organizativa ni otros poderes jurídicos (atribuciones/potestades) que aquellos que el constituyente o legislador ha precisado en su acto de creación, o con posterioridad cuando ocurran modificaciones a dicho acto creador” SOTO (1996), p. 44.

²⁸ Agrega Enrique Silva Cimma: “la actividad de estos servicios públicos, desde otro punto de vista, debe respetar los principios constitucionales que consagran las garantías individuales, sin perjuicio de que el régimen legal por que se rijan restrinja esas garantías en función del interés social” SILVA (1995), p. 86.

No es baladí que un acápite de la Constitución, más una ley de carácter orgánico y de bases se dediquen a establecer un esquema de distribución armónica de la Administración del Estado. Estimamos que hay tres razones que sustentan el modelo en que se construye la Administración del Estado nacional, la primera tiene que ver con el orden de los organismos y órganos administrativos, la segunda se vincula con la racionalidad económica en la creación de más administración y la última reposa en la necesidad de concordar políticamente los aspectos esenciales que componen a esta materia.

La noción de orden trae a colación que el modelo organizativo administrativo chileno, al menos en lo inmediato, es afín al francés. El arquetipo galo, al contrario del inglés, se caracterizaba por una administración uniforme, desde el punto de vista organizativo y operativo. Esta organización estaba estructurada sobre un polo central, sin cuerpos satélites²⁹. Más allá que esta realidad haya cambiado radicalmente, la adhesión a un modelo centralizado y uniforme revela que la Administración del Estado chilena se encuadre en determinados límites orgánicos.

Lo anterior se conecta con el hecho de que, en Chile, la Administración del Estado fue tradicionalmente inorgánica. Hasta la actual regulación constitucional y legal, no existía una idea clara de los límites y denominaciones que tenía el tercer poder del Estado. Resultado de lo anterior es que, además de la confusión y superposición de sus fines, la Administración del Estado creció de modo desorganizado.

El fundamento de la racionalidad económica en la creación de la Administración del Estado tiene que ver con el natural efecto que apareja el establecimiento de nuevas necesidades que deban ser atendidas por el Estado. Dado que el gasto se incrementa debido a la creación de organismos y órganos mantenidos a expensas del erario público, es que solo una autoridad puede motivar su creación, el Presidente de la República. El Presidente solo puede lograr esto si el Congreso aprueba su propuesta. La utilización racional del gasto público, permea en la competencia constitucional del Jefe de Estado de proponer la creación de más Administración del Estado.

Finalmente, la existencia de una organización administrativa diseñada en la Constitución y las leyes, se vincula con los acuerdos legislativos que debiesen darse para excepcionar este modelo. Dado que la Constitución deriva esta materia a una ley orgánica constitucional, el quórum legislativo que tendrá que alcanzarse para lograr su modificación o, bien, el establecimiento de una excepción a la organización básica, será mayor al normal $-\frac{4}{7}$ partes de los senadores y diputados en ejercicio—. Ya que es necesario reforzar el orden administrativo, el principio de juridicidad y la racionalidad económi-

²⁹ CASSESE (2014), pp. 80-81.

ca, es deseable que las alteraciones a la organización básica de los cuerpos administrativos sean acordadas por grandes mayorías legislativas³⁰.

Hoy, la labor del Tribunal Constitucional, en cuanto a la organización administrativa, ilustra a una Administración del Estado ordenada, que se estima racional económicamente y que requiere de consensos para ser modificada o excepcionada. La magistratura constitucional, dentro de sus atribuciones posee la de controlar preventivamente, y de oficio, la emisión de las leyes orgánicas constitucionales. Dado que la Ley n.º 18575 es una ley orgánica constitucional, están sujetas a esta especie de control todas sus modificaciones o, bien, la emisión de cualquier norma legal que establezca excepciones al contenido de la ley ordenadora de la Administración del Estado.

Este control permite al antes referido organismo jurisdiccional hacer cumplir la lógica que la Constitución y la Ley n.º 18575 han establecido para conformar a la Administración. Ejemplifica este esquema el modo en que funciona la creación de consejos, como órganos superiores y decisores en la Administración del Estado, en relación con el control efectuado por el Tribunal Constitucional. El art. 31, inciso primero y segundo, de la Ley n.º 18575, señala: “los servicios públicos estarán a cargo de un jefe superior”, además se precisa que a este jefe le corresponde “dirigir, organizar y administrar el correspondiente servicio”. Por su parte, el legislador orgánico constitucional, en el inciso final, deriva “en circunstancias excepcionales a la ley” la posibilidad de establecer “consejos u órganos colegiados [...] con las facultades que ésta señale, incluyendo la de dirección superior del servicio”³¹. En otras palabras, la estructura de los servicios públicos debe adecuarse al siguiente modelo: Con un órgano directivo unipersonal a la cabeza, y excepcionalmente, con un cuerpo colegiado dirigente. Así, el legislador orgánico dispuso que, a través de una futura ley, se puedan crear servicios públicos, los que

³⁰ Sergio Verdugo explica que la justificación de las leyes orgánicas constitucionales debe esgrimirse de cara al caso concreto que se examine: VERDUGO (2012). En el caso de lo expresado en el art. 38, inciso primero, la regla de la derivación a una ley orgánica constitucional parecería ser lógica y consistente con las razones que apoyan el establecimiento de un modelo organizativo de la Administración del Estado.

³¹ El art. 31 de la Ley n.º 18575, situado en el capítulo II, párrafo 1º de la Ley n.º 18575 señala: “Los servicios públicos estarán a cargo de un jefe superior denominado Director, quien será el funcionario de más alta jerarquía dentro del respectivo organismo. Sin embargo, la ley podrá, en casos excepcionales, otorgar a los jefes superiores una denominación distinta.

A los jefes de servicio les corresponderá dirigir, organizar y administrar el correspondiente servicio; controlarlo y velar por el cumplimiento de sus objetivos; responder de su gestión, y desempeñar las demás funciones que la ley les asigne.

En circunstancias excepcionales la ley podrá establecer consejos u órganos colegiados en la estructura de los servicios públicos con las facultades que ésta señale, incluyendo la de dirección superior del servicio”.

habrán de ceñirse, en lo corriente, al modelo organizacional contenido en el art. 31, inciso primero y segundo, y en lo extraordinario, a lo prescrito en el art. 31, inciso final de la Ley n.º 18575.

En el caso expuesto, la jurisprudencia del TC ha ido modelando el sentido y alcance del concepto “consejo”, o ha establecido los criterios sobre la base de los cuales algún consejo debe ser aprobado con el quórum de una ley orgánica constitucional. Todo lo anterior en favor de mantener la estructura y la organización básica que establece la Carta Fundamental y la Ley n.º 18575³². También ha hecho lo propio la jurisprudencia administrativa.

En razón de lo anterior, podemos concluir que la noción de “organización básica de la Administración Pública” se sostiene a propósito del principio de legalidad y juridicidad. Además, esta idea se explica por la idea de orden, racionalidad económica y la necesidad de consensos políticos en el esquema de la Administración del Estado chilena.

III. LAS FUENTES NORMATIVAS QUE ORDENAN A LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN EL DERECHO BRITÁNICO³³

Con el objetivo de contrastar la ordenación de la Administración del Estado en el derecho chileno de cara a la disposición administrativa británica, en este acápite,

- a) desarrollaremos las principales fuentes jurídicas por medio de las cuales se compone la Constitución británica y

³² Tribunal Constitucional (2005). Así lo hizo el tribunal, al razonar y decidir que los artículos del proyecto eran materias propias de una ley orgánica constitucional, ya que establecían una estructura para la “Comisión Administradora del Sistema de Créditos para Estudios Superiores” que difiere de la contemplada para los servicios públicos en los arts. 31 y 32 de la LOCBGAE (considerandos 9º y 16º parte resolutive 2ª, 3ª y 4ª). De igual modo, el tribunal declaró inconstitucionales algunos preceptos que regulaban las competencias de la Comisión, al delegar su materialización a una ley. Señaló la magistratura constitucional: “[...] el precepto en análisis, al señalar que la Comisión podrá ‘Realizar las demás funciones necesarias para el buen funcionamiento del sistema’, la está autorizando para ejercer otras atribuciones no comprendidas en la ley, las cuáles el propio servicio vendría a determinar, lo que implica permitirle disponer en una materia que, de acuerdo a lo que se ha expresado, es de reserva legal, lo que contraviene a la Constitución”, y agregó “[...] por otra parte, si es la ley la que debe establecer las funciones de un servicio público es inherente a ella el señalar las ‘condiciones en que se realizarán’, no pudiendo estas últimas quedar entregadas a un cuerpo normativo de jerarquía inferior como lo es un reglamento sin que se infrinja la Carta Fundamental” (considerandos 17º y 18º).

³³ Este estudio se efectúa de cara a la denominación “Gran Bretaña”, y no en cuanto a lo concerniente a la voz “Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte”, cuestión que se explica, pues no se indagó en la situación de esta última. Tampoco abordaremos el derecho administrativo de la Unión Europea. De igual modo, descartamos revisar las particularidades de las naciones que componen a Gran Bretaña, ni veremos su organización administrativa local.

- b) efectuaremos el análisis de la estructura de la Administración del Estado en Gran Bretaña, según las fuentes normativas que la ordenan.

a) *Sobre las fuentes jurídicas que forman a la Constitución de Gran Bretaña*

El derecho británico descansa sobre una lógica distinta a la de los sistemas jurídicos europeos continentales. A diferencia de dichos sistemas, el derecho británico se desarrolla de manera asistemática³⁴. Dentro de su característica más distintiva y peculiar, encontramos la ausencia de una Constitución escrita. Esto no importa que dicho ordenamiento jurídico carezca de una norma suprema y fundamental, sino que esta se construye por un conjunto de fuentes diversas. Dentro de estas normas, destacaremos a las que dan cuenta de un marco referencial acerca de la estructura del ordenamiento jurídico británico. Estas fuentes jurídicas son las siguientes: el Common Law, la Equity, el Statute Law, las convenciones constitucionales y la doctrina, llamada Books of Authority. A continuación, las desarrollaremos brevemente.

El Common Law, es una fuente jurídica característica del derecho británico y que se constituye por una serie de principios y doctrinas que emanan de las decisiones judiciales³⁵. Al Common Law lo complementa otra fuente constitucional del derecho británico, denominada la Equity³⁶. La ambigüedad de la Equity dificulta la entrega de un concepto único sobre ella, aún más, la doctrina le otorga múltiples acepciones, todas las cuales varían dependiendo del criterio clasificador que se utilice. No obstante, para efectos de este trabajo, la Equity representará aquellos principios de derecho inspiradores para los tribunales.

Por su parte, las convenciones constitucionales han sido definidas por Albert Venn Dicey, en su obra titulada *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, como aquellas reglas que disponen sobre la distribución o ejercicio del poder soberano del Estado. Es así como bajo el concepto de convención constitucional se incluyen a las normas que definen a los miembros del poder soberano, regulan su relación y fijan la forma en que deben ejercer su autoridad³⁷.

³⁴ En este sentido Sabino Cassese señala que a “la Administración central inglesa jamás se preocupó por la uniformidad. Actualmente está compuesta por una variedad de cuerpos y estructuras, a menudo difícilmente clasificables y, por este motivo, agrupados en familias que constituyen conceptos paraguas” CASSESE (2014), p. 99.

³⁵ MARÍN (2015), p. 37.

³⁶ *Op. cit.*, p. 254.

³⁷ DICEY (1915), p. 66.

Entre las convenciones constitucionales, existen algunas que prescriben sobre el orden de sucesión al trono, otras regulan las prerrogativas del Chief Magistrate, y las últimas determinan la forma de legislar.

Además de las tres fuentes constitucionales antes descritas, forma parte del ordenamiento jurídico británico el Statute Law o derecho legislativo. Estas normas se caracterizan, en su forma, por ser escritas, y se constituyen, en un sentido amplio, tanto por fuentes emanadas del Parlamento o act of parliament, como por los actos administrativos³⁸.

Ya descritas las fuentes constitucionales más relevantes, resulta necesario detallar el sistema político británico de manera general.

b. Composición de la Administración del Estado en Gran Bretaña, según las fuentes normativas que la ordenan

A las fuentes constitucionales reseñadas en el apartado anterior, especialmente a las convenciones constitucionales, se les puede atribuir el mérito de sentar las bases de un sistema político. Este sistema se caracteriza por contar con “una forma de gobierno de democracia parlamentaria”³⁹, bajo el signo de un estado de monarquía constitucional. En este contexto, le corresponde a la Corona, la facultad de nombrar al Primer Ministro y disolver al Parlamento⁴⁰⁻⁴¹. A su vez, el sistema político británico se caracteriza por contar con una soberanía parlamentaria en atención a que es el Parlamento británico, quien genera y aprueba la ley, por medio de los acts of parliament.

El Poder Ejecutivo le pertenece a la Corona y la función de gobierno es ejercida por el Primer Ministro y sus ministros⁴², denominados en su conjunto el gabinete. El cargo de Primer Ministro no se encuentra en alguna norma escrita, y este posee la calidad de First Lord of the Treasury⁴³. Conforme a una convención constitucional, el cargo de Primer Ministro lo detenta el líder del partido que ha obtenido la mayoría absoluta en la Cámara de los Comunes. El actuar del Primer Ministro es regulado por medio de un estatuto denominado Ministers Code, el que debe ser publicado al comienzo de una nueva administración⁴⁴.

³⁸ MARÍN (2015), p. 37.

³⁹ LOEWENSTEIN (1967), p. 41.

⁴⁰ ELLIOT and THOMAS (2011), p. 103.

⁴¹ Estas competencias se denominan prerrogativas reales, siendo la primera de índole formal, ya que se traduce en un acto ceremonial; y la segunda, se encuentra en desuso toda vez que no se ejerce desde 1701.

⁴² THE MONARCHY (2020).

⁴³ LOEWENSTEIN (1967), p. 43.

⁴⁴ ELLIOT and THOMAS (2011), p. 118.

El Primer Ministro, junto con ser la máxima autoridad del Ejecutivo, es el responsable último de todas las políticas y decisiones de gobierno. Dentro de sus competencias destacamos la de supervisar el funcionamiento de los organismos de la Administración del Estado y de los que, sin formar parte de esta, ejercen funciones públicas, nombrar a sus altas autoridades y representar al gobierno en la Cámara de los Comunes.

En total, junto con el Primer Ministro, son ciento dieciocho miembros los que componen el gabinete, siendo veinte ministros de gabinete, y los noventa y siete faltantes corresponden a otros ministros, quienes son responsables de cada departamento ministerial⁴⁵.

El gabinete cuenta con una secretaría administrativa denominada Cabinet Office, dirigida por un secretario de carácter permanente. La principal función de esta secretaría es prestar asistencia al gabinete en su funcionamiento y en especial, en lo que tiene relación con las distintas sesiones que tiene el Primer Ministro con los restantes miembros de este organismo.

También forman parte de la Administración del Estado, los departamentos y las Executive Agencies. Ambos órganos son los responsables de ejecutar las políticas públicas y los planes de gobierno. Las Executive Agencies son creadas, dependen y se financian por un departamento ministerial. Su máxima autoridad es el Chief Executive, quien actúa bajo los poderes que, el respectivo departamento ministerial, le ha delegado⁴⁶. Sus principales funciones son implementar las políticas de gobierno y entregar servicios estatales. Finalmente, el Estatuto Orgánico que las rige son los denominados Framework, los que son emitidos por el departamento ministerial de las que dependen⁴⁷.

Por su parte, los departamentos se dividen entre los departamentos ministeriales, los que son encabezados por un ministro, y los departamentos no ministeriales. Estos últimos están dirigidos por altos funcionarios de gobierno, denominados secretarios permanentes, según se ha establecido por la costumbre jurídica.

Por otra parte, están los Quasi-autonomous non-governmental organisations, Quangos, los cuales tienen una organización híbrida, toda vez que poseen una doble naturaleza jurídica. Por una parte, son organismos públicos y por otra son organizaciones no gubernamentales. Estos representan una delegación del poder del gobierno al ejercer funciones públicas.

⁴⁵ Para más información véase www.gov.uk

⁴⁶ CRAIG (2012), p. 101.

⁴⁷ *Ibid.*

Forman parte de los Quangos, los non departmental public bodies (en adelante, NDPB's⁴⁸). Si bien, estos organismos son creados por actos administrativos, sus funciones están establecidas por ley⁴⁹. Dichos organismos tienen como función principal la de desarrollar los planes de gobierno. Aunque estos son responsables directamente ante los ministros, no forman parte de la Administración del Estado⁵⁰.

Fruto del bosquejo que hemos elaborado de la Administración del Estado británica, podemos dilucidar que el tercer poder del Estado está constituido por organismos de diversa naturaleza jurídica. De igual modo, los organismos pueden constituirse por sí mismos. Estas notas distintivas, las que en nada se vinculan con las del caso chileno, nos llevan a destacar la relevancia de comprender las razones que explican la organización administrativa británica.

IV. FUNDAMENTOS TRAS LA ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO BRITÁNICA

De lo desarrollado en el capítulo anterior, podemos inducir que las razones del descrito sistema se vinculan con:

- a) la conveniencia de cambiar a la organización administrativa de modo rápido y eficaz y
- b) en la carencia de un orden de la Administración del Estado que esté preestablecido en las normas superiores.

a) La conveniencia de cambiar a la organización administrativa de modo rápido y eficaz

Un fundamento de la creación de la Administración del Estado por medio de actos administrativos, obedece a la mayor conveniencia de un procedimiento de elaboración expedito y simple, en contraste con el lento devenir que apareja la formación de una ley⁵¹.

⁴⁸ Existen distintos tipos de NDPB. Se pueden distinguir entre los ejecutivos que trabajan con el gobierno en determinadas áreas específicas, los NDPB que asesoran al gobierno como expertos, los Tribunales NDPB, los cuales tienen resuelven asuntos en un área especializada y, finalmente, los NDPB que son justas de supervisión, los cuales son responsables de desarrollar propuestas respecto al tratamiento de presos.

⁴⁹ CRAIG (2012), p. 21.

⁵⁰ ELLIOT and THOMAS (2011), pp. 130-131.

⁵¹ En este sentido Mark Elliot y Robert Thomas ha dicho que el Parlamento no es el órgano estatal indicado para adoptar decisiones que exige cierto nivel de detalle, sino que la función del Parlamento debe limitarse a resolver cuestiones de política general.

La mutabilidad de los organismos de la Administración del Estado también motiva su origen en fuentes jurídicas de naturaleza informal. Esta variabilidad les permite adaptarse con mayor facilidad a las nuevas necesidades públicas que puedan surgir. Según Mark Elliot y Robert Thomas, en su obra titulada, *Public Law*, para el legislador resulta difícil dictar leyes que aborden la labor de gobierno, por su extensión y detalle. Además, tales autores justifican la naturaleza de dichas normas en la imposibilidad de que el Parlamento legisle sobre cada eventualidad⁵².

En suma, son distintos los fundamentos para organizar a la Administración del Estado, por medio de actos administrativos. Estos fundamentos centran en que el gobierno debe contar con un sistema de organización simple para poder adaptarse fácilmente a nuevas necesidades que la sociedad demande.

Con todo, que la Administración del Estado tenga la potestad para organizarse, ha aumentado la actividad estatal, lo que debilita aquella idea de que el derecho británico se centra más en las libertades de los ciudadanos que en el poder estatal⁵³.

b) La carencia de un orden de la Administración del Estado que esté preestablecido en precisas normas superiores

La Administración del Estado británica carece de una norma única que establezca la manera de organizarla. Lo anterior tiene una explicación que yace en las bases del sistema británico: El hecho de contar con una Constitución no escrita, que se centra en las libertades de los ciudadanos e intenta en lo posible reducir al Estado⁵⁴.

Si bien en la Constitución británica existen ciertas normas que buscan establecer un orden respecto a la distribución del poder, como lo son aquellas convenciones constitucionales que establecen los poderes de la Corona y la elección del Primer Ministro, estas no resultan suficientes para determinar la forma con la que se deberá organizar la Administración del Estado.

De manera tal que la Constitución británica no establece cómo se regulará la organización básica de la Administración del Estado, siendo una delegación del legislador la que permite que sean los mismos organismos del gobierno los encargados de llevarla a cabo⁵⁵, por medio de actos administrativos, cuestión que ha producido un sucesivo y disperso crecimiento de nuevas agencias⁵⁶.

⁵² ELLIOT and THOMAS (2011), p. 134.

⁵³ CRAIG (2012), p. 93.

⁵⁴ SOTO (1973), p. 114.

⁵⁵ CRAIG (2016), p. 97.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 98.

Lo anterior acarrea ciertas dificultades, toda vez que al existir diversos organismos competentes para crear otros nuevos, se dictan sucesivamente distintos actos administrativos. Si bien tales normas tienen por objetivo originar organismos para satisfacer necesidades públicas, muchos de ellos no forman parte de la Administración del Estado⁵⁷. Esta dispersión impide la existencia de un sistema uniforme de control, pues este dependerá de la categoría del organismo administrativo y de las funciones que le asigna el acto lo crea. Así, a modo ejemplar, el control será distinto si el ministro del departamento del cual depende el cuerpo administrativo tiene poder de dirección o solo de orientación⁵⁸. Al tener distinta naturaleza jurídica, surge el problema de determinar el organismo que debe responder políticamente⁵⁹, tal dificultad se agudiza en el caso que exista una extensa cadena de mando.

Ejemplo de lo anterior, es el caso del Chief Executive, que encabeza a las Executive Agencies, quien es responsable solo del funcionamiento y operación de dichos organismos, siendo el ministro que la origina el responsable de llevar a cabo la política pública que motiva su creación. En la práctica, muchas veces ambas funciones se confunden, lo que complica determinar quién responde ante el Parlamento^{60, 61}.

Por lo anterior, podemos afirmar que las razones que se revelan tras la complejidad de las fuentes normativas que erigen a la Administración del Estado británica, se relacionan tanto con la carencia de un orden como con la necesidad de eficiencia y rapidez para la modificación de su composición. A continuación, confrontaremos los sistemas y fundamentos descritos.

V. ELEMENTOS QUE PUEDEN EXTRAERSE

DE LA REALIDAD JURÍDICA BRITÁNICA A LA NACIONAL

Ya identificadas las fuentes jurídicas que ordenan a la Administración del Estado en los respectivos ordenamientos analizados, podemos afirmar que,

⁵⁷ CRAIG (2012), p. 103.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 112.

⁵⁹ La cuestión es latamente tratada en ROMÁN (2000), pp. 79-95.

⁶⁰ ELLIOT and THOMAS (2011), p. 103.

⁶¹ Un caso emblemático es el de Howard-Lewis, el que se produjo en 1995 por una fuga masiva de prisioneros. A raíz de ese hecho el ministro de Home Security, Michael Howard, le atribuyó la responsabilidad de la fuga a Derek Lewis, quien en ese entonces era el Chief Executive, de la Executive Agencies Prison Service, bajo el argumento de que la fuga se produjo por una falla del sistema operacional. Junto con lo anterior, le solicitó la renuncia al cargo. Por su parte, Derek Lewis se defendió señalando que la falla del sistema fue consecuencia de la intervención del Ministro, por tanto, él era el responsable. Finalmente, Dereck Lewis fue destituido de dicho cargo.

tanto el derecho público chileno como el británico coinciden en que un ordenamiento jurídico debe dar respuesta a la necesidad de organizarla.

Sin perjuicio de lo anterior, ambos ordenamientos jurídicos presentan diferencias en el sistema de fuentes normativas establecidas para ordenar a la Administración del Estado. Es así como, por una parte, en el ordenamiento jurídico chileno, las fuentes se encuentran representadas –principalmente– por una norma constitucional y otra legal. Mientras que, el derecho británico no reserva la organización de la Administración del Estado, únicamente, a normas constitucionales y legales. La ordenación de la Administración del Estado en Gran Bretaña se realiza por medio de fuentes de distinta jerarquía y naturaleza conforme a la tradición jurídica. Encontramos, a modo de ejemplo, el caso del gabinete cuya existencia se basa en una convención constitucional y, por otra parte, la situación de las Executive Agencies, las cuales son creadas por actos administrativos emanados de un ministro.

De acuerdo con los descritos esquemas, ¿cuál sistema resulta más conveniente para alcanzar esa función organizadora? Responder esta pregunta no es una tarea sencilla, más aún si tenemos en cuenta que ambos ordenamientos poseen aspectos favorables y desfavorables. Destacaremos aquellos aspectos positivos y negativos que tiene cada uno de los ordenamientos jurídicos contrastados.

Resulta destacable la estabilidad que proporciona el derecho público chileno, al reservar a dos de sus fuentes superiores la tarea de sistematizar a la Administración del Estado. Dicha estabilidad se da por la existencia de un sistema que garantiza una continuidad en el tiempo, sin perjuicio de quién gobernará y de qué manera lo hará.

Esta estabilidad no se presenta en la organización de la Administración del Estado del derecho británico. Al permitir dicho ordenamiento jurídico la creación de organismos por parte de un acto administrativo se produce cierto grado de inseguridad. Tal inseguridad se da principalmente respecto a la falta de precisión para determinar responsabilidades por parte de dichos organismos y controlar la eficiencia en el gasto de los recursos fiscales. Junto con lo anterior, se genera una falta de seguridad ante la permanencia del organismo, puesto que pueden ser fácilmente revocados o dejados sin efecto, por un acto de la misma naturaleza que los creó. Esto disminuye el grado de certeza que las personas necesitan respecto a la permanencia de la autoridad.

Por su parte, en el derecho público chileno es valorable la uniformidad en la organización administrativa, afincada en la legalidad, juridicidad y demás valores relevantes en la vida republicana.

Ahora bien, no podemos desconocer la flexibilidad y dinamismo que aporta el derecho público británico, al permitir la creación de sus organis-

mos administrativos por medio de actos administrativos, lo que es de gran utilidad al momento de tener que adaptarlas a los cambios propios de una sociedad, ya sea por el progreso de esta o, bien, por elementos externos.

Es así como la flexibilidad, propia de las fuentes jurídicas que organizan a la Administración del Estado en el derecho británico, es relevante al momento de realizar cambios, especialmente si son imprevistos⁶². Esa flexibilidad no la detenta el derecho chileno, el cual tiene que lidiar con la rigidez de las normas superiores.

Por consiguiente, la respuesta a la pregunta antes realizada dependerá de las necesidades que la sociedad de cada país demande. Si bien toda sociedad requiere certeza, uniformidad y orden, estos valores no necesariamente deben ser entregados por medio de la estabilidad normativa, ya que dicho activo también puede emanar de la confianza en las instituciones y autoridades. Es así como, si una sociedad no confía en sus instituciones y autoridades, la estabilidad normativa se torna más necesaria y, a su vez, atributos como la flexibilidad y adaptabilidad disminuyen en su valía.

CONCLUSIÓN

En este artículo repasamos el modo por el cual se construye la organización administrativa chilena y británica, además expusimos los fundamentos o razones que explican tales sistemas. Por un lado, la organización de la Administración del Estado chilena refleja un alto nivel de formalización en las fuentes del derecho. Por otra parte, la organización administrativa británica presenta notas opuestas, al permitirse que su estructuración se realice por medio de fuentes de distinta naturaleza y jerarquía.

Sin perjuicio de las diferencias encontradas, y de los distintos fundamentos que las sostienen, lo cierto es que existen elementos que pueden ser examinados en aras a mejorar el sistema organizativo chileno. Uno de esos elementos es el dinamismo con el cual se da génesis a la Administración del Estado.

Ahora bien, estimamos que el modo en que actualmente se organiza la Administración del Estado chilena es especialmente conveniente. Valores tales como: el respeto a la juridicidad, el orden administrativo, la racionalidad económica y la necesidad de acuerdos políticos para excepcionar la organización básica de la Administración del Estado, deben conservarse y mejorarse.

⁶² Tal capacidad de adaptación que puede entregar la flexibilidad del derecho británico lo ejemplifica la creación en 2018, por parte de la Primera Ministra de ese entonces, del Ministerio de la Soledad, el que fue creado ante las altas cifras de personas que se sentían solas y aisladas.

El ejercicio finalizado, nos invita a poner atención en los criterios cobijados en realidades distintas a la chilena, con el propósito de integrar elementos desde la experiencia comparada. Con todo, hacemos un llamado a razonar y deliberar desde la realidad chilena, reconociendo sus problemas, pero valorando las soluciones que nuestra sociedad ha ido construyendo desde hace más de doscientos años de vida institucional.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AYLWIN, Patricio y Eduardo AZÓCAR (1996). *Derecho administrativo*. Santiago: Universidad Nacional Andrés Bello.
- BAGEHOT, Walter (2010). *La Constitución inglesa*. Traducción de Adolfo Posada y estudio preliminar de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BOCKSANG, Gabriel (2015). El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860). Santiago: Thomson Reuters.
- BOMBILLAR, Francisco (2011). "El sistema constitucional del Reino Unido". en *ReDCE*, año 8, núm. 15. Granada.
- CASSESE, Sabino (2014). *Derecho administrativo: Historia y futuro*. Sevilla: Instituto de Administración Pública.
- CRAIG, Paul (2012). *Administrative Law*. Oxford: Sweet&Maxwell.
- CRAIG, Paul (2016). "The legitimacy of us administrative law and the foundations of english administrative law: setting the historical record straight". *Legal Studies Research Paper*, no. 44. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2802784 [fecha de consulta: 3 de octubre de 2020].
- DICEY, Albert Venn (1915). *Introduction to the study of the law of the constitution*. Indianapolis: LibertyClassics.
- ELLIOT, Mark and Robert THOMAS (2011). *Public Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- LOEWENSTEIN, Karl (1967). "La investidura del primer ministro británico". *Revista de Estudios Políticos*, n.º151. Madrid.
- MARÍN CASTÁN, María Luisa (2015). *Significado y alcance de la Eguity inglesa*. Memoria para optar al grado de Doctor en la Facultad de Derecho, Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Natural de la Universidad Complutense de Madrid. Disponible en <https://eprints.ucm.es/53205/1/5309867769.pdf> [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2020].
- PIZARRO, Eugenio (2020). *Instituciones de derecho comparado público y privado*. Madrid: Dykinson.

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2015). *Diccionario de la lengua española*, 23ª edición. Disponible en <https://dle.rae.es> [fecha de consulta: 1 de julio de 2020].
- ROMÁN MASEDO, Laura (2000). “La reforma de la administración central en Gran Bretaña: El programa Next Steps y la doctrina de la responsabilidad ministerial”. *Revista de Estudios Políticos*, n.º 110. Madrid.
- RUFFERT, Matthias (2013). *Administrative law in Europe: Between Common Principles and National Traditions*. Zutphen: Europa Law Publishing.
- SILVA CIMMA, Enrique (1995) *Derecho administrativo chileno y comparado. El servicio público*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo IV.
- SOMMA, Alejandro (2015). *Introducción al Derecho Comparado*. Madrid: Universidad Carlos Tercero de Madrid.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1973). “¿Existe un derecho administrativo inglés?”. *Revista de Administración Pública*, n.º 70. Madrid.
- Soto Kloss, Eduardo (1996). *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo I.
- VERDUGO, Sergio (2012). “Las justificaciones de la regla de quórum supra-mayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIX. Valparaíso.
- WADE, William and Christopher FORSYTH (2014). *Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press.

Fuentes

- ACTAS COMISIÓN ORTUZAR (1973): “Biblioteca del Congreso Nacional”. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3764/2/Tomo_I_Comision_Ortuzar.pdf [fecha de consulta: 5 de julio de 2020].
- CABINET OFFICE (2018). *Executive Agencies: A guide for departments*. Disponible en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/690636/Executive_Agencies_Guidance.PDF [fecha de consulta: 6 de julio de 2020].
- EQUALITY AND HUMAN RIGHTS COMMISSION (2017): “What is the European Convention of Human Rights”. Disponible en www.equalityhumanrights.com/en/what-european-convention-human-rights
- PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE (1981). “Proposiciones e ideas precisas”. Disponible en www.jstor.org/stable/41608044?seq=1 [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2020].
- SUBSECRETARIA DEL INTERIOR (1986). “Ley n.º 18575. Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado” Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadela-ley/nc/historia-de-la-ley/7579/> [fecha de consulta: 9 de agosto de 2020]

THE MONARCHY (2020): Directgov – Government, citizens and rights. Archived [direct.gov.uk](https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121003064014/http://www.direct.gov.uk/en/Governmentcitizensandrights/UKgovernment/Centralgovernmentandthemonarchy/DG_073442) Disponible en https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121003064014/http://www.direct.gov.uk/en/Governmentcitizensandrights/UKgovernment/Centralgovernmentandthemonarchy/DG_073442 [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2020].

Normas citadas

Constitución Política de la República

Ley n.º 18575. Ley Orgánica Constitucional de bases generales de la Administración del Estado. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 5 de diciembre de 1986.

Ley n.º 20880, Sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 5 de enero de 2016.

Jurisprudencia citada

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1986). Rol n.º 39, 2 de octubre de 1986. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl/ [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2020].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2005). Rol n.º 444, de 24 de mayo de 2005". Disponible en www.tribunalconstitucional.cl/ [fecha de consulta: 1 de septiembre de 2020].