



UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO
EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Alumno:
Claudio Andrés Coronado Palma

Profesor Patrocinante:
Juan Carlos Ferrada Bórquez.

Valdivia, enero 2007

Informe Memoria de Prueba.

Señor
Andrés Bordalí Salamanca
Director Instituto de Derecho Público
Presente

De mi consideración:

Por la presente vengo en informar la memoria de prueba titulada "Nuevas formas de organización administrativa", de don Claudio Andrés Coronado Palma.

Este trabajo está estructurado en tres capítulos, más una introducción y unas conclusiones. En el primer de ellos, denominado "Organización de la Administración del Estado", el tesista hace una breve evolución histórica y descripción de la Administración del Estado, finalizando con una visión panorámica de esta organización en el ordenamiento jurídico chileno. Si bien esto constituye una buena síntesis, se aprecian algunas deficiencias en la elaboración, especialmente notorio en la carencia de algunos conceptos claves en esta materia, como en los principios que estructuran este tipo de organizaciones.

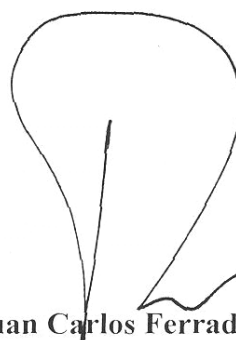
En el segundo capítulo, titulado "Nuevos modelos organizativos de la Administración del Estado tanto en el Derecho comparado como en el Derecho chileno", el alumno realiza un planteamiento general del tema adecuado y pertinente, precisando bien sus elementos y principios estructurales, siguiendo para ello las categorías utilizadas por Schmidt-Assmann. Ello le permite, posteriormente, aplicar dichas categorías organizativas al Derecho chileno, lo que hace correctamente, poniendo de manifiesto algunos problemas de la organización administrativa nacional.

En el tercer y último capítulo, denominado "Problemas de estas nuevas formas organizativas", el tesista realiza una buena exposición de los principales problemas que presenta nuestra organización administrativa, destacando los problemas de coherencia y ordenación en nuestro sistema. No obstante, y considerando la información ya recopilada, el análisis que realiza el tesista es poco profundo, careciendo de la rigurosidad necesaria en este tipo de trabajos. Ello se corrobora en las conclusiones, en que pese a haber realizado un interesante trabajo de recopilación bibliográfica inicial, no se extraen todas las consecuencias jurídicas que ameritaba el tratamiento del tema.

En suma, el trabajo realizado por don Claudio Coronado Palma constituye un acercamiento interesante al tema de la organización administrativa en nuestro derecho, utilizando categorías jurídicas novedosas y actuales, pero careciendo parcialmente de la profundidad y capacidad analítica que ameritaría una materia como ésta. Además, probablemente, conspiró también contra el trabajo final algunos problemas formales en la presentación del texto definitivo, como la ortografía, la redacción y la forma de realizar las citas bibliográficas respectivas.

Por todas estas consideraciones, es que soy de opinión de calificar esta memoria con nota cinco coma cero (5,0).

Sin otro particular, saluda atentamente.



Juan Carlos Ferrada Bórquez
Profesor Instituto de Derecho Público
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Austral de Chile.

En Valdivia, a 21 de febrero de 2007

ÍNDICE

Pág.

ÍNDICE.....	1
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPITULO I. “ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO”.....	5
1. Concepto Administración del Estado.....	5
1.2.1 Consecuencias del concepto Administración del Estado.....	6
2. Evolución y sistematización de la Administración del Estado.....	7
2.2 Impacto de la evolución del Estado en la estructura de la Administración Pública tanto en el derecho comparado como en el derecho chileno.....	7
2.2.1 Derecho comparado	7
2.2.2 Derecho Chileno.....	9
3. Organización básica de la Administración del Estado.....	11
4. Organización actual en Chile.....	12
CAPÍTULO II. NUEVOS MODELOS ORGANIZATIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO TANTO EN EL DERECHO COMPARADO COMO EN EL DERECHO CHILENO.....	14
1. Derecho Comparado.....	14
1.1 Contexto.....	14
1.2 Características.....	15
1.3 Clasificación.....	17
1.3.1 Unidades administrativas independientes.....	17
1.3.2 Unidades organizativas representativas de una pluralidad de intereses.....	18
1.3.3 Entidades empresariales sometidas al Derecho privado.....	20
1.3.4 Organizaciones intermedias.....	21
2. Derecho Chileno.....	23
2.1 Contexto.....	23
2.2 Clasificación de las nuevas formas organizativas.....	24
2.2.1 Unidades administrativas independientes: Caso del Banco Central y Consejo Nacional de Televisión.....	24
2.2.2 Unidades organizativas representativas de una pluralidad de intereses.....	26

2.2.2.1 Consejo Nacional de la Cultura y las Artes.....	26
2.2.2.2 Instituto Nacional del Deporte de Chile.....	28
2.2.2.3 Universidades estatales.....	29
2.2.2.4 Otros casos de órganos colegiados.....	30
2.2.3 Entidades empresariales sometidas al Derecho privado.....	30
2.2.4 Organizaciones intermedias.....	32
2.2.4.1 CONAF.....	32
2.2.4.2 Organizaciones de apoyo a la ciencia y la investigación.....	33
CAPÍTULO III “PROBLEMAS DE ESTAS NUEVAS FORMAS ORGANIZATIVAS.....	34
1 Ideas generales.....	34
2. Problemas constitucionales.....	34
2.1 Se ponen en cuestión los pilares básicos del Estado de Derecho.....	34
2.2 Incoherencia con el sistema administrativo clásico.....	36
2.3 Problema de independencia y autonomía en la práctica.....	37
3. Problemas de legitimidad técnica.....	39
4. Reducción de la esfera pública.....	40
5. Problema de integración en el ordenamiento jurídico de la participación ciudadana.....	41
6. Problema de transparencia.....	41
7. Deficiencias del sistema administrativo anterior a la LOCBGAE que aun persisten.....	42
CONCLUSIONES.....	43
BIBLIOGRAFÍA.....	45

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de la República de Chile de 1980 (en adelante CPR) consagra en su art. 38 las bases generales de la Administración del Estado. Para cumplir con lo dispuesto en dicho artículo, se dicta la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LOCBGAE). En armonía con lo anterior y con las demás normas legales y constitucionales que se refieren al tema, es que nuestro ordenamiento jurídico administrativo se construye en base a un sistema jerárquico y centralizado de Administración, que da origen a órganos administrativos centralizados y descentralizados. Así, estos órganos se someten a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República (en adelante PR).

No obstante, en los últimos tiempos el universo administrativo ha ido cambiando su estructura, debido a que las formas administrativas han debido asumir modalidades de mayor complejidad, que ya no son sólo caracterizables por los elementos jerarquía o supervigilancia, generadores de entidades centralizadas y descentralizadas¹.

De esta manera, la presente investigación tendrá como principal objetivo conocer y analizar las nuevas formas de organización administrativa (en adelante NFOA) que se han ido incorporando a nuestro sistema jurídico, el contexto en que surgen, su naturaleza e importancia. Así también, se verá el impacto que han provocado en la estructura de la organización básica de la Administración del Estado y el encaje en el marco de un Estado Unitario, descentralizado o desconcentrado administrativamente, como es el nuestro. Por último, se analizará esta situación en el derecho comparado, con el fin de reflexionar sobre algunos conceptos e instituciones de aquél, que pudieren ser aplicables a este tema.

Pues bien, la hipótesis que guiará esta investigación se sustentará sobre la idea de que estas nuevas formas organizativas vienen a romper con la estructura clásica de organización administrativa tradicional, siendo incompatibles e incoherente con la estructura y con los principios establecidos en nuestra CPR y en las leyes que se refieren a esta materia.

Para estos efectos, la investigación abordará los siguientes temas. En el primer capítulo, se verá la organización administrativa del Estado, y dentro de ella, se analizará el concepto de Administración Pública. Se hará mención también, a la evolución que ella ha experimentado a través del tiempo tanto en el derecho comparado como en el nuestro. Por último, se hará referencia a la organización actual y básica de nuestra Administración del Estado.

En el segundo capítulo, se abordarán las nuevas formas de organización administrativa tanto en el derecho comparado como en el nuestro. Para estos efectos, se establecerá el contexto en que se surgen, su naturaleza y desarrollo. También, se realizará una clasificación de estas nuevas formas organizativas en base a la realizada por el profesor Schmidt-Assmann, definiendo algunas

¹ Cfr. Pantoja Bauzá. R., *La Organización Administrativa del Estado*, Editorial jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2004, p. 206.

características básicas de aquellos órganos administrativos que nacen como respuesta al fenómeno que sustenta la creación de estos entes.

Por último, en el tercer capítulo se abordarán los problemas relativos a la naturaleza jurídica de estas NFOA, a la forma de incorporarse en un Estado unitario como el nuestro y a la debida compatibilidad con los principios constitucionales que inspiran un Estado de Derecho como el nuestro. Para esto, se establecerán ciertos criterios rectores de manera de poder agrupar de forma más ordenada estas dificultades.

CAPITULO I. “ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO”

1. Concepto Administración del Estado.

La Administración Pública -como cualquier otro objeto de conocimiento- puede ser estudiada desde distintos puntos de vista². Pero más precisamente, con la palabra “administración” se quiere designar tanto a la actividad administrativa como al conjunto organizado de elementos a través de los cuales esa actividad se realiza³.

En este sentido –como señala el profesor Aylwin - desde un punto de vista objetivo, el vocablo “Administración” denota la actividad concreta y práctica que el Estado realiza para el cumplimiento de sus fines. En su acepción subjetiva, “Administración” se refiere al conjunto organizado de las distintas oficinas, reparticiones, estructuras, empresas; por medio de las cuales el Estado ejerce su función administrativas, a las que corrientemente se les llama “servicios públicos”. Ambas acepciones corresponden al sentido etimológico de la expresión, que significa <<servir a>> de <<ad>>, a y <<ministrare>>, servir⁴.

Ahora bien -como señala el profesor Forsthoff- desde antiguo se presenta el problema de tratar de conceptualizar qué es exactamente la Administración Pública, y ello debido a su índole peculiar, cuál es, que se deja describir mas no definir.⁵ De ahí entonces, la dificultad de encontrar definiciones categóricas de lo que se entiende por Administración Pública y de sus componentes principales tanto en el derecho comparado como en el nuestro⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico, sólo la LOCBGAE se refiere al tema mencionando en su art. 1 los órganos que la constituirán, al respecto señala: “la Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, Las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y

² Puede ser estudiada tanto desde el punto de vista del Derecho como desde otros ámbitos también científicos, aunque no jurídicos. Estas dos posibilidades teóricas se han realizado efectivamente en la práctica dando lugar a dos grandes sistemas principales de estudios sobre la Administración Pública: el continental europeo y el anglosajón. Garrido Falla, Fernando. *Dos métodos en el estudio de la Administración Pública (método y ciencia de la administración)*. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, 1961. pp. 5 y 6.

³ Es decir, objetivamente se puede considerar a la Administración Pública como la actividad desarrollada por el Estado en el logro de sus fines esenciales; y subjetivamente, como el conjunto de personas y medios encaminados a realizar la actividad del Estado. Opazo Camposanto, Edgardo. *Autonomía. Administrativa*. Editorial Universitaria S.A. Stgo. Escuela de Derecho Universidad de Chile. 1964. Tesis. p. 65.

⁴ Cfr. Aylwin Azócar, Patricio y Azócar Brunner, Eduardo. *Derecho Administrativo*. Ediciones: dirección de investigación y extensión, 1996 p. 128,

⁵ Cfr. Forsthoff, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Editorial Instituto de Estudios político. Madrid, 1995. pp. 11 y 12.

⁶ En la doctrina comparada, el profesor Parada conceptualiza la Administración Pública en forma negativa - siguiendo a Otto Mayer y a la ley norteamericana de Procedimiento Administrativo- señalando que: “forman parte de ella todas las organizaciones estatales o poderes públicos, excluidos los órganos que crean el derecho y los que lo garantizan”. Asimismo Cassese señala que “La Administración Pública –tomando como modelo el caso italiano- se descompone en órganos de participación o colaboración en la actividad de gobierno, de regulación o disciplinas de sectores de prestaciones, de medios financieros o de servicios, de actividades de recaudación de actividades empresariales y de actividades >custodial o proprietary<”. Parada y Casesse Cit por Ferrada Bórquez, Juan Carlos. *La Administración Pública en la estructura del poder del Estado: algunas reflexiones iniciales*, Revista de Derecho, Universidad Católica de Temuco, N11, diciembre 2001, p. 3

Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las Empresas Públicas creadas por ley”.

1.2.1 Consecuencias del concepto Administración del Estado.

En primer lugar, cabe preguntarse si todos los órganos señalados en la definición que da nuestro ordenamiento jurídico administrativos pertenecen realmente a la Administración del Estado -teniendo presente la naturaleza autónoma y constitucional de algunos de esos organismos- y por otro lado, si determinados órganos son efectivamente administrativos.

Al respecto –en términos más o menos amplios- el profesor Arturo Aylwin señala que la Administración del Estado sería una sola y comprendería a la totalidad de los órganos y servicios creados para el cumplimiento de la función administrativa. Por eso, cualquier precepto que se refiera a la Administración -sin mayor agregado- habría que entenderlo que comprende a toda la Administración del Estado, cualquiera sea la naturaleza de los organismos de que se trate⁷.

Más concretamente, la Contraloría General de la República (en adelante CGR) ha dicho que tal definición ha servido de base para poder concluir que la Administración del Estado comprendería en forma amplia y genérica, a todos los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa del Estado, quedando excluidos los órganos legislativos y jurisdiccionales⁸.

Una postura más crítica es la del profesor Pantoja, que señala que, dicha definición es sólo una fachada de presentación de lo que se quiere sea el edificio administrativo del país. Esto pues, en el art 21 de la misma ley se excluyen de la aplicación de su título II, varios de los órganos nombrados en su art. 1⁹. Pero además, quedaría fuera también un sector integrado principalmente por instituciones con o sin fines de lucro, regidas íntegramente por el derecho privado, en que el Estado o sus instituciones tiene participación mayoritaria o igualitaria¹⁰.

Por último, si bien nuestra CPR no lo establece, es posible hacer la distinción entre Gobierno y Administración del Estado. En virtud de lo anterior, le corresponde al primero –en términos generales- una función de dirección política y, a esta última, una función de tipo ejecutiva¹¹. Así, al hablar de “Gobierno” se haría mención a los que tienen facultades de dirección política, es decir el

⁷ En consecuencia, el profesor Aylwin que aquel precepto pone término de raíz a una larga discusión sobre el contenido y significado del concepto “administración” y sobre si determinados organismos forman o no parte de ésta. Reafirma lo anterior el artículo 5 inciso 2 de la LOCBGAE que exige que “los órganos de la Administración del Estado deben cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción evitando la duplicidad o la interferencia de funciones”, pues de no ser así se estaría contraviniendo gravemente esta concepción unitaria. Cfr. Aylwin Azócar, Arturo. *Principios de la Ley Orgánica de la Administración del Estado y Pautas para el análisis de su título I*. Revista Chilena de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. Volumen 16. 1989. p. 397

⁸ Dictamen N°28091/1992, Contraloría General de la República.

⁹ Pues siguiendo la doctrina de la división de poderes, se rehúsa toda autonomía o independencia organizacional y se reconduce a ellos todos los demás órganos u organismos públicos. Cfr. Pantoja Bauzá, R. *La Organización...* ob. cit. p. 187.

¹⁰ Pierry Arrau, Pedro. *Las transformaciones del Derecho Administrativo en el siglo XX*. Revista de la Universidad Católica de Valparaíso, XXIII, Valparaíso, Chile, 2002. p. 393.

¹¹ Ferrada Bórquez, Juan Carlos., *La Administración Pública en la...* ob. cit. p. 17

PR, Ministros, Intendentes y Gobernadores¹². Por otro lado, al hablar de que ciertos órganos pertenecen a la Administración Pública, ello derivaría principalmente de su naturaleza jurídica, estructura organizativa, configuración funcional y finalidad de servicio público, lo que en último término se confirma en base a un concepto descriptivo o negativo por exclusión de la función administrativa¹³.

2. Evolución y sistematización de la Administración del Estado.

Para abordar el tema de la evolución de la Administración Pública, resulta inexcusable realizar un análisis histórico de la evolución del Estado, con el fin de comprender su realidad actual. Esto pues -como indica el profesor Forsthoff- cada historia de los “Estados” produce un tipo propio de Administración, caracterizado por sus peculiaridades y por los medios de que se sirve. Así, el paso de un tipo de Administración a otra se produce lenta y parcializadamente, tratando de adaptarse a la estructura general del Estado; incorporando nuevas formas que le son adecuadas, eliminando elementos tradicionales, modificándolos de acuerdo a sus nuevos fines o dejándolos subsistentes en su seno como cuerpos extraños¹⁴.

2.2 Impacto de la evolución del Estado en la estructura de la Administración Pública tanto en el derecho comparado como en el derecho chileno.

2.2.1 Derecho comparado

Partiendo por la Edad Media, se puede decir que en esta época no existía todavía una verdadera Administración, pues coexistían mas bien varios centros de poder, lo que generaba un escaso desarrollo organizativo del poder político, destacando más bien la confusión de funciones que hoy en día podemos ver como distintas y separadas. Sin embargo, se puede rescatar como atisbos de Administración, la gestación de instituciones tales como: la parlamentaria, (a través de las Cortes estamentales) la de asesoramiento en las funciones del gobierno (a través del consejo real) y las municipales¹⁵.

¹² Universidad de Chile., *Proyecto SUBDERE servicios públicos regionales: informe final.*, 2003, (Trabajo realizado para la SUBDERE por la Universidad de Chile en 2003, que analiza la factibilidad y alternativas de creación de servicios públicos adscritos directamente al Gobierno Regional).

¹³ Ferrada Bórquez, Juan Carlos. *Los órganos reguladores en el ordenamiento jurídico chileno: institucionalidad y transparencia.* <http://www.clad.org.ve/fulltext/0052504.pdf>. p.5

¹⁴ Cfr. Forsthoff, Ernst. ob. cit. p. 35.

¹⁵ En esta época, se abre para Europa una ciclo de progreso y crecimiento que repercuten en las estructuras políticas, favoreciendo el proceso de consolidación de las incipientes monarquías. El mundo se fracciona en comunidades nacionales organizadas. Como consecuencia de la teorización del poder, tiene lugar su progresiva despatrimonialización y concreción en dominio general o puramente político, desembocando en el concepto de “soberanía”. Sobre esta base, el estado pasa a ser una construcción abstracta y transpersonal, de un lado y convencional, artificial o modulada por la voluntad humana, a la que se imputa el poder; éste ultimo, a su vez, al ser universal, incluye también la creación del derecho. Cfr. Parejo Alfonso, Luciano. et. al. *Manual de Derecho Administrativo.* Ariel. Barcelona, 1990, p. 3

En la Edad moderna, se consolida el Estado bajo la forma de Estado absoluto, el cual da lugar a la ciencia de la “policía”, en que se resume la función del Estatal. También, se forma y define una verdadera Administración Pública, en la cual se instaura un cuerpo de funcionarios profesionales en los que, ya, se pueden encontrar caracteres que separan en parte, la Administración burocrática de la Estamental¹⁶.

En el Estado liberal, que se forma luego de profundas alteraciones (como la revolución francesa) y reformas llevadas a cabo por la burguesía, cabe destacar en el plano político, el nacimiento de una nueva forma de Estado: “El Estado constitucional”, el cual nace y coexiste con el principio autoritario del Estado absolutista ilustrado que luego supera¹⁷. Esta nueva forma de Estado -como señala Duguit- aparece como la nación organizada, al que le asiste la titularidad de la soberanía, del poder público; circunstancia que le otorga potestad de mando sobre los particulares¹⁸.

En esta época, la totalidad de la Administración se mantendrá como una unidad (la que adquiere personalidad propia en el seno del poder ejecutivo) pero, no solo por la fuerza de la voluntad del soberano, sino, además, por una articulación racional y funcional adaptada a las funciones administrativas, lo que la convierte en un instrumento subordinado de ejecución y aplicación objetivo-jurídica de la ley¹⁹.

En consecuencia, el modelo de Administración Pública es el de “Administración-intervención” y el principio constructivo de ella, el de centralización. Así, se sitúa en la cúspide de dicha organización, el gobierno (presidente y consejo de ministros) montada sobre la división de departamentos o Ministerios, los cuales se organizaban internamente, a su vez, en una pluralidad de unidades articuladas entre sí²⁰.

Nuevos cambios²¹ traen como consecuencia el nacimiento del Estado social, en el cual el Estado pasa a ser actor y protagonista vital de la vida social, especialmente en el ámbito económico²². El impacto en la Administración Pública, es básicamente, un crecimiento de ella que llega a ser tal, que obliga a una diversificación de las fórmulas organizativas y a un replanteamiento

¹⁶ Forsthoff., ob. cit. p. 45.

¹⁷ Sin embargo, la ruptura no es total, ya que se mantendrán algunos principios que, en conjunto con la filosofía contractualista y los nuevos derechos y libertades, conformarán otro modelo de Estado. Por ejemplo, “la soberanía”, concepto que no nace con la revolución francesa sino que viene de las antiguas monarquías, pero que cambia el titular: del monarca a la nación. Por lo tanto, los únicos que podían obligar a los ciudadanos eran ellos mismos, a través de la ley. Cfr. Parejo, L., ob. cit. pp. 7 y ss.

¹⁸ Duguit, Cit. por Pantoja Bauzá, Rolando. *El Concepto de Derecho Administrativo en el Derecho Chileno*, Revista de Derecho Público, n° 64, 2002.

¹⁹ Forsthoff., ob cit. p. 56

²⁰ En este nuevo orden constitucional, la ejecución de la ley (el poder ejecutivo y la Administración) estaba asignado al Monarca, el cual cumplía su función por medio órganos unipersonales, como las Secretarías de Estado y de Despacho, los cuales desarrollan una dinámica propia, institucionalizándose incluso un órgano común: el Consejo de Ministros. Cfr. Parejo, L., ob. cit. pp. 10-12.

²¹ Básicamente tres: la urbanización a gran escala, las consecuencias de las dos guerras mundiales, que obligan al Estado a intervenir en la actividad económica y el acelerado progreso científico y tecnológico. Ibidem. p. 13.

²² Cfr. Oelckers Camus, Osvaldo. *Nuevos Roles de la Administración Pública y su Regulación por el Derecho*. Revista Chilena de Derecho, Volumen 11, 1984, p.187 y ss.

de los grandes principios constructivos de su Administración en su conjunto, especialmente el de centralización y jerarquía²³.

Ahora, el modelo de administración es el de Administración-servicio o prestacional, la cual depende para la realización de sus fines y cometidos, de la aceptación de su acción por los destinatarios de la misma, cuando no, de la cooperación o colaboración activa de estos últimos²⁴.

2.2.2 Derecho Chileno

La Constitución de 1833 -texto conservador y autoritario- reconocía al PR como el “Jefe Supremo de la nación”²⁵. En torno a él se configuraba una Administración Pública paternalista y autoritaria, la que sin embargo tenía un ámbito de acción reducido. Esto pues, en esa época sólo existían: las municipalidades (subordinadas al poder Ejecutivo) algunas entidades semipúblicas (el ámbito social), y las personas jurídicas señaladas por Código Civil (art.547). Por último, sólo se reconocía en el Estado la existencia de 3 Ministerios. Así, puede decirse que el escenario de la Administración Pública de esta época era bien estrecho, estructurado principalmente en base a cargos públicos²⁶.

La Constitución de 1925, por su parte, no contenía preceptos que determinaran orgánicamente el concepto de Administración del Estado, lo que llevó a la doctrina y a la CGR a buscar fórmulas para sistematizarla. Así es como, solamente se hacía mención a la Administración Pública, la cual incluía únicamente a los servicios centralizados, dependiente jerárquicamente del PR. Luego, con la reforma de 1943, se incorporan dos nuevos servicios personificados, con el fin de cumplir funciones sociales y económicas: las empresas fiscales y las instituciones semifiscales²⁷. De esta forma, para referirse a la Administración del Estado no había una sola voz.

Posteriormente, con la reforma de 1970, se puede decir que la Administración del Estado y la Administración Pública pasaron a ser conceptos distintos. Esta última pasó a ser más restringida que aquella, ya que incluía únicamente a los servicios fiscales centralizados; en tanto, la Administración

²³ Esto debido a tres fenómenos: Primero, la descentralización funcional que implica la creación de organizaciones especializadas, formalmente separadas y “autónomas” que ponen en crisis el principio de jerarquía y centralización. Segundo, la utilización de formas organizativas de intervención de la Administración en la vida económica. Por último, la potenciación de la Administración Pública en el seno de la estructura estatal, la cual debe tomar decisiones que antes eran adoptadas por el poder legislativo, lo que provoca la demanda de mayor “Participación”. Parejo, L., ob. cit. p. 14 y ss.

²⁴ Aparecen así en la Administración: la idea de servicialidad y la eficacia, se rompe el paradigma de la subordinación Administración-ciudadano y la disposición unilateral e incondicionada de ella, se instalan así las ideas de una mayor diversidad y heterogeneidad en sus relaciones. Ibidem., p. 16.

²⁵ Instituyéndose casi como un monarca constitucional dentro de un ejecutivo todopoderoso. De esa forma se creía que su autoridad sería más sólida y respetable al legitimar su poder constitucionalmente. Cfr Pantoja Bauzá, R. *La organización...*, ob.cit. p.13

²⁶ Cfr. Pantoja Bauzá, R. *La organización de la Administración del Estado*, en Gobierno y Administración del Estado, año VII, 3, n° 87, octubre. p. 121.

²⁷ Esto es el denominado factor socioeconómico de cambio, basado en la política económico-social del Presidente Pedro Aguirre Cerda, que impuso un nuevo modelo de Gobierno-Administración, con la regulación estatal-económica de protección social y la aparición de numerosos organismos administrativos de diversa naturaleza: pública y privada, que, transformó el cuadro administrativo. Así, se pasó de una Administración por servicio público (fiscales-técnicos o descentralizados-sociales) a una Administración de servicios públicos fiscales, sociales y económicos, conjuntamente. Ibidem. p. 123.

del Estado, contenía además al conjunto de instituciones descentralizadas (instituciones semifiscales y empresas), pero incorporando además, a otras instituciones o corporaciones dotadas de personalidad jurídica que pasaron a constituir la regla general²⁸.

Por tanto –y en relación con lo visto respecto al Estado social- el impacto en la Administración Pública, es el paso de una administración construida en base a cargos públicos a una modelada en torno a servicios públicos fiscales dependientes o de Administración Central: en definitiva de una administración prestadora de servicios. También, se produce un cambio valórico en la sociedad. Se pasó de una convicción individualista a institucionalizar ideas sociales y de carácter económico, caracterizadas por la participación activa del Estado en la vida colectiva y orientadas en última instancia, hacia el bienestar de las personas²⁹.

Por último, la CPR sí estableció normas referentes a las bases generales de la Administración del Estado. Al respecto, el artículo 38 de la Carta Magna señala: “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 integrantes³⁰”.

En virtud de este artículo es que se dicta la LOCBGAE, que en armonía con las disposiciones constitucionales correspondientes, organizan la Administración del Estado -teniendo en cuenta el “desorden administrativo” en que se encontraba el ordenamiento jurídico administrativo anterior- lo cual trae diversas consecuencias. En primer lugar, se entiende que para el constituyente de 1980, los términos Administración Pública y Administración del Estado pasaron a ser sinónimos³¹.

En segundo lugar, en cuanto a la estructura básica de la Administración del Estado, ésta prevee como autoridad superior al PR quien actúa con la colaboración de los Ministerios (art 1 y 24-27 LOCBGAE; 24 y 33 de la CPR), Gobiernos Regionales y Gobernaciones (art. 1, 2 y 3

²⁸ Esta reforma vino a recoger el criterio jurisprudencial de la CGR, ya que refiriéndose en las materias de ley de iniciativa exclusiva del PR, aludía a la Administración del Estado, tanto central como descentralizada, sin mencionar para nada el concepto de instituciones semifiscales y empresas del Estado. En síntesis, antes de la reforma de 1970 y después de la de 1943, la Constitución consultaba la Administración Pública centralizada por una parte, y por la otra las instituciones semifiscales y las empresas del Estado. Con posterioridad se sustituye lo anterior por el término global de Administración del Estado, que incluye a otros entes personificados. Pierry Arrau, Pedro. *La Administración del Estado en la Constitución Política*, Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, N°10, 1986, p.414

²⁹ Esto significó que, ciertas específicas ramas de administración crecieron del tronco presidencial, sin separarse de él, y tuvieron a su cargo la satisfacción de una determinada función pública, actuando dentro de la personalidad jurídica del fisco, y bajo la autoridad del Presidente de la República, como ramas que eran de un mismo tronco: el Estado fisco. Consecuencia de esto último, es que, las decisiones que se adoptaban ya no se basaban sólo en razones de oportunidad y conveniencia, sino que además, en razones técnicas e informadas. Esto pues, éstas organizaciones contaban ahora con un jefe superior y con personal especializado en el área. Cfr. Pantoja Bauzá, R. *La organización Administrativa...*, ob. cit. pp. 122 y ss.

³⁰ Constitución Política de la República de Chile de 1980, art. 38 inciso 1.

³¹ Esto pues, el constituyente no definió dichos conceptos y el legislador no podía entrar a efectuar interpretaciones acerca del alcance de estas expresiones. Al respecto, el fallo del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 1986 se pronunció sobre el tema señalando que, ambas expresiones deben entenderse como sinónimas y en su sentido más amplio y genérico, porque no resulta justificado pensar que el constituyente encargara a una ley orgánica constitucional la regulación de la organización básica de sólo una parte o sector de la Administración del Estado y excluyera a otra, habida consideración que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición. Aylwin Azócar, Patricio & y Azócar Brunner, Eduardo., ob. cit. pp. 221 y 222. En el mismo sentido Pierry Arrau, Pedro. *La Administración del Estado...*, ob. cit. p 414

LOGGAR³²; 111 y 116 CPR) y de los servicios públicos creados –en virtud de la iniciativa exclusiva del PR, artículo 65 inciso 4 N°2 CPR- para el cumplimiento de la función administrativa, sean centralizados o funcional o territorialmente descentralizados (25 LOCGBAE en relación con art. 3 CPR) y, además se contempla a las municipalidades, como corporaciones autónomas encargadas de la administración comunal (art.118 CPR y art 1 LOCM³³). Por último, se establecen otros dos órganos consagrados por la propia Carta Fundamental con carácter de autónomos: el Banco Central (art. 108 CPR) y la CGR (art. 98 CPR)

Como corolario de lo anterior, forzoso es recalcar la forma de Estado unitario que rige a nuestro país, consagrada en el art. 3 de la CPR. Esto trae como consecuencia, que sólo exista un centro de decisiones políticas a través de los órganos del gobierno nacional. Asimismo, significa que la soberanía se ejerce por toda la sociedad, siendo aquel por intermedio de las autoridades y órganos que la CPR establece, el que asume la totalidad de los atributos y funciones del poder político. Por último, implica que la división territorial fundamental sea la región y que la Administración Estatal sea descentralizada o desconcentrada territorial o funcionalmente³⁴.

3. Organización básica de la Administración del Estado

La estructura básica de la Administración del Estado esta conformada por organismos centralizados y descentralizados (art. 29 LOCBGAE), cuya diferencia fundamental radica en si poseen o no personalidad jurídica propia e independiente de la Administración central. Así, en los organismos dependientes del poder central –ministerios, subsecretarías, direcciones generales, servicios públicos centralizados- se aprecia una relación jerárquica directa con el Gobierno y la Administración del Estado que se refleja en la dependencia directa de las autoridades superiores de dichos órganos tanto en la conducción política como en lo relativo al control jerárquico. Por último, debe añadirse la absoluta dependencia económica de estos órganos a través de la Ley de Presupuesto³⁵.

A su vez, los organismos descentralizados son concebidos como instituciones autónomas especialmente en el plano funcional. Sus decisiones no son revisadas por la vía jerárquica sino que se sujetan a la operatividad de los mecanismos de tutela o supervigilancia del PR por vía del ministerio respectivo. Por último, “generalmente” el jefe superior será de la exclusiva confianza del PR³⁶. Se dice “generalmente” pues cabe plantearse el caso del BC en que sus directores son nombrados por el PR, previo acuerdo del Senado. Pero además, se debería reflexionar también acerca de la nueva regulación política de personal de determinados funcionarios públicos dispuesto por la ley 19.882.

³² Ley de Gobierno y Administración Regional.

³³ Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

³⁴ Cfr. Ferrada Bórquez, Juan Carlos. *La Reforma Procesal Penal y su Impacto en la Organización y Estructura del Estado-poder publico chileno: algunas reflexiones preliminares*. Rev. derecho (valdivia). [online]. ago. 1999, vol. 10supl.pp.16376.disponibleenlaworldwideweb:<http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0718-09501999000100013&lng=es&nrm=iso>. issn 0718-0950

³⁵ Lo anterior se desprende de los artículos: 24 CPR, 1, 11, 21, 22 y 23 de la LOCBGAE

³⁶ Cfr. Ferrada Bórquez, Juan Carlos., *Los órganos reguladores...* ob. cit. p.6

Esta nueva legislación introduce una modificación sustancial respecto a la designación de algunos funcionarios de la exclusiva confianza del PR, que impactaría de manera progresiva en las relaciones Gobierno-Administración del Estado. En este sentido, señala el Tribunal Constitucional: “...los funcionarios de alta dirección pública dejan de ser de la exclusiva confianza del PR sometiéndose al nuevo régimen legal estatuario...”³⁷.

Por último, cabe señalar que las políticas, planes y programas del sector –que definen el marco para el desempeño de las potestades de la organización- son definidos por el Gobierno, como responsable político de la gestión administrativa general y titular de la potestad directiva y normativa de los distintos sectores. Por tanto, si bien los órganos descentralizados en el ejercicio de sus potestades no dependen del Gobierno, si deben respetar sus políticas globales y programas de trabajo³⁸.

4. Organización actual en Chile

En consecuencia, es la propia CPR la que señala que existirá una Administración (art. 3 CPR) que recibe el nombre de Administración Pública (art.38 CPR), la cual será funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada en su caso de conformidad a la ley (art.3 CPR) y para los efectos del Gobierno y Administración del Estado, corresponderá al PR su ejercicio, con la colaboración de los órganos que establezca la Constitución y las leyes (Art. 24 CPR y art. 1 LOBCBGAE)³⁹.

De lo dicho anteriormente, surge que las formas orgánicas y típicas de administrar están constituidas por órganos que -según el profesor Soto Kloss- forman un “complejo de personas jurídicas estatales, públicas y administrativas”. Estos órganos se pueden agrupar de la siguiente forma: el Estado-Fisco (que incluiría a los servicios dependientes del PR jerárquicamente), las Municipalidades, las denominadas Instituciones autónomas⁴⁰y, por último, las empresas del Estado. Estas últimas, tienen como característica más relevante que, si bien su estructura organizativa es la de una persona jurídica de derecho público -esto es creada por ley, patrimonio público, y régimen

³⁷ Así, la consecuencia es que dichos funcionarios -señalados en el art 7 del Estatuto administrativo- ahora serán propuestos al PR de una nómina de entre 3 y 5 candidatos seleccionados en el proceso de selección efectuado para la provisión de un cargo de jefe de servicio, garantizando así el cumplimiento de los principios de transparencia y probidad como ejes de la función pública (sistema que en todo caso se irá implementando parcializadamente). 2003 Sentencia Tribunal Constitucional rol N° 375, sobre el proyecto de ley que regula nueva política de personal a los funcionarios públicos que indica. Considerando 19°. <http://www.tribunalconstitucional.cl/site/roles/ROL0375.pdf>

³⁸ Ferrada Bórquez, Juan Carlos., *Los órganos reguladores...*, ob. cit p. 6

³⁹ Pierry Arrau, P., *La Administración del Estado...*, ob. cit. p. 411.

⁴⁰ las cuales se caracterizan por englobar una heterogénea tipología de entidades dedicadas en sus fines a la satisfacción de diversas necesidades públicas, donde, en general, se requiere, entre otras condiciones, una mayor agilidad de actuación, flexibilidad de procedimiento y el sometimiento a una fiscalización más de resultados o finalista que puramente legal/formal, más dúctil y menos formalista, entre estas Instituciones se pueden indicar: Instituciones semifiscales, término que comprende a las llamadas “Cajas de Previsión”, Entes administrativos personificados dotados de autonomía, personalidad jurídica propia. Comisiones, Consejos, Corporaciones, Direcciones, Fiscalías, Instituciones Fiscalizadoras, Juntas, Servicios, Universidades estatales. Soto Kloss, E. *La organización de la Administración del Estado. Un complejo de personas jurídicas*, Gaceta Jurídica N° 73, 1986. p. 16.

organizativo de derecho público- su funcionamiento mismo en sus actos y contratos está normalmente sujeto o regido por el derecho privado⁴¹.

No obstante lo anterior, se puede apreciar -hoy en día- un mundo con necesidades más complejas y variadas que antaño, lo cual se refleja no sólo en una multiplicación orgánica de los servicios públicos –que también- sino que además en la incorporación de diversas fórmulas para adecuar la colaboración de los particulares en la gestión del Estado o bien para aplicarle a ésta procedimientos del derecho común. Se ha producido así una interrelación entre los ámbitos del derecho público y del derecho privado, resultando a veces difícil saber donde terminan las fronteras de uno y donde comienzan las del otro, sobretodo teniendo a la vista a instituciones del derecho privado que el Estado ha “publicado” y organismo públicos que han utilizado fórmulas jurídicas propias de los particulares⁴².

Esto último queda reflejado en la creación de empresas del Estado, en la creación de verdaderas “fundaciones de derecho público” (en que el Estado se ha “asociado” con particulares para cometidos de interés público), en la concesión de personalidad jurídica de derecho público a corporaciones gremiales y con ello de potestades administrativas, en la radicación de competencias administrativas en personas jurídicas de derecho privado, y por último, en el empleo de otras formas atípicas de administrar⁴³.

En cuanto a la proliferación de servicios públicos, se debe tener presente en primer lugar, que las formas de organización sirven de medio para la realización de fines políticos⁴⁴. Luego, una determinada política impulsada por el gobierno de turno producirá efectos en el organigrama administrativo. Por tanto, en la búsqueda del por qué de estas NFOA se debe tener en cuenta además, el impacto que ha producido en el ordenamiento jurídico administrativo la agenda de modernización del Estado promovida por los gobiernos de la Concertación en estos último años.

Por último, se debe mencionar a ciertos organismos que tienen como jefe superior, a una persona con rango de ministro o de subsecretario, lo cual pareciera a primera vista, una perspectiva de dudosa constitucionalidad, ya que no esta acorde con la estructura establecida en el título II de la LOCBGAE, entre otras cosas.

Así es como, los diversos servicios públicos creados en nuestro ordenamiento jurídico presentan varios problemas, pues el legislador los ha ido creando sin atender a una pauta o criterio uniforme. Por consiguiente, su nacimiento ha ido surgiendo a medida que el Estado ha instituido la conveniencia de realizar una necesidad general, mediante el procedimiento de derecho público⁴⁵.

⁴¹ Soto Kloss, E. *La Organización...*, ob. cit., p. 17.

⁴² Argandoña, Manuel. *Los órganos administrativos en Chile: bases fundamentales*, segunda edición, Editorial jurídica de Chile, 1985, p. 112

⁴³ Este fenómeno se denomina de “administración invisible”, llamada así porque los intereses públicos son satisfechos no por los órganos que pertenecen a la estructura orgánica y visible del Estado y conforme al ordenamiento jurídico público y administrativo, sino por personas o entidades de derecho privado o que no pertenecen a la organización estatal. Ibidem., p. 112.

⁴⁴ Cfr. Merkl, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Editorial Comares S.L., Granada, 2004. p. 432.

⁴⁵ Pantoja Bauzá, R. *Gobierno y Administración...*, ob. cit., p. 125.

CAPÍTULO II. NUEVOS MODELOS ORGANIZATIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO TANTO EN EL DERECHO COMPARADO COMO EN EL DERECHO CHILENO

1. Derecho Comparado

1.1 Contexto

Hoy en día, las relaciones del individuo con el Estado no pueden limitarse sólo a regulaciones puntuales, pues el Derecho administrativo ya no es sólo un Derecho de intervención y prestación, sino también un Derecho de organización; y en particular, de la obtención de información, adopción de decisiones y realización de las mismas. Lo mismo ocurre para la Administración, la cual, ya no actúa como bloque monolítico sino como red de unidades organizativas diversas. Con ello, se amplía el campo de tratamiento del fenómeno administrativo, extendiéndose al ámbito organizativo de las interacciones entre las unidades organizativas y de las manifestaciones de autoorganización social⁴⁶.

Esta nueva perspectiva, se ve también, en las prestaciones administrativas como “productos” y las relaciones de la Administración con el ciudadano como “relación de cliente”. Este enfoque apunta a la construcción de una estructura organizativa y de dirección descentralizada análoga a la propia de la empresa⁴⁷. Uno de sus elementos centrales es la clara delimitación entre el sistema político -que es el encargado de fijar tareas, estructuras, objetivos y el mercado en el que va a operar- y el administrativo, el cual debe cumplir dichas tareas⁴⁸.

Todo esto ha traído como consecuencia importantes transformaciones en el Estado nacional, que han provocado una variación de la soberanía hacia una “constituida-compartida”⁴⁹. En este sentido, el Estado ha debido responder en la práctica a las nuevas funciones demandadas y generadas por la realidad misma, debiendo el poder público inducir la colaboración de la economía privada o acudir a fórmulas de concierto, transacción y cooperación con grupos sociales y agentes privados. Por último, el impacto también ha afectado al Derecho administrativo, el cual ha debido

⁴⁶ Ello quiere decir que la actividad administrativa precisa ordenarse, jurídica y democráticamente, desde luego “desde fuera” (en defensa del individuo frente al Estado), pero también “desde dentro” (idoneidad del poder público administrativo para el cumplimiento de su función constitucional de configuración social mediante la realización del pertinente interés general). Si la Constitución apunta a una estatalidad constituida según el principio de Estado Derecho, el Derecho Administrativo debe determinar la Administración desde luego en sus relaciones concretas con el ciudadano, pero también en sus procesos más amplios de toma de decisiones. Desde este punto de vista no puede olvidarse la trascendencia para el tratamiento de la acción *ad extra* (las relaciones jurídicas con los ciudadanos) de la estructura – construcción orgánica y funcionamiento interno- de la Administración Pública, condicionantes de su legitimación en términos no solo reales, sino jurídico-constitucionales. Cfr. Parejo Alfonso, L. *Informe sobre el proyecto de ley orgánica de la administración pública*. <http://www.cesdepu.com/informe%20final.doc>. p. 4.

⁴⁷ En este sentido también el profesor Martín Mateo, desarrolla el tema de la visión empresarial de la Administración, en cuanto las aspiraciones de eficiencia y operatividad. Martín Mateo, R. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Trivium, S.A., décima edición. Campomanes. Madrid, 1996. pp. 59 y ss.

⁴⁸ Parejo Alfonso, L., *Informe de ley...*, *ob. cit.* p. 7.

⁴⁹ Transformaciones derivadas, entre otras, de la mundialización de la economía, lo cual ha traído como consecuencia, la búsqueda de estructuras de poder público más amplias que las del Estado nacional y por otro lado, el repliegue en la organización interna hacia la revalorización de estructuras más inmediatas al individuo. Cfr. Parejo Alfonso, L., *Manual de derecho...* *ob. cit.* pp. 17 y ss.

incorporarse al diverso mundo de relaciones entre las Administraciones u organizaciones públicas entre sí, y con una pluralidad de ciudadanos con intereses incluso divergentes⁵⁰.

En el ámbito propio de las estructuras organizativas, se ha producido la ruptura de la imagen de unidad del Estado y de la Administración -por vía de la descentralización del sistema y de la coordinación de sus piezas o elementos- sumado al doble fenómeno de una cierta autoprogramación de la Administración, y de una reserva de espacios de acción a favor de la misma, que la encamina hacia un sistema policéntrico de producción y definición del Derecho⁵¹.

De ahí entonces, el problema de la “unidad de la Administración” en torno a la legitimación, como una de las cuestiones dogmáticas centrales del derecho de la organización y de determinar si ella se compone de diversos sujetos, o si bien, es unitaria. Si bien, la democracia y el Estado de Derecho exigen una unidad de actuación y de decisión, ella no debe ser estática e inmanente, sino que debe lograrse caso a caso y a través de procedimientos diferentes. Esto pues, los efectos que se buscan con estructuras jerárquicas -entre las distintas organizaciones- pueden también lograrse a través de otros medios de unificación (Ej: vinculación más estricta a la Ley o a través de nuevas formas de control). En este sentido, no todo lo que se aparta de las ideas tradicionales basadas en estrechos vínculos jerárquicos, y se acerca al modelo de las “autoridades independientes”, supone necesariamente un déficit de legitimación⁵².

1.2. Características

Todo este cambio en la estructura organizativa deja ver algunas características de los órganos que nacen en respuesta a dicho fenómeno. En primer lugar, una “independencia” (tanto orgánica como funcional) la cual tiene por objeto garantizar una mayor autonomía en el desarrollo de sus funciones. Esta garantía se desarrolla legalmente y se refiere, por un lado, a las condiciones de composición de sus órganos directivos (por lo general colegiada, de pocos miembros e integrada por personas cualificadas). Luego, se refieren también al ámbito estatuario, es decir, a lo relacionado con los “nombramientos” que por lo general, son de duración bastante larga, no renovables, inamovibles y sujeto a reglas de incompatibilidad e inmunidad. Por último, está también una independencia de tipo funcional, que se tutela a través de la prohibición de recibir órdenes del Ejecutivo⁵³.

En segundo lugar, -aunque son varios los ámbitos de acción-, se puede apreciar que la protección de las libertades y la regulación social es el espacio en que se desarrollan generalmente.

⁵⁰ Parejo, L. *Manual de derecho...*, ob cit., p. 22.

⁵¹ Hoy en día se registra un desplazamiento de la Administración desde el modelo organizativo weberiano altamente centralizado y compuesto por una estructura jerárquica de la “organización burocrática”, hacia un modelo organizativo “fractal”, básicamente informal y descentralizado y caracterizado por basarse en relaciones de cooperación horizontal y en estructuras reticulares igualmente horizontales. Cfr. Schmidt-Assmann, Eberhard. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. Marcial Pons. Instituto de Administración Pública. Madrid, 2003 p. 251.

⁵² *Ibidem*, p. 251.

⁵³ Cfr. Teitgen-Colly Cit por Betancor, A. *Las administraciones independientes*. Tecnos. Madrid. p. 72.

Por otro lado, sus funciones están entre la definición y ejecución de las políticas públicas y la gestión de los servicios públicos⁵⁴.

Por último, una creciente importancia merece también el fenómeno de la participación ciudadana, que es aquella que se identifica con la posibilidad que tiene el ciudadano –tanto a nivel individual como a través de las organizaciones sociales a las que pertenece- de tomar parte en las decisiones que afectan sus intereses mediatos o inmediatos. De este concepto, se distingue lo que es la participación individual, en la que el ciudadano actúa como titular de derechos o intereses propios, de aquella en que participa como miembro de la comunidad, en tanto esté afectado por el interés general y sea portador del mismo⁵⁵.

Esta última es la participación relevante en el campo administrativo de la cual se desprenden tres círculos de participación ciudadana. En primer lugar, una orgánica ordenada sobre el modelo corporativo, en el que el ciudadano se incorpora a órganos estrictamente tales de la Administración. En segundo lugar, una funcional en que el ciudadano ejerce funciones administrativas, sin perder su posición privada y sin incorporarse a un órgano administrativo formal. Por último, una cooperativa en que el administrado secunda con su actuación privada el interés general, sin dejar de actuar como tal y sin cumplir funciones materialmente públicas⁵⁶.

Por tanto, el obrar administrativo precisa hoy, más allá aún, de una auténtica incorporación de los administrados. Esto pues, al dispararse la actividad administrativa o al ir abordando cada vez nuevos campos, resulta imprescindible no sólo ya en términos democráticos, sino también de eficacia, contar con el respaldo de los administrados. De ahí que se pretenda cada vez hacer que estos participen y colaboren en las cuestiones administrativas a través de comités, juntas o comisiones⁵⁷.

Por ello es que, la incorporación de la idea de participación en el sistema administrativo conlleva un cambio sustancial que deberá implicar una modificación en las tradicionales instituciones administrativas y, por ende, una nueva conceptualización dogmática de ciertas instituciones jurídicas. Esto pues, su incorporación responde a dos necesidades básicas del Estado moderno: una de origen técnico, ligado a la eficacia administrativa de la organización estatal, y otra, de origen político, relacionada con la búsqueda de un nuevo sustento de legitimidad de la Administración y de la reconducción de los conflictos sociales, tanto en el seno de la Administración como en el seno de la sociedad⁵⁸.

⁵⁴ Betancor, A., ob cit., p. 69

⁵⁵ Cfr. Camacho Cepeda, Gladys. *La Participación Ciudadana en la Administración Pública*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. pp. 377 y 376.

⁵⁶ Ibidem. pp. 378 y 379

⁵⁷ Ramón Martín Mateo. ob. cit. p. 65.

⁵⁸ Así, las consecuencias que el desarrollo de la participación administrativa permite. Primero, hacer desaparecer distensiones sociales y disfunciones orgánica posibilitando un nuevo consenso que permita la superación de la llamada “crisis de legitimidad” de los sistemas políticos y administrativos de los países democráticos occidentales. Segundo, el trastocamiento de los mecanismos tradicionales de decisión al producirse un desplazamiento del asentamiento de la autoridad. Tercero, llenar los defectos del sistema de comunicación entre los organismos administrativos, así como entre estos y los ciudadanos, todo lo cual atenúa un nuevo estilo de dirección favoreciendo las técnicas de coordinación y cooperación. Cuarto, fomentar las iniciativas individuales y las fórmulas de negociación y de compromiso, de manera

1.3 Clasificación

Siguiendo al profesor Schmidt-Assmann, se puede distinguir las siguientes nuevas formas de organizativas: unidades administrativas independientes, entes caracterizados por dar cabida a una pluralidad de intereses, empresas organizadas bajo formas de Derecho privado e instituciones en las que se produce una conexión entre Estado y sociedad.

1.3.1 Unidades administrativas independientes

Estas formas organizativas presentan las siguientes particularidades. En primer lugar, tienen como objeto la búsqueda de la debida imparcialidad, con el fin de alejar a los órganos competentes de decisiones políticas “del momento”. En segundo lugar, la independencia sirve también para conceder un campo de acción más amplio a expertos externos, cuando su actuar no sólo se extienden a la simple representación y defensa de intereses particulares. Por último, se incluye el caso de los entes locales dotados de autonomía local, ya que, con su independencia se busca proteger el “interés general local” limitado a un ámbito espacial reducido, frente a los intereses generales de ámbito superior⁵⁹.

De lo anterior, llama la atención que el límite entre estas formas organizativas y las representativas de una pluralidad de intereses no es muy claro⁶⁰. Esto pues, por ejemplo, en los casos de “consejos de radio y televisión” o de expertos externo, se debe tener en cuenta -además de su imparcialidad- la necesidad de garantizar el pluralismo (para el caso de los consejos) y la integración de perspectivas y relaciones de amplio espectro (para el caso de los expertos)⁶¹.

En términos generales, estas formas organizativas se definen principalmente en base a criterios de neutralidad e imparcialidad política, y su desarrollo tendrá diferentes matices dependiendo de cuál sea el modelo de Estado en que se desarrollen⁶². Así por ejemplo, en España –siguiendo al profesor Betancor- las autoridades administrativas independientes, tienen dentro de sus potestades ejercer poderes de inspección, de control y de sanción de actividades públicas y privadas. Sus miembros no pueden ser removidos discrecionalmente ni tampoco recibir ordenes o instrucciones por el Gobierno, todo lo cual, con el fin de garantizar el bien constitucional correspondiente⁶³.

de facilitar la actividad de las organizaciones intermedias. Quinto, desarrollar con todo esto un sentimiento de interdependencia favorable al reforzamiento de la integración social Camacho Cepeda, Gladys. ob. cit. pp. 377 y 376

⁵⁹ Para la cita Cfr. Schmidt-Assmann., ob. cit. p. 274. Para el caso de las autonomías locales, ver Parejo Alfonso, L. Manual de..., ob. cit. pp. 57 y ss.

⁶⁰ Como ocurre en España con la Agencia de Protección de Datos, en cuanto a los problemas que trae la determinación de su naturaleza jurídica y su coherencia con los principios constitucionales. Cfr. Betancor, A., ob. cit. p. 23.

⁶¹ Cfr. Schmidt – Assmann., ob. cit. 273-275.

⁶² Así por ejemplo, en un Estado Federal, la autonomía de sus Estados subnacionales será mas amplia y facultará a dichos órganos para el ejercicio de funciones legislativas, ejecutiva y jurisdiccionales; en tanto que, en un Estado Unitario, las entidades territoriales –descentralizadas territorialmente- tendrán una autonomía menor. Melo Salcedo, Ileana Marlitt. *Los órganos autónomos e independientes*.

http://www.usergioraboleda.edu.co/civilizar/organos_autónomos_independientes.htm

⁶³ Dentro de las cuales se pueden mencionar: el Consejo de Seguridad Nuclear, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Agencia de Protección de datos, la Comisión de la seguridad de los consumidores, el Consejo de la Competencia y el Consejo Superior Audiovisual. Betancor, A., ob.cit. p. 28.

En Francia, el Consejo de Estado ha fijando 3 períodos. El primero (1941-1972) caracterizado como una etapa de surgimiento, el segundo (1973-1978) supuso una aceleración de los procesos de creación así como una generalización de la fórmula, y el tercer período (1979 en adelante) que es caracterizado como una etapa en que se ralentiza la creación de dichas instituciones⁶⁴.

En Gran Bretaña, los “*quangos*” (como se les llama a estos tipos de formas organizativas) no responden a rasgos precisos, sus formas de funcionamiento no se describen genéricamente ni aparecen investidas de funciones homogéneas⁶⁵. Se caracterizan además, por no pertenecer a la estructura de un departamento ministerial y por disponer de un cierto grado de autonomía. De esta forma, su alcance es difuso pues no hay en sí un reparto de poderes entre partidos ni una autonomía concreta, ya que ella, se concibe más bien como una cuestión sociológica, pues sus miembros son nombrados o destituidos por el Ejecutivo. Por último, su responsabilidad ministerial está muy atenuada toda vez que responden únicamente por las grandes operaciones⁶⁶.

1.3.2 Unidades organizativas representativas de una pluralidad de intereses

Son formas organizativas en las que participan, con funciones codecisorias, representantes de intereses externos a la Administración. Desde el punto de vista material, se trata de una manifestación de cooperación entre Estado y sociedad. En el plano organizativo, están integradas en el Ejecutivo. Asimismo, responden a principios amplios que implican facilitar o reducir la imparcialidad de la Administración respecto a los intereses en presencia; o también, mejorar la propia representación de intereses, la autonomía de los individuos y la participación de los ciudadanos.

La importancia de estos entes radica en la colaboración que se da entre Estado y sociedad. Esto pues, debe tenerse presente que ambos conceptos ya no son sistemas autónomos o limitado por un cierto número de relaciones; están más bien, conectados por relaciones complejas o con factores reguladores que se sitúan fuera de los respectivos sistemas y con un conjunto de subsistemas interseccionados⁶⁷.

Ahora bien, dentro de estas formas organizativas encontramos, en primer lugar, a entes que disfrutaban de una autonomía funcional en los ámbitos de economía, educación superior y en los

⁶⁴ Betancor, A., ob.cit. pp. 31 y ss.

⁶⁵ Unos desempeñan funciones administrativas, ejecutivas, reguladoras o comerciales; otros ejercen funciones consultivas; y otros, finalmente, funciones cuasijudiciales. Fuenteaja, J y Guillén, J. *La Regeneración de la Administración Pública en Gran Bretaña*, Civitas, Madrid, 1996, p. 137.

⁶⁶ Betancor, A., ob. cit. p. 57 y ss.

⁶⁷ De lo que son muestra por ejemplo, la presencia de representantes del sector privado en las comisiones estatales y en la “*loci*” de las decisiones, el cumplimiento de funciones estatales a través de empresas de constitución jurídica privada, etc. Asimismo, se aprecia un cierto ocaso de la teoría del sistema político que engloba factores estatales y sociales, en el cual muchas de las funciones del Estado se llevan a cabo por entidades privadas a la vez que éstas no pueden cumplir sus fines privados sin participar en las decisiones estatales. Cfr. García Pelayo, M., cit por García Madaria, José., *A propósito de la ciencia política y de la Administración*. En Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX homenaje al profesor Fernando Garrido Falla. Editorial Complutense, Volumen I, 1992. p. 140.

servicios sociales. En cuanto a la legitimidad democrática, estos entes se encuentran vinculados a ella mediante su sometimiento a la Ley, lo cual se concreta con su sujeción al control estatal. Pero además, estas corporaciones autónomas encuentran también una segunda fuente de legitimidad determinada por su componente corporativo-participativo, siendo el sujeto de la legitimidad una comunidad de interesados que se determina por unas características dadas y ya no por el pueblo⁶⁸.

Esta legitimación autónoma plantea, sin embargo, la cuestión de determinar si la Constitución reconoce -junto a la legitimidad basada en el pueblo- otras formas de legitimidad, en las que la conexión con el pueblo se plantea en un sentido menos claro o incluso parten de otro sujeto de legitimidad, siempre que sigan la idea fundamental de la democracia consistente en asegurar la autodeterminación mediante la participación de forma organizada en el poder estatal⁶⁹.

Así, en España se plantea el problema respecto de las corporaciones públicas, las cuales al no estar reguladas categóricamente por la Carta Magna (pese a reglamentar algunas categorías de ellas como los Colegios profesionales y las Cámaras) merecen toda clase de reservas, pese a su conexión con la organización administrativa del Estado central. No obstante, distinto es considerarlas como parte integrante del Estado, sobre todo a la luz de un sistema democrático sustentado sobre la base del pluralismo político y social en el que no es indispensable que todas las necesidades colectivas sean satisfechas por entes públicos, siendo perfectamente posible que lo hagan organizaciones privadas⁷⁰.

En segundo lugar, se encuentran dentro de esta clasificación ciertos órganos colegiados no sometidos a instrucciones jerárquicas (en los que participan expertos privados y representantes de intereses particulares) que desempeñan funciones directivas en grandes entes dotados de personalidad propia, como ocurre con los consejos de Administración de muchas instituciones públicas o en órganos colegiados integrados en la Administración federal⁷¹.

De todo esto se puede concluir que estas unidades administrativas demuestran que el derecho de la organización administrativa está abierto a nuevas posibilidades, ya que, las formas jurídico-organizativa son mecanismos que se pueden adaptar para canalizar jurídicamente los cambios que se vayan produciendo, sobretodo en el paso de funciones desde el campo estatal al de la sociedad o viceversa. Por último, sin esta clase de formas intermedias no sería posible la entrada de agentes

⁶⁸ Cfr. Schmidt-Assmann, E., ob. cit. p.276.

⁶⁹ Así, hay determinados ámbitos en los que el poder público y el interés social pueden estar entrecruzados institucionalmente de tal manera que la garantía de la legitimidad democrática y la cualidad democrática de la decisión (determinada por su distanciamiento de los intereses particulares) no pueden, por sí solas, cubrir las necesidades de decisión colectiva. Por ello, entre la igualdad democrática, como base del interés general, y la personalidad como valor del Estado material de Derecho, como fundamento del interés particular, hay formas intermedias que se basan en una legitimidad autónoma obtenida a través de un círculo determinado de personas interesadas, de miembros y que se orienta a alcanzar la representación de intereses especiales, justificada por la función social de dichos intereses y, con el objeto de garantizar su autonomía Ibidem., p.108

⁷⁰ El problema de estos organismos es que se ha dejado la puerta abierta la posibilidad de que tengan el carácter de Administración pública, pero sin hacer mención a ello expresamente. Esto pues, por un lado gestionan intereses públicos, al mismo tiempo que lo hacen respecto a intereses privados, sometiéndose parcialmente a un régimen jurídico-público. Baena del Alcázar, M., *Organización Administrativa*. Tecnos, 1984. pp. 130 y ss.

⁷¹ Cfr. Schmidt-Assmann, E., ob. cit. p. 277.

privados en el complejo institucional estatal, ni se podría encauzar el hecho de que determinadas funciones dejen de estar bajo la responsabilidad del Estado.

1.3.3 Entidades empresariales sometidas al Derecho privado

A través de los entes con forma societaria, se abren a la Administración otras posibilidades de influir en el mercado -en colaboración con el capital privado- dentro de los cuales se pueden distinguir: las empresas públicas y las empresas con participación pública y privada.

Las primeras han sido definidas como aquella organización económica creada o en la que participa una Administración Pública que asume la dirección y el riesgo de la actividad económica correspondiente⁷². Si bien son empresas públicas no se le pueden aplicar mecánicamente las normas desarrolladas para los órganos y entidades administrativas, puesto que si la Constitución autoriza a la Administración a llevar a cabo actividades económicas a través de empresas, se debe entender que la Constitución está contemplando y admitiendo la aplicación de la lógica del mercado y de sus criterios de actuación. De ahí entonces, la importancia de determinar la forma en que se integrarán al sistema general de la organización administrativa y la posibilidad de utilizar el derecho privado de sociedades, con el fin de garantizar el necesario sometimiento de ellas a determinados principios⁷³.

En cuanto a las segundas, en tanto pertenecientes al ámbito de cooperación entre la Administración y la sociedad, presentan varias dificultades. Por un lado, tienen una estructura compleja que debe reflejar la diversidad de fines de sus socios públicos y privados. Por otro lado, presentan la dificultad de determinar si se encuadran o no dentro de la Administración o si se trata de entidades en que conviven sujetos públicos y privados. Por último, cabe señalar que las exigencias de legitimidad se deben hacer valer a través de los mecanismos del Derecho societario⁷⁴.

En el caso Español, por ejemplo, la Administración crea para la prestación de servicios de carácter económico -que no implica ejercicio de autoridad- sociedades o empresas con capital propio, sometidas en todo caso, a normas jurídico-privadas (salvo disposiciones especiales), aunque tengan peculiaridades en su regulación que no se encuentran en las sociedades creadas por los particulares. Con frecuencia, se denominan empresas públicas (en razón de su creador y titular) o también sociedades privadas de la Administración (por el régimen jurídico al cual están sometidas). Los problemas de estas sociedades son fundamentalmente jurídico-mercantiles, pues algunas veces se quiere emplear como un medio técnico para situarlas fuera de la aplicación del Ordenamiento

⁷² A. Guaita. Citado por González Navarro, Francisco. *Derecho Administrativo Español*. Editorial Universidad de Navarra, S.A. (ENSA), Vol. 2, 2da edición, España, 1993 p. 215.

⁷³ Así, tanto el régimen de sociedades anónimas como el de sociedades de responsabilidad limitada ofrecen suficientes mecanismos para garantizar que la empresa oriente su actuación a determinados fines público, asegurando a la vez la transparencia necesaria y la seguridad del tráfico. Schmidt-Assmann, E., ob. cit. p. 281

⁷⁴ *Ibidem.*, p. 282

Jurídico-Administrativo o de normas especiales de la Administración, determinadas actividades económicas de sujetos dotados de poder administrativo⁷⁵.

1.3.4 Organizaciones intermedias

Son organizaciones que pese a tener una participación estatal, pertenecen al ámbito de la sociedad. Son una segunda forma (la primera son los entes caracterizados por dar cabida a una pluralidad de intereses) de articular la cooperación entre el Estado y la sociedad, alternativa a los órganos administrativos con pluralidad de intereses. La frontera entre ambas figuras, sin embargo, es difusa, sólo es clara cuando se trata de entes de derecho público. Por el contrario, las entidades de derecho privado con participación pública y privada no llegan a integrarse en la organización administrativa ni siquiera aunque el Estado tenga una capacidad de influencia significativa o se financie con cargo a los presupuestos públicos. Algunos datos, como las circunstancias de su creación o la competencia para designar a los miembros de los órganos del ente sirven para distinguirlas⁷⁶.

Una manifestación de esta dificultad para establecer la naturaleza de estos entes, se puede apreciar en el establecimiento de las fundaciones de iniciativa pública, las cuales han sido constituidas y dotadas patrimonialmente por la Administración para colaborar en la gestión de sus servicios públicos y alcanzar así una mayor cota de eficiencia y eficacia. Si bien, su régimen jurídico -ad extra- es el propio derecho privado, sus directrices de actuación y su personal directivo pertenecen a la Administración creadora⁷⁷.

Ahora bien, como estas organizaciones no se integran a la Administración no tienen mayor problema en cuanto a su legitimación. Sin embargo, el Estado igual asumiría responsabilidades en orden a garantizar una adecuada justificación, lo cual tiene como finalidad que mediante intervenciones previas o posteriores –que habiliten una acción- se ajuste el estatus de los actores privados a su función y se les impongan determinadas vinculaciones para compensar la falta de un control del contenido de la decisión por parte del Estado⁷⁸.

⁷⁵ Cfr. Boquera Oliver, José María. *Derecho Administrativo*. Décima edición. Volumen I. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1996. pp 224 y 225.

⁷⁶ Schmidt-Assmann., E., ob. cit. pp. 283 y 284

⁷⁷ Así, estos organismo se encuentran totalmente a merced de su fundador, sin contar con una regulación seria e integral; o con un status propio que delimite su papel, sus ámbitos de actuación, sus prerrogativas, sus funciones y su encaje en el organigrama jurídico público En definitiva, si bien se rigen por el derecho privado, en algunos aspectos puntuales su actividad quedará supeditada a las normas del derecho administrativo. Asimismo, a pesar de su naturaleza privada, la esencia de las fundaciones de iniciativa pública se halla mucho más próxima a las entidades de derecho público. Son además creadas por la Administración como entes instrumentales para la gestión de sus servicios, ligados por una suerte de vinculación directa, al margen de cualquier jerárquica con los órganos de la Administración fundadora, y que se expresa en el control completo y constante que ésta ejerce sobre las actividades desarrolladas por la fundación. Cfr. Del Castillo Vázquez, Isabel-Cecilia. *Administración pública y Fundación Privada, las complejas relaciones de las Administraciones públicas con sus entes instrumentales de naturaleza fundacional*. Revista de Administración Pública. Nº 167. Madrid, mayo-agosto (2005) pp. 344 y ss.

⁷⁸ En ese sentido debería partirse de una extensión de la necesidad de legitimación propia del Estado a este ámbito, que, sobre todo, autorizaría al legislador a asegurarse de que en los citados supuestos se tiene en cuenta los distintos intereses implicados y se les da audiencia, sobretodo a través de la garantía de una representación adecuada de los sectores

Por último, algunos ejemplos de estas formas de organizativas se encuentran, en el ámbito de las organizaciones de apoyo a la ciencia y la investigación, como es el caso de la “sociedad Máximo Planck” (SMP).

Esta Institución es una organización de investigación independiente, no perteneciente al gobierno, pese a financiarse en gran parte por el Estado. En cuanto a su naturaleza jurídica, está formada como una asociación no lucrativa registrada bajo el derecho privado, que goza de autonomía en su gestión para llevar a cabo una investigación de alto estándar internacional, que las universidades no están en condiciones de tratar adecuadamente, ya sea, por no poseer una estructura de especializada o bien por no tener los fondos suficientes⁷⁹.

En cuanto a su organización, la SMP está formada por miembros de soporte (de planta), a honorarios, Exes-officio.(miembros externos). Todos ello convocan a la “Reunión General” (órgano en que se toman las decisiones más importantes) en la cual se eligen a los miembros del Senado (órganos central en la supervisión y en la toma de decisión), que está organizado de forma tal que represente importantes áreas de la sociedad con el fin de construir decisiones de política de investigación representativas. Por último, el Senado también es el encargado de elegir a los demás órganos de la SMP (Presidente, Miembros del Comité Ejecutivo, Secretario General, etc.⁸⁰).

interesados y del cumplimiento de exigencias mínimas de imparcialidad y neutralidad en su comportamiento. Schmidt-Assmann., E., ob. cit. p. 284.

⁷⁹ La información sobre esta institución se obtuvo de la página web: “<http://www.mpg.de>” la cual fue traducida por “<http://translate.google.com>”, comparada y arreglada de manera de hacer coherentes y entendible algunas palabras e ideas.

⁸⁰ El Presidente que representa a sociedad, fija las pautas para las políticas de la investigación y preside el Senado, el Comité Ejecutivo, y la Reunión General. El Comité Ejecutivo, aconseja al Presidente y prepara decisiones importantes. El Consejo y las Secciones de Científicos, discuten materias y preparan decisiones. Las Jefaturas Administrativas, apoyan a los órganos en la preparación y ejecución de las decisiones. Por último, los Cuerpos Consultivos científicos y de Administradores, son instrumentos independientes para evaluar y determinar el funcionamiento científico de los institutos de la SMP. Ibidem.

2. Derecho Chileno.

2.1 Contexto

La Administración Pública contemporánea es el resultado de la evolución de la sociedad, por lo que las NFOA por ella adquirida, guardan estrecha relación con las fines que se le han impuesto al Estado en esta época, teniendo en cuenta además, que ellas constituyen los medios organizacionales que viabilizan los objetivos estatales.

De ahí entonces, la importancia de las agenda de modernización del Estado impulsadas por los gobierno de la “Concertación”. Pues con las NFOA en nuestro derecho, se ha querido dar respuesta a la excesiva centralización de la organización administrativa y a la escasa participación ciudadana. Ambos fenómenos, no son otra cosa que las dos caras de una misma medalla pues el centralismo impide la participación en la toma de decisiones; y conforme se amplía la escala de gobierno, más alejados estamos de las decisiones de los gobernantes. Por tanto, más cerca de entregar la “cosa pública” a representantes que desconocemos y normalmente vinculados a los partidos políticos⁸¹.

En cuanto al primero de los fenómenos, se puede decir que el fin de estas NFOA es lograr una verdadera descentralización en pro de una mayor democracia, libertad, y eficiencia. Pues, la descentralización significa también acercar la administración -de los servicios públicos- a los usuarios para que sean ellos sus fiscalizadores más directos. No obstante lo anterior, se debe tener presente –ante todo- los principios constitucionales de control y responsabilidad.

Respecto a la participación ciudadana, se reconoce una tendencia a abrir vías institucionales hacia los ciudadanos para ser escuchados en las decisiones que normalmente les afectan y que, por lo general, se toman al margen de ellos. En este sentido, no basta la mera participación política eleccionaria ni tampoco sustituir la democracia representativa, se trata más bien de complementarlo con mayor participación de las personas en ámbitos de interés general.

En este sentido –siguiendo a la profesora Camacho- la participación constituye una herramienta que contribuye a ampliar la integración social y a canalizar las demandas sociales que impulsan al Estado tanto a superar cualitativamente los resultados que obtiene en aquellos campos en los que tradicionalmente participa, como ampliar su esfera de actuación a otros ámbitos⁸².

⁸¹ Cfr. Oelckers Camus, Osvaldo. *Algunos aspectos esenciales en el proceso de modernización de la Administración del Estado a fines del siglo XX*. Revista de Derecho de la Universidad de Valparaíso, XVIII, 1997. pp. 368 y ss

⁸² Esto pues, la participación ciudadana surge unido al desarrollo de la democracia y su consolidación, afectada por una serie de fenómenos, tales como la partitocracia, la ocupación partidaria de las instituciones, el clientelismo, y en general, la corrupción política y administrativa que dificultan el establecimiento de sistemas funcionariales construidos sobre la base de objetivos de transparencia, objetividad, moralidad y neutralidad política. Esta realidad plantea como necesidad imperiosa la de restaurar la confianza pública en los políticos y los funcionarios. Por tanto, la participación es presentada por los regímenes renovadores como necesaria para garantizar la continuidad democrática y para buscar una base social que sustente los cambios necesarios para paliar los grandes desequilibrios sociales. Estos cambios demandan una readecuación de los mecanismos e instituciones democráticas para poder responder, adecuadamente, a lo que hoy se reconocen como sociedades organizacionales complejas, en donde el individuo como sujeto demandante principal del sistema deja paso a las organizaciones a través de las cuales toma parte activa en la generación de la voluntad general

Las bases jurídico-constitucionales de la participación administrativa se pueden extraer de lo preceptuado por el art. 1.5 de la CPR -como norma suprema- en cuanto impone al Estado la obligación de “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”. Dicha participación debe realizarse organizadamente a través de los grupos o asociaciones en que se incorporan los individuos, ya sean públicos o privados⁸³.

Este “fenómeno participativo ha sido establecido -con carácter sectorial- por ejemplo en algunas materias tales como: la ley 19. 300 de Bases Generales del Medio Ambiente, LOCM, LOCGAR, ley 19.891 del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, ley 19.712 del Deporte y la ley 19.882 de la Dirección Nacional del Servicio Civil, entre otros.

2.2 Clasificación de las nuevas formas organizativas.

2.2.1 Unidades administrativas independientes: Caso del Banco Central y Consejo Nacional de Televisión.

La CPR ha establecido categorías especiales de órganos o entidades autónomas en los artículos 58 y 65 N° 2 y N° 3. Asimismo, ha consagrado dos órganos autónomos de rango constitucional: el Banco Central (en adelante BC) y el Consejo Nacional de Televisión (en adelante CNTV). Por otro lado, el art. 3 CPR señala que la Administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada en su caso.

En cuanto a los órganos constitucionalmente autónomos, se podría decir en principio, que no dependen ni se relacionan con el Gobierno, el Congreso Nacional o el Poder Judicial; sólo estarían sometidos a la CPR y a una perspectiva legal que por mandato constitucional ha regulado su generación y funcionamiento⁸⁴. Sin embargo, estos órganos difieren –en parte- de la autonomía de los servicios descentralizados con personalidad jurídica y patrimonio propio, en tanto están –estos últimos- sometidos a la tutela y supervigilancia del PR.

Esto pues, sería contradictorio pretender que los servicios cuya misión es llevar a cabo las políticas del Poder Ejecutivo, estén a su vez dotados de autonomía, en el verdadero sentido del término. Ello sería concebible para instituciones que cumplan tareas diversas como podrían ser algunas Universidades, ciertos organismos de control u otros servicios en que se requiera de una

del Estado, como en la formulación de las políticas distributivas y de otras prestaciones estatales. Camacho Cepeda, Gladys., ob. cit., pp. 371 y ss

⁸³ Camacho Cepeda, Gladys., ob. cit., pp. 372.

⁸⁴ El profesor Pantoja señala que, la base constitucional de estos organismos constitucionalmente autónomos se encuentra en el artículo 5 inciso I de la CPR, el cual instauró un sistema de distribución de competencias públicas, dejando a tras el principio de separación de poderes, lo cual generó un cambio en la conceptualización clásica de la Administración. Ahora, las diversas organizaciones establecidas en la Carta fundamental, pasaron a asumir determinados roles institucionales, radicándose en ellos el ejercicio de la soberanía, independientemente del carácter que posean. Cfr. Pantoja Bauzá, R. *La Organización...*, ob. cit. pp. 273 y ss.

participación conjunta con instituciones privadas, etc. No obstante lo anterior, el legislador ha utilizado diversas fórmulas para referirse al tema de la autonomía de estos órganos⁸⁵.

Ahora bien, se pueden señalar como casos de unidades administrativas independientes en nuestro país -aunque no en el verdadero sentido- lo que ocurre con el BC y el CNTV. En cuanto al primero, el art. 108 de la CPR y el art. 1 de la LOCBC más específicamente, lo definen como un organismo autónomo, de rango constitucional, de carácter técnico, con patrimonio propio, personalidad jurídica y duración indefinida. Su misión fundamental es velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos (art. 3 LOCBC).

El CNTV por su parte, se consagra en el art. 19 N° 12 CPR y se regula por la Ley N° 18.838, modificada posteriormente por la Ley N° 19.131 del año 1992. Es definido como un servicio público autónomo, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propio, que se relacionará con el PR por intermedio del Ministerio Secretaría General de Gobierno. Su objeto principal será velar por el correcto funcionamiento de los servicios de televisión. De esto se pueden extraer algunas cuestiones relevantes con respecto a la naturaleza jurídica de ambas organizaciones.

Con respecto a la posición constitucional que ostentan, cabe señalar que la autonomía constitucional del BC es distinta a la del CNTV. Esto pues, este último si bien se establece como un órgano autónomo, se crea luego como un servicio público descentralizado funcionalmente que se relacionará con el PR por intermedio del Ministerio Secretaría General de Gobierno (art. 1 Ley N° 18.838).

En cambio el BC es consagrado como un órgano autónomo y como tal no depende ni esta sujeto a la supervigilancia de ningún otro órgano del Estado⁸⁶, no obstante, ser discutible dicha autonomía y su inclusión dentro de la Administración del Estado. Todo lo cual, teniendo presente además que la autonomía ha sido entendida como el reconocimiento de la existencia de un espacio propio para la emanación normativa y para la resolución de los asuntos públicos de dicho espacio, el cual se basa en la entidad que titulariza dichas potestades específicas, las que a su vez se justifican por los bienes jurídicos que tutela. En todo caso, dicha autonomía no es absoluta pues implica una limitación por el propio ordenamiento que configura y reguló su autonomía⁸⁷.

En cuanto a su régimen jurídico, ambos organismos son parte de la Administración del Estado, según lo preceptuado por el art. 1 de la LOCBGAE. Pero también, ambos son excluidos de la aplicación de su título II por expresa mención del art. 21 de la misma ley. No obstante, el BC

⁸⁵ Todo lo cual teniendo presente la evolución que ha tenido el art 3 CPR, ya que en una primera instancia se aprobó en los términos de que la Administración “es” funcional y territorialmente descentralizada. Luego el texto definitivo señaló que “propenderá a ello”. No obstante, la última modificación estableció que “ella será funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada en su caso”. Pese a las innovaciones hechas sobre el tema, se extrae -de lo dispuesto en las actas oficiales- que el problema de la descentralización funcional no fue tratado ni en cuanto a la extensión del concepto ni respecto a lo que ello implicaba verdaderamente. Cfr. Pierry Arrau, P. *La Administración...*, ob. cit., pp 419 y ss.

⁸⁶ Dicha desconexión sirve para garantizar la separación de poderes en el interior de la Administración, ya que con su independencia se pretende poner a salvo la política monetaria de los cambiantes impulsos de la política diaria. Sin embargo, los órganos directivos de los bancos centrales siguen estando legitimados democráticamente, pues no representan intereses particulares sino que se vinculan únicamente al interés general lo mismo ocurriría para los entes rectores de las emisoras públicas de radio y de televisión. Schmidt-Assmann., E., ob. cit. pp. 273-274.

⁸⁷ Cfr. Ferrada Bórquez, Juan Carlos., *La reforma procesal...* ob. cit.

para ningún efecto legal le serán aplicables las normas dictadas o que se dicten para el sector público, sujetándose exclusivamente a la LOCBC y en subsidio a las normas del sector privado. Mientras que el CNTV -si bien se rige por la ley orgánica- hace aplicables a su personal las disposiciones del Estatuto Administrativo (art 1 Ley N° 18838) y considera a su presidente como un funcionario de planta (art 42). Por último, en el caso del CNTV solo un consejero es de libre elección del PR, los demás son designados por el PR previo acuerdo del Senado (art. 2 Ley N° 18.838). En cambio, los 5 consejeros del BC son nombrados por el PR previo acuerdo del Senado.

Por último, cabe señalar que -como se vio- ambos organismo ostentan altos grados de independencia, la cual tiene por objeto poner a salvo la política monetaria de los cambiantes impulsos de la política monetaria⁸⁸ (en el caso del BC) y velar por el correcto funcionamiento de los servicios de televisión (en el caso del CNTV). No obstante, se debe precisar que en el caso del BC, su autonomía no implica independencia respecto del poder político, ya que su actuar se encuentra limitado por las funciones de dirección general que ostenta el gobierno en el art. 24.CPR⁸⁹.

2.2.2 Unidades organizativas representativas de una pluralidad de intereses.

Según lo que se dijo respecto a estas formas organizativas, en nuestro país se pueden considerar los siguientes casos:

2.2.2.1 Consejo Nacional de la Cultura y las Artes.

El Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (en adelante CNCA) es definido por el art.1 de la Ley N° 19.891 -que es la ley que lo crea- como “un servicio público autónomo, descentralizado y territorialmente desconcentrado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relacionará directamente con el PR. Sin perjuicio de esta relación, todos aquellos actos administrativos del Consejo en los que, que según las leyes, se exija la intervención de un Ministerio, deberán realizarse a través del Ministerio de Educación”. De lo dispuesto por esta norma se pueden realizar los siguientes alcances.

En primero lugar, en cuanto a la denominación “Consejo” cabe señalar que -de la historia fidedigna de su constitución- con esta institucionalidad cultural se buscó establecer una figura de alto nivel, autónoma⁹⁰, más abierta (que la dirección nacional de cultura que establecía el proyecto anterior), participativa y flexible, que se ajuste mejor con la naturaleza de los temas de cultura, arte

⁸⁸ Schmidt-Assmann, Eberhard., ob. cit. p. 274.

⁸⁹ Ferrada Bórquez, Juan Carlos., La autonomía como técnica de reparto de potestades: el caso del Banco Central de Chile. Revista Chilena de Derecho, 1998 (n° especial) p. 336.

⁹⁰ Autonomía que deriva de los principios orientadores de esta institución, los cuales tienen por objeto: primero, la generación de condiciones para que se exprese libremente la diversidad y pluralidad cultural de la sociedad chilena. segundo, la autonomía de la sociedad, pues el rol creador y hacedor de la cultura es de las personas y de las organizaciones que éstas libremente formen. Por último, la idea de que el estado debe reconocer el deber y el derecho de establecer la institucionalidad cultural más acorde con la presencia que le corresponde tener en el ámbito cultural y con las condiciones que le cabe crear y favorecer para el desarrollo del mismo. Síntesis explicativa de la ley que crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. <http://www.camaradellibro.cl>

y patrimonio: en definitiva un Consejo Nacional de Cultura⁹¹; institución que al ser aprobada por el Senado se dijo que “era uno de los instrumentos más potentes y uno de los más modernos de América Latina para el fomento de la cultura de nuestro país”⁹².

En principio, se podría decir que la base legal para establecer esta forma organizativa estaría en la facultad que hace la LOCBGAE a la ley para crear otros niveles jerárquicos o denominaciones diferentes, lo que vinculado a lo dispuesto en los artículos 28 y 32 de la misma ley orgánica, admite la posibilidad de establecer Consejos u órganos colegiados, esto es niveles jerárquicos distintos⁹³. No obstante, se debe tener en cuenta que la facultad que establece el art. 31 y 32 de la LOCBGAE es en “circunstancias excepcionales”, lo cual debe motivar la reflexión acerca de si es posible estructurar “Consejos” con las facultades de que tratan estos organismos, o bien solo se refiere respecto de organismos con carácter consultivo.

Al respecto, cabe mencionar que la organización administrativa es impensable sin normas legales que la estructuren y le den estabilidad; la ley, es también en este campo, el garante de la racionalidad y la sistematización, y proporciona legitimidad democrática⁹⁴. Por tanto, la estructura de estos “Consejos” debe regularse con mayor precisión y claridad, con el fin de no hacer dicha institución contradictoria con los principios de un Estado de Derecho. Además, debe tenerse presente que esta forma organizativa establece mecanismos de participación ciudadana, los cuales tampoco aparecen desarrollados constitucionalmente⁹⁵.

En segundo lugar, el CNCA esta concebido como un servicio público autónomo (art. 65 inciso 4 N°2 CPR) y descentralizado, pero que, a diferencia de la generalidad de los servicios públicos se vincula directamente con el PR (art. 28 LOCBGAE) y ya no a través de un Ministerio, aunque para aquellos actos administrativos en que se requiera la intervención de uno de ellos, se realizarán por medio del Ministerio de Educación.

En cuanto a la autonomía de este órgano ella es de origen legal, la cual le permite actuar con cierta independencia del poder político. El fundamento de dicha facultad se encuentra en la naturaleza de su misión, cuál es, que debe representar una expresión auténtica del mundo cultural - en toda su diversidad- sin interferencias internas ni burocracias que finalmente terminen por limitar su eficacia, ni tampoco debe actuar con una visión ideológica ni partidista; y en definitiva, debe asegurar la diversidad y pluralismo⁹⁶.

⁹¹ Presidente Lagos Escobar, Ricardo.. *Discurso en ceremonia de firma del Proyecto de Ley que Crea el Consejo Nacional de Cultura*. <http://www.culturachile.cl>. También ver, *política cultural de presidente Ricardo Lagos*, <http://www.chile.com>

⁹² Informativo MECESUP 193, resumen, Programa Mece Superior, División Educación Superior, Ministerio de Educación, Gobierno de Chile, 2003. <http://www.udec.cl>.

⁹³ En todo caso la referencia hecha a la “Ley” debe entenderse a la Ley Orgánica Constitucional. Sentencia Tribunal Constitucional Rol 115, 1990, Considerando 10°

⁹⁴ Schmidt-Assmann, E., ob. cit., p. 267.

⁹⁵ Al respecto cabe señalar que está en trámite un proyecto de ley sobre participación ciudadana, pero que no menciona mecanismos e instituciones de participación ciudadana, teniendo presente que no basta con afirmar derechos a la participación en la gestión pública a través de enunciados teóricos. En este sentido ver, *observaciones al proyecto de ley de participación ciudadana*, asociación chilena de ONGs Acción., documento trabajo, 2004. p. 19. <http://www.sociedadcivil.cl>

⁹⁶ Historia legislativa., <http://www.gobernabilidad.cl/>

Ahora bien, esta autonomía se refleja en las siguientes características⁹⁷. Primero, en la naturaleza orgánico constitucional de sus disposiciones, pues modifican gran parte de la estructura básica de la Administración del Estado (art. 38 CPR en relación con los art. 31 y 32 LOCBGAE) y , por otro lado, en la personalidad jurídica propia de que está dotado este órgano.

Segundo, en cuanto a la composición de sus órganos, la mayoría de ellos es colegiada, salvo el caso del presidente del consejo y el subdirector nacional (art. 4 Ley N° 19.891). Asimismo, se trata de incluir a personas que tengan una reconocida trayectoria en el ámbito cultural y que representen los distintos ámbitos de la cultura.

No obstante lo anterior, llama la atención que no exista norma expresa que desarrolle el tema relativo a las causas de remoción y a la responsabilidad de sus integrantes (sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 CPR). Sólo se hace mención al tiempo que durarán en sus cargos los integrantes del CNCA y a la responsabilidad directa de su presidente ante el PR, de la gestión del organismo (art 8 Ley N° 19.891). Todo lo cual, teniendo en consideración la importancia que tienen -en un Estado de Derecho como el nuestro- los principios de responsabilidad y control.

Por último, se aprecian amplias potestades para dirigir la política cultural (art. 3 Ley N° 19.891). Con respecto a su patrimonio, se ve que cuenta con amplios recursos que no sólo se extraen de los que contempla anualmente la Ley de Presupuesto, sino que además cuenta con un Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y de las Artes (artículos 28 y siguientes Ley N° 19.891). Finalmente, se debe tener presente que éste órgano se desconcentra territorialmente a través de los Consejos Regionales (art. 16 Ley N° 19.891).

2.2.2.2 Instituto Nacional del Deporte de Chile.

El Instituto Nacional del Deporte de Chile (en adelante INDC) fue creado el año 2001 en virtud de la Ley N° 19.712, la cual lo define como un “servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, que se vinculará con el PR a través del Ministerio Secretaría General de Gobierno” (art.10). De este concepto se pueden extraer las siguientes consecuencias.

En primer lugar, se le atribuye un cierto grado de autonomía a través de la descentralización funcional. En tal calidad le corresponde proponer la política nacional de deporte (art 11). En su estructura se establece un Consejo Nacional, además de un Director Nacional, al cual le corresponderá la dirección superior y la administración del instituto, quien además será designado por el PR y tendrá rango de Subsecretario(art. 20). También integrarán el “Consejo” una serie de miembros que representarán a los diversos tipos de organizaciones ligadas al deporte (art. 15).

Cabe señalar, que el proyecto de esta ley no estuvo exento de problemas de constitucionalidad, ya que, el Tribunal constitucional objetó algunas de sus disposiciones. En

⁹⁷ Características que tienen por objeto cautelar la autonomía del CNCA en el caso particular. Ferrada, *La reforma procesal penal...* ob cit.

concreto aquellas que disponían, como atribuciones propias del Director Nacional “establecer la organización interna del Servicio” y “asignarle al personal las funciones que va a desempeñar”. Dichas facultades estarían en contradicción con lo dispuesto por los artículos 63 N° 14 y 65, inciso 4, N°2 de la CPR, por cuanto sólo pueden crearse por ley a iniciativa exclusiva del PR, lo que excluye la posibilidad de que ellas sean establecidas por la autoridad superior de un servicio⁹⁸.

Por último, en cuanto a su estructura, si bien se crean varias instancias participativas, (creándose una nueva institucionalidad, cuerpos colegiados, etc) con el fin de articular políticas públicas y donde los miembros son personeros ligados al mundo del deporte, se debe tener presente lo dicho para el CNCA, no obstante sus distintos grados de autonomía, no estar desconcentrado territorialmente ni tener en su estructura a un Ministro.

2.2.2.3 Universidades estatales

Primitivamente las universidades estatales quedaban excluidas expresamente de la aplicación de las reglas de la LOCBGAE, en atención a sus especiales características. Sin embargo, el texto que definitivamente se aprobó no sólo les hizo aplicable las normas generales del título I, sino también las reglas especiales del título II. Por consiguiente, dentro de la tipología que consigna el art. 29 de dicha ley, los establecimientos de educación superior tienen la calidad de servicios públicos descentralizados. En esta condición las universidades quedan regidas por todas las reglas que rigen para dichos organismos.

La única diferencia es que, en conformidad con lo previsto en el art. 32 LOCBGAE, varía la estructura, por cuanto las instituciones de Educación Superior de carácter estatal podrán, además, establecer en su organización: facultades, escuelas, institutos, centros de estudios y otras estructuras necesarias para el cumplimiento de sus fines específicos.

Es necesario destacar, de acuerdo con la regla antedicha, que las propias universidades quedan con competencia para crear esta organización interna dentro de los marcos que le fije el legislador, a diferencia de lo que ocurre con los demás servicios públicos en que se ha establecido la inconstitucionalidad de las normas que facultan a dichos organismos para establecer su estructura interna⁹⁹.

De este modo el art 32 LOCBGAE, no le confiere un mandato a la ley, sino que le atribuye directamente una facultad a las mismas instituciones de educación superior. Sin embargo, esta competencia hay que conciliarla con el régimen establecido en la respectiva legislación universitaria, en relación con lo previsto en el art. 19 N° 11 y el art. 65 inciso 4 N° 2, de la CPR¹⁰⁰.

⁹⁸ Sentencia Tribunal Constitucional ROL N° 319.

⁹⁹ 2001 Sentencia Tribunal Constitucional Rol 319, Considerando N° 15. <http://www.tribunalconstitucional.cl>

¹⁰⁰ Aylwin Azócar, Arturo., ob. cit. p. 411.

2.2.2.4 Otros casos de órganos colegiados.

Al respecto, cabe preguntarse por ciertos órganos que tienen en común una estructura colegiada. Así por ejemplo, la CONAMA que es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio¹⁰¹. Sin embargo, se puede ver que en este caso no se alteró mayormente la institucionalidad dentro del gobierno central ni tampoco en relación con los niveles de gobierno descentralizados¹⁰² (solo concedió ciertos deberes y facultades a las municipalidades). Pero, se debe destacar los distintos instrumentos que estableció para la participación ciudadana (como por ejemplo el sistema de evaluación de impacto ambiental) y que adquiere relevancia en la medida que permite gestionar y validar las decisiones que se adopten.

También se pueden mencionar los casos del Consejo Nacional de Pesca, Consejo Superior de Educación (en tanto este último concebido como un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio que se relaciona con el PR a través del Ministerio de Educación) y la Comisión Nacional de Acreditación, entre otros.

Por último, cabe señalar el caso del Consejo de Alta Dirección Pública, que es una entidad autónoma creada dentro de la estructura de la Dirección Nacional del Servicio Civil, como una instancia independiente, cuya función es dotar a la Administración del Estado de profesionales idóneos para cargos relevantes, conforme a criterios de excelencia. Está compuesto por 5 miembros 4 de los cuales serán designados por el PR previa ratificación del Senado¹⁰³

2.2.3 Entidades empresariales sometidas al Derecho privado.

La CGR ha sostenido durante varios años que la actividad empresarial del Estado está bifurcada en dos tipos de empresas: las públicas y las privadas¹⁰⁴. Sin embargo, la CPR no realiza dicha distinción, pues su normativa está referida a las actividades empresariales del Estado o de sus organismos, que para dicho caso, deberán regularse por ley de quórum calificado y su régimen jurídico aplicable será el derecho común. La LOCBGAE por su parte, ha aceptado nominalmente este punto de vista, pues, luego de incluirlas en su art.1 inciso 2 como parte integrante de la Administración del Estado, las excluye del campo de aplicación de su título II por aplicación del art. 21 y las reenvía a las normas constitucionales y de quórum calificado pertinentes¹⁰⁵.

¹⁰¹ www.conama.cl

¹⁰² Aunque en abril del 2005 se envió un proyecto de ley que crea el cargo de presidente de la CONAMA que tendrá rango de ministro, será de la exclusiva confianza del PR y responderá a ante él de la gestión del servicio. <http://www.congresonacional.cl>

¹⁰³ www.serviciocivil.cl

¹⁰⁴ Pantoja Bauzá, R., ob. cit. *La organización...* p. 186.

¹⁰⁵ En consecuencia, hoy en día, la distinción entre empresas públicas y privadas carecería de fundamento constitucional, pues la CPR no hizo suyo el eje central de la carta de 1925, en la cual las empresas fiscales eran servicios públicos descentralizados sometidos a la normativa general vigente para los servicios públicos, mandato constitucional que obligaba al intérprete a contrastar con ellas las demás empresas del estado, de modo que aquellas que no reunían esas características quedaban al margen de ese tipo organizacional, eran privadas y no podían ocupar un espacio dentro de la Administración pública concebida como forma-norma pública. Ibidem., p.187

La CPR, por su parte, por disposición de su norma quinta transitoria vino a modificar aún más el esquema de las empresas del Estado. Esto pues, obligó al legislador a dictar nuevas disposiciones que adaptaran las Leyes Orgánicas de las empresas-servicios públicos descentralizados al mandato del art 19 N° 21. Así, actualmente la realidad administrativa muestra por lo menos cuatro tipos de regulaciones legales diferentes para el sector de las empresas del Estado¹⁰⁶.

En primer lugar, las empresas del Estado que mantienen su estatus tradicional de servicio público descentralizado, como era el caso de la Empresa Portuaria de Chile regida por la normativa administrativa general de los servicios públicos¹⁰⁷. Luego, se encuentran las empresas del Estado que mantienen el carácter de servicios descentralizados, pero que se sujetan a sus propias disposiciones y supletoriamente a las de derecho común, como es el caso de la Empresa de Correos de Chile¹⁰⁸. También se debe incluir a las empresas creadas como personas jurídicas de derecho público, pero sometidas -por mandato de la misma ley y no obstante ese carácter- al régimen de las sociedades anónimas abiertas, como es el caso de la Empresa de Ferrocarriles del Estado y Televisión nacional de Chile¹⁰⁹. Por último, se encuentran las empresas del Estado que son sociedades anónimas por directo mandato legal y habilitación administrativa, como ocurre con ciertas Empresa sanitarias que se rigen por las normas de las S.A. abiertas y quedan sometidas a la fiscalización de la SVS.

Es preciso mencionar además, que si el Estado establece empresas públicas pertenecientes a su administración, ello guarda relación con toda la estructura administrativa nacional. El problema se presenta en el derecho privado, donde es necesario sentar normas muy precisas, ya que el impacto en la actividad nacional -de sociedades formadas por entes estatales- puede ser gravitante. Sin embargo, se debe tener presente también lo necesario que resulta, en ciertos ámbitos, el fomento y la iniciativa del Estado a la actividad privada; sobretudo, teniendo presente la conveniencia que resulta esta forma de sociedad para liberarse en parte (salvo lo dispuesto por el art. 19 N° 21 CPR.) de las limitaciones del derecho público. Aunque, cabe preguntarse si con esto se excede el concepto mismo de sociedad anónima, teniendo presente que el Estado entra como único socio¹¹⁰.

Por último, cabe señalar que el Gobierno -como responsable que es de la supervisión y control de la gestión de las empresas públicas- se dispuso reorganizar el Sistema de Empresas Públicas

¹⁰⁶ Pantoja Bauzá, R., ob. cit. *La organización...* pp. 188 y ss.

¹⁰⁷ Empresa -hoy en día tiene una regulación diferente y sectorial- regida por un texto refundido fijado por el Decreto Supremo N° 91, de 1978, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que la define como una empresa del Estado, autónoma, y dispone que sus relaciones con el Gobierno se mantendrán por intermedio del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que sus recursos financieros y humanos se hallan sujetos a la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado y al Estatuto Administrativo, y que su control externo corresponde a la CGR.

¹⁰⁸ Que es conceptualizada por en el art 1 de su ley orgánica de 1981, como un organismo de administración autónoma del Estado, con patrimonio propio, que estará sujeta a la fiscalización de la CGR, y que se regirá por las disposiciones del DFL N° 10 y sus reglamentos y, en lo no previsto en ellos, por la legislación común”.

¹⁰⁹ En el caso de Televisión Nacional de Chile, esta empresa fue creada por mandato de la Ley N° 19.132, de 1992 y estructurada como “una empresa autónoma y con personalidad jurídica de derecho público, lo que por tanto significa que no le son aplicables las disposiciones generales o especiales que rigen o rijan en el futuro a las empresas del Estado, a menos que la nueva legislación expresamente se extienda a la empresa”. En el plano financiero y tributario se rigen por las mismas normas de las S.A. abiertas. Su personal queda sujeto al Código del Trabajo. Además, quedan bajo la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros y la CGR sólo puede ejercer sobre ella un control específico.

¹¹⁰ Cfr. Pierry Arnau, P. *Algunos aspectos de la Actividad Empresarial del Estado*. Revista de Derecho Público. Volumen 1985 (N°s 37-38) pp. 229 y ss.

(como parte de la agenda de modernización del Estado) con lo cual se pretende establecer criterios técnicos y transparentes para la designación de sus directores, crear normas para hacer efectiva la responsabilidad de los directores y gerentes, y mecanismos de rendición de cuentas sobre su resultado económico, adecuar sus estatutos jurídicos a las normas aplicables a las sociedades anónimas y, por último, revisar la dependencia de las empresas públicas que no están sujetas a este sistema¹¹¹.

2.2.4 Organizaciones intermedias.

Algunos casos de estas formas organizativas en el derecho chileno pueden ser:

2.2.4.1 CONAF

Se incorpora dentro de aquellas corporaciones de Derecho Privado constituidas por organismos del Estado, sin participación de instituciones o personas privadas. Está constituida por el Servicio Agrícola y Ganadero, el Instituto de Desarrollo Agropecuario y la Corporación de Reforma Agraria. A juicio del profesor Pierry, este organismo se ha transformado en una institución pública integrante de la Administración del Estado, a la que la ley le ha entregado atribuciones de imperio y en consecuencia la ha elevado al rango de persona jurídica de derecho público.¹¹²

Sin embargo se debe tener presente que desde el año 1993 hay un proyecto de ley en el Senado, el cual tiene por objeto crear una nueva institucionalidad, pues el problema que hay es que aún no se ha dictado el decreto correspondiente que disuelva a la CONAF para que así opere lo dispuesto por la ley 18.348. Esta ley tiene por objeto crear la corporación nacional forestal y de protección de recursos naturales renovables. Es decir, se crea una CONAF pero de derecho público, organismo que no tendría mayor problema en cuanto a su naturaleza jurídica, el problema que se produce es más bien para disolver a la CONAF de derecho privado, con todo lo que ello implica¹¹³.

Así, considerando su naturaleza jurídica, difícilmente se podría considerar dentro de la Administración del Estado, pese a ejercer funciones estatales. Por tanto, es discutible su inclusión dentro de estas formas organizativas pues como se vio, más que una forma de cooperación entre sociedad y Estado, es un organismo que se creó para luego crear otro más adecuado.

¹¹¹ <http://www.modernizacion.cl/1350/propertyvalue-23057.html>

¹¹² En apoyo a esto, el D.L. 1263 incluye a la CONAF dentro de las instituciones a las que se les aplican las normas del sector público. Pierry Arrau, Pedro. Transformaciones en la organización administrativa del Estado, Revista de Derecho. Universidad Católica de Valparaíso. N°6, Chile, 1982, p. 345.

¹¹³ www.conaf.cl

2.2.4.2 Organizaciones de apoyo a la ciencia y la investigación.

En cuanto a las organizaciones encargadas del apoyo a la ciencia y la investigación vistas anteriormente, cabe mencionar que si bien nuestro país no tiene un organismo con tales características¹¹⁴, hay varios de ellos que separadamente realizan funciones afines a dicho modelo, dotados con innovadores programas de fomento. Tal es el caso por ejemplo -en el ámbito de la ciencia y la educación- de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (CONICYT) que es una institución pública autónoma y descentralizada que se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Educación. En el área de la investigación y el desarrollo tecnológico, la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) contempla dentro de sus funciones potenciar dichas actividades, así como también las relacionadas con el desarrollo económico y de los negocios. No obstante, faltaría un ente coordinador y también la creación de instituciones intermedias, las cuales facilitarían la labor de estos organismo.

Al respecto, cabe señalar el proyecto de ley que se encuentra en trámite respecto a la innovación para la competitividad, que crea el fondo de innovación para la competitividad y estructura el Consejo de Innovación para la Competitividad. Se debe tener presente además, que en este ámbito, es necesario un organismo con cierta independencia que logre incorporar personas tanto del ámbito privado como del público, de forma tal que cuente con una estructura flexible y ad hoc para realizar sus funciones.

¹¹⁴ Sin embargo, debe tenerse presente las preocupación estatal en está materia ha ido creciendo, al respecto se ha creado el Consejo de Innovación para la Competitividad y respectivamente hay un proyecto de ley que crea el fondo de innovación para la competitividad. <http://www.conicyt.cl>

CAPÍTULO III “PROBLEMAS DE ESTAS NUEVAS FORMAS ORGANIZATIVAS.

1. Ideas generales.

Como se vio en el primer capítulo, las sociedades están en constante cambio, por lo que las reformas a la Administración Pública son cada vez más necesarias. Pero siendo el Derecho el instrumento organizador de la sociedad, debe avanzar en paralelo con ésta última. Es decir, ni la sociedad debería alejarse del Derecho ni la norma adelantarse a la realidad social so pena de su inaplicación. Así, dichas reformas deben subvenir a las necesidades y carencias de las que adolece la Administración. Sin embargo, no debe dejarse de lado una serie de caracteres indisolublemente unidos a la tradición administrativa y que pueden verse comprometidos a la hora de reorganizar la Administración. Estos son básicamente, el sometimiento pleno a la legalidad y al derecho, la responsabilidad administrativa, el control de la actividad administrativa y lo que ocurre con el fenómeno del “gobierno de la Administración”¹¹⁵.

2. Problemas constitucionales

2.1 Se ponen en cuestión los pilares básicos del Estado de Derecho

La incorporación de organismos que ostentan altos grados de autonomía dentro del ordenamiento jurídico administrativo, ponen en entredicho los mecanismos tradicionales de legitimidad democrática de la organización administrativa impuestas por el Estado de Derecho. Esto pues, como señala la Constitución Francesa y en términos semejantes en la Constitución Española: “el Gobierno dirige la Administración”¹¹⁶. También, de forma similar, nuestra CPR señala en su art. 24 que: “el Gobierno y la Administración del Estado corresponden al PR, quien es el Jefe de Estado”.

Por tanto, la creación de organismos dotados de independencia, ponen en cuestión la dirección del Gobierno y su correlativa responsabilidad política ante el Congreso, y como se señaló, ponen en

¹¹⁵ En cuanto al principio de juridicidad y legalidad que debe inspirar a la actividad administrativa, en ocasiones debe matizarse en actuaciones de marcado interés público a las que el tenor literal del articulado de la ley no aparta directamente. Lo que, en todo caso, no significa una vulneración a dichos principios constitucionales, sino más bien una interpretación conforme con el principio de justicia material. En cuanto al “gobierno de la Administración” (teniendo presente eso si la distinción entre ambos conceptos) se puede ver –hoy en día - que el fenómeno de las empresas privadas que gestionan servicios públicos privatizados o lo que ocurre con el “la huida del derecho administrativo”, están produciendo un cambio sustancial, lo que ha llegado a decir que existiría un administrativización de las empresas privadas. Por tanto cabe preguntarse si deben estos sujetos privados someterse al control parlamentario de su actividad Cfr. Escarpín Escudé, Víctor., *Crónicas del Curso: Líneas de Reforma de las Administraciones públicas, Universidad internacional Menéndez Pelayo, Santander, 16 al 18 de Julio 2003.* p. 295

¹¹⁶ Que dispone, en su Título IV “Del Gobierno y de la Administración”, Artículo 97: El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes. Por otro lado el art 20 de la Constitución Francesa señala: en su Título III “Del Gobierno”, artículo 20: El Gobierno determinará y dirigirá la política de la Nación. Dispondrá de la Administración y de la fuerza armada. Será responsable ante el Parlamento en las condiciones y conforme a los procedimientos establecidos en los artículos 49 y 50.

tela de juicio los cimientos esenciales del Estado de Derecho sobre los cuales descansa la articulación democrática del aparato administrativo. Pues, en última instancia la realización del principio democrático obliga a la Administración a subordinarse al Gobierno para quedar vinculada a la representación de la soberanía ¹¹⁷.

Esto trae además importantes consecuencias en la dirección del Gobierno y la Administración del Estado, ya que, aquellos organismo dotados de autonomía o independencia, no quedarían sometidos a las autoridades democráticas del Estado. Por tanto, se debilitarían en cierta forma los mecanismos tradicionales de control y responsabilidad del sistema político ¹¹⁸.

Pero en algunos casos –como en los “consejos” vistos en el capítulo II- su estructura participativa, mejoraría en cierta forma la legitimidad democrática, la cual contribuye a completar las decisiones que el Parlamento había dejado abiertas. Sin embargo, el Estado debe siempre asegurar la legitimidad y evitar la posibilidad de caer ante las presiones de intereses particulares. Pero, asimismo, el Estado debe también crear mecanismos necesarios que permitan el acceso de los ciudadanos a la información administrativa necesaria para revisar y controlar las decisiones administrativas ¹¹⁹.

De ahí entonces, la importancia de que los integrantes del CNCA sean representativos de los intereses de toda la sociedad, más aún cuando se le otorgan funciones codecisorias, teniendo presente además que sólo el presidente del consejo responde por la gestión del mismo. Por ello es que, a un grupo determinado no se le puede dejar a cargo de la dirección de la política de un órgano administrativo, pues en definitiva su gestión afectará a todas las personas y su desempeño se realizará con el dinero de todos ellos.

Por último, cabe señalar una perspectiva singular que ocurre respecto a los “quangos” ingleses en cuanto al control de sus actos. El principio de *arm's length*, que va asociado a estas figuras, implica que los procedimientos de control utilizados por los departamentos ministeriales no suelen ser efectivos, lo que ha confluído en una evidente minoración del control que soportan estos entes. Se dice en todo caso, que la responsabilidad de los Ministros debe ser limitada, ya que sino, no tendría sentido esta forma de organización administrativa. En este sentido, los Ministros mantienen su responsabilidad ante el Parlamento respecto de la política general llevada cabo por los quangos, pero no respecto de la gestión cotidiana de sus actividades, de la que sí responden sus gestores. En cuanto al control parlamentario, los Ministros no son constitucionalmente responsables ante el Parlamento por su gestión, por tanto su responsabilidad es limitada ¹²⁰

¹¹⁷ Surge incluso la interrogante de si son también independientes del parlamento y del poder judicial. Cfr. Betancor, A., ob. cit. p. 24 y 80.

¹¹⁸ En el mismo sentido, el profesor Ferrada se refiere con esto a los órganos reguladores en nuestro ordenamiento jurídico. Cfr. Ferrada Bórquez, Juan Carlos., *Los órganos reguladores...*, ob. cit., p. 1

¹¹⁹ Cfr. Schmidt-Assmann, E., ob. cit. p. 121 y ss.

¹²⁰ Fuenteaja, J y Guillén, J., ob. cit., p. 144 y 145.

2.2 Incoherencia con el sistema administrativo clásico.

En nuestro país el art. 3 de la CPR señala que: “el Estado de Chile es unitario”, lo que trae como consecuencia la existencia de un sólo centro de decisiones políticas el que está dado por los órganos del gobierno nacional. Asimismo, significa también que la soberanía se ejerce por toda la sociedad, siendo aquel por intermedio de las autoridades y órganos que la CPR establece, el que asume la totalidad de los atributos y funciones del poder político. Por último, implica –como se vio en el capítulo I- que la división territorial fundamental sea la región y que la Administración Estatal sea descentralizada o desconcentrada territorial o funcionalmente¹²¹.

Más concretamente, -como se vio en el capítulo primero- nuestro ordenamiento jurídico administrativo está organizado en base a una estructura jerárquica, en la cual el PR es el centro unitario y por tanto está en la cúspide de la pirámide. Esto determina que los órganos administrativos deban estar sometidos a la dependencia o supervigilancia del PR a través de los ministerios respectivos (como señala el art. 28 LOCBGAE) y, determina también la formación de servicios públicos centralizados y descentralizados (art. 29 LOCBGAE) y sus respectivas estructuras, dentro de la cual sólo excepcionalmente se podrán establecer “consejos u órganos colegiados”, así como denominaciones diferentes (art. 31 y 32 LOCBGAE).

En armonía con lo anterior, llama la atención la creación de los “Consejos” (vistos en el capítulo segundo) pues en primer lugar, no estarían acorde con la estructura básica de la Administración del Estado y además con la tradición administrativa de nuestro país¹²². En segundo lugar, cabe preguntarse si la habilitación normativa que hacen los artículos 31 y 32 de la LOCBGAE, para crear dichos “consejos” comprendería a aquellos que tengan atribuciones más amplias que las meramente consultivas. Respecto a esto último, el Tribunal Constitucional ha dicho que estos órganos colegiados establecen una estructura diferente a la consagrada por dichos artículos y que por eso mismo necesitan para su aprobación de los 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio¹²³.

Respecto a lo anterior, cabe preguntarse si pertenece o no a la Administración del Estado, teniendo presente por ejemplo, que en el caso del CNCA la CGR lo ha incorpora dentro de los Ministerios aunque en forma especial¹²⁴.

En el derecho comparado, también se produce una contradicción y una polémica a cerca de su naturaleza, funciones y de su compatibilidad e integración en un sistema administrativo basado en

¹²¹ Se debe tener presente además, lo dispuesto por las normas sobre Gobierno y Administración interior del Estado y la Administración comunal, del capítulo XIV de la CPR. Cfr. Ferrada Bórquez, Juan Carlos. *La Reforma Procesal Penal y su Impacto...* ob, cit

¹²² Aunque, como se recordará, puede plantearse el caso del Consejo de Estado que existió en nuestro país hace ya varios años atrás, más profundamente, ver Cárdenas Gallí, Alejandro., *El Consejo de Estado como tribunal contencioso-administrativo, bajo la vigencia de la Constitución de 1833*. Memoria para optar al grado de licenciado en cs jurídicas y sociales, Universidad Austral de Chile, 2004.

¹²³ 2003, Sentencia Tribunal Constitucional Rol 379, sobre Proyecto de Ley que crea el Consejo Nacional de la Cultura o La sentencia Rol 358 de 2002, sobre el proyecto de Ley que crea el Servicios Nacional del Adulto Mayor por ejemplo.

¹²⁴ La CGR en su organigrama lo incorpora como una especie de satélite www.contraloría.cl y en un informe de la Universidad de Antofagasta se incluye dentro de los ministerios para realizar una investigación sobre la información estadística en Chile. www.foroantofagasta.bcn.cl/doc/pdf/accesoinfoestadis.pdf.

los principios de jerarquía y de tutela de los órganos superiores respecto de los inferiores: en definitiva, de subordinación de la Administración al Ejecutivo y de responsabilidad de éste ante el Parlamento. Se discute por tanto, la posibilidad de que exista una autoridad que sea administrativa al mismo tiempo que independiente. Además, se plantea la dificultad de establecer su grado de independencia, el control que la limita, incluso de si es independiente del Estado o si es una autoridad no integrada ni en el Poder Ejecutivo, Judicial y que escapa a la lógica de la división de poderes¹²⁵

2.3 Problema de independencia y autonomía en la práctica.

Esta independencia o autonomía -en el caso de los quángos- se conoce con el principio de “arm’s length”, que opera respecto de los entes públicos no departamentales de carácter ejecutivo. Los fundamentos son básicamente de eficiencia y eficacia pues, el desempeño su actividad que es de carácter ejecutivo, no requiere que los Ministros sean responsables por el desarrollo cotidiano de sus funciones. De esta forma, el trabajo será ejecutado con mayor eficiencia por uno de estos entes que por un Ministerio, que tiene numerosas funciones que desempeñar. Se conseguirá además implicar a personas no relacionadas con el Gobierno para la dirección de estos entes. Por último, porque la actividad se desarrollará sin estar sometido a las diversas presiones políticas procedentes del Parlamento. A pesar de esa autonomía, el Ministro es competente para realizar los nombramientos tanto del Presidente como de los miembros del órgano colegiado, lo que ha conducido flagrantes casos de nepotismo y clientelismo¹²⁶

Esto último se puede relacionar con lo desarrollado por la agenda de modernización del Estado llevada a cabo por el Gobierno de nuestro país, la cual busca dentro de sus objetivos, regular los servicios públicos de forma que no se utilicen con fines partidistas. Esto pues, debido a que cuando estalló la crisis de Chiledeportes, se criticó el hecho de que los cargos públicos se repartieran conforme a los intereses sectoriales de los partidos políticos.

Por otro lado, en España las administraciones independientes -de creación legal- han traído aparejado varios problemas constitucionales, derivados tanto de su independencia del Gobierno central como por la constitucionalidad de sus potestades. Al respecto, algunos autores se pronuncian a favor de ellas, señalando que su autonomía o independencia del Gobierno no es motivo para que dicten actos o decisiones arbitrarias o ilegales, ya que, en última instancia sus actuaciones deberán ser controladas por los Tribunales. A juicio de otros, esa independencia del Gobierno, no puede exceder los límites constitucionales, que se traducen en una independencia en términos de jerarquía, más no de dirección a cargo del Gobierno, quien en suma, será el que responda en general por la Administración Pública¹²⁷.

¹²⁵ Betancor, A., ob. cit., p. 65.

¹²⁶ Fuenteaja, J y Guillén, J., ob. cit., p. 140

¹²⁷ Ileana Marlitt Melo Salcedo *Los órganos autónomos e independiente., ob cit.*

Respecto al problema de autonomía en nuestro país –como se vio anteriormente- se produciría una contradicción al pretender que servicios cuya misión es llevar a cabo las políticas del Poder Ejecutivo, estén a su vez dotados de mayor libertad en su gestión. Ello sería concebible –quizás- para instituciones que cumplan tareas diversas, como podrían ser algunas Universidades, ciertos organismos de control u otros servicios en que se requiera de una participación conjunta con instituciones privadas, etc.

Así en la práctica, el legislador ha utilizado diversas fórmulas para referirse al tema. En primer lugar, si bien la CPR cuando se refiere a los organismos o entidades autónomas lo hace separadamente de las empresas del Estado (art. 58 y 65 N° 2), el legislador ha utilizado los mismos términos para referirse a ambas, englobando las segundas en las primeras. Por otra parte, tratándose de instituciones descentralizadas –no definidas por el legislador como empresas del Estado- el legislador utiliza para referirse a ella una terminología similar, que incluye indistinta o copulativamente los términos de autónoma y descentralizada, unidos a la existencia de personalidad jurídica. Otras veces el legislador opta por una fórmula diferente indicando que se trata de instituciones descentralizadas. Por último, a veces se utilizan incluso conceptos como el de independiente¹²⁸.

Ahora bien, se puede concluir que, esta autonomía tendrá diferentes matices dependiendo de ciertas características tales como: la designación y remoción de sus autoridades, el mayor o menor grado de control de tutela y el tipo de financiamiento, entre otros. Así para el caso de autoridades unipersonales (como sucede en la CGR) o en Consejos (como el del Consejo del BC), en que el PR interviene en su designación con el consentimiento de otro organismo, tendrán mayor autonomía que aquellos Consejos mayoritariamente integrados por miembro de la confianza exclusiva del PR, subordinados jerárquicamente o aquellas autoridades unipersonales de la confianza exclusiva del PR.¹²⁹

Al respecto, cabe señalar también lo que ocurre en nuestro país con el CNTV o el BC. En el caso de éste último su autonomía -que deriva del art. 97 CPR y de los artículos 2 y 90 de la LOCBC- y su exclusión que hace la LOCBGAE del capítulo II, haría pensar que no es parte de la Administración del Estado. No obstante, la jurisprudencia de la CGR y un sector de la doctrina, consideran que de todos modos formaría parte de ella. Esto debido a que, si bien es autónomo de la

¹²⁸ Dentro de los primeros se encuentran: la Empresa Nacional de Aeronáutica de Chile, la cual es definida por la ley 18.297 como “una empresa del Estado de administración autónoma...” Lo mismo ocurre con la Empresas de Correos de Chile (DFL-10 de 1982). De los segundos varios de los que se señalaban como ejemplo han sido modificados por leyes posteriores ejemplo: la Fiscalía Nacional Económica, que ahora es un servicio público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente de todo otro organismo o servicio sometido a la supervigilancia del PR; el Instituto de promoción de exportaciones de Chile que paso a refundirse dentro de la Dirección General de relaciones económicas; la dirección del trabajo que es un servicio público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio bajo la supervigilancia del PR.; el Servicio Nacional de Aduanas que ahora es un servicio público dependiente del Ministerio de Hacienda; Servicio Nacional de Obras Sanitarias, que transforman en empresas del Estado.(ej: ESSAL; ESSAV, etc.). No obstante si se da el supuesto para el caso de la SVS y de la CONAF. Para el otro caso, se da el ejemplo de los Servicios de Salud (art. 16 DL 2763), Fondo Nacional de Salud., entre otros. Por último se pone como ejemplo a algunas Universidades, como la de la Serena (DFL 12 de 1981). Cfr. Pierry Arrau. P., *La Administración del Estado...* ob. cit., pp. 422-423.

¹²⁹ Ibidem. pp.427-429.

Administración no por eso la excluye. Además, pese a que es excluido del capítulo II de la LOCBGAE no por eso se excluye del concepto, pues puede ocurrir que por vía legislativa se pueda vaciar dicho concepto¹³⁰.

Se puede decir, por otro lado, que afecta en todo este tema el hecho que nuestra CPR (sin perjuicio de lo dicho en el capítulo primero) señale en el art. 24 CPR que “el Gobierno y la Administración del Estado corresponden al PR”, sin mencionar expresamente -como lo hacen otras Constituciones- que “el Gobierno dirige a la Administración¹³¹”.

3. Problemas de legitimidad técnica.

En el modelo administrativo tradicional, las funciones técnicas son un poder implícito dentro del poder administrativo. Es decir, es un elemento interno confiado a veces a sujetos distintos de las administraciones tradicionales, pero ligadas a ellas por una relación de instrumentalización y que están además vigilados por un Ministerio. Pero, cuando son confiadas a sujetos con un mayor grado de autonomía, se distancian de dicho modelo. Esta evolución, puede provocar un vuelco en las relaciones entre funciones administrativas y funciones técnicas, llegando éstas últimas a ser el lugar de acomodo de intereses públicos fundamentales y de definición de políticas públicas. Por otro lado, las funciones administrativas pueden quedar reducidas a la adopción automática de medidas consecuenciales al verificarse, mediante valoraciones técnicas, determinados fenómenos¹³².

Así entonces, en la búsqueda de la neutralidad e independencia, se corre el riesgo de que se configure un “Estado neutral”, como alternativa al propio sistema administrativo jerarquizado y dirigido por un Gobierno responsable ante el Parlamento. Además, se puede caer también bajo el control de los poderes económicos y sociales del “sector”, llegándose a configurar autoridades al servicio de los intereses de los agentes sociales más poderosos. Esto pues, a mayor independencia, mayor aislamiento de las instancias representativas y mayor dependencia de los poderes sociales existentes en el sector regulado por dichas instancias¹³³.

No obstante lo anterior, se puede decir que aquellos entes son una alternativa para solucionar determinados problemas como son la garantía de bienes constitucionales frente a actividades públicas y privadas, las cuales sirven a intereses, igualmente públicos y privados, que pueden entrar en conflicto con el bien constitucionalmente garantizado¹³⁴.

En el mismo sentido, el profesor Merloni señala que aquella neutralidad que las administraciones políticas no están en condiciones de asegurar, la recogen las Administraciones

¹³⁰ Además, cabe mencionar que, si bien la CPR lo trata en un capítulo distinto al de la Administración del Estado. no por eso la excluye, además tampoco es el único caso que es tratado en un capítulo distinto. Cfr. Ferrada Bórquez, Juan Carlos. *La autonomía como técnica.*, ob. cit. pp. 333. y ss.

¹³¹ Por ejemplo en la Constitución francesa que señala en su título III “Del Gobierno”, Artículo 20 que: “El Gobierno determinará y dirigirá la política de la Nación. Dispondrá de la Administración y de la fuerza armada. Será responsable ante el Parlamento.

¹³² Cfr. Merloni, F. *La distinción entre política y administración*, en documentación administrativa, N°s 250-251. p 49.

¹³³ Betancor, A., ob. cit. p. 29.

¹³⁴ *Ibidem.*, p. 30.

independientes, las cuales nacieron justamente con el fin de purificar la política y combatir la corrupción¹³⁵.

Pero se debe tener en cuenta además lo que ocurre con los nombramientos de los gestores de dichos organismos. Pues, se debe tratar de ponderar si los nombramientos están siendo indebidamente influidos por consideraciones político partidistas, si hay suficiente transparencia en sus procedimientos -tanto internos como en el de su nombramiento- y, por último, si se ha hecho lo suficiente para mantener los standards de probidad.

Al respecto, en nuestro país se ha creado la Dirección Nacional de Servicio Civil que tiene por objeto asegurar cargos de alta dirección pública, tarea que es llevada a cabo por el Consejo de Alta Dirección Pública. Así, la consecuencia directa es que los funcionarios señalados en el art. 7 del Estatuto administrativo, ahora serán propuestos al PR de una nómina de entre 3 y 5 candidatos seleccionados en el proceso de selección efectuado para la provisión de un cargo de jefe de servicio, garantizando así, el cumplimiento de los principios de transparencia y probidad como ejes de la función pública¹³⁶.

4. Reducción de la esfera pública

Este problema se produce debido a que, al crearse organismos dotados de autonomía, se deja fuera de la esfera pública una gran parte de funciones que desarrolla la Administración Pública. Esto sería -a juicio del profesor Merloni- una perspectiva inconstitucional pues se pasaría por alto el modelo adoptado de administraciones de tipo político y democrático.

Por tanto, si lo que se quiere es introducir efectivamente un nuevo esquema -sustraído de las responsabilidades de las administraciones de tipo político y democrático- no sería posible actuar de forma subrepticia, con leyes ordinarias y singulares destinadas después a conformar un sistema, una nueva constitución administrativa de tipo material, sino que resultaría preciso explicitar este nuevo modelo a nivel constitucional¹³⁷.

Al respecto, si en nuestro país lo que se quiere es imponer un nuevo sistema basado en consejos de administración estatal, se debería regular claramente dicho modelo, de manera tal que exista una mayor claridad y seguridad jurídica respecto a la forma en que van a actuar y representar a los administrados.

¹³⁵ Merloni, F., ob cit. p.49.

¹³⁶ <http://www.serviciocivil.cl/>

¹³⁷ Cfr. Merloni, F., ob cit., pp.50 y ss.

5. Problema de integración en el ordenamiento jurídico de la Participación ciudadana¹³⁸.

La participación constituye una herramienta fundamental en la integración de la sociedad. Esto pues, ella surge unido al desarrollo de la democracia y su consolidación para hacer frente a fenómenos tales como: la partidocracia, la ocupación partidaria de las instituciones, el clientelismo y, en general, la corrupción política y administrativa que dificultan el establecimiento de sistemas funcionariales contruidos sobre la base de objetivos de transparencia, objetividad, moralidad y neutralidad política.

Sin embargo, esta realidad plantea como necesidad imperiosa la de restaurar la confianza pública en los políticos y los funcionarios. Pero también, es necesaria para garantizar la continuidad democrática y para buscar una base social que sustente los cambios necesarios para paliar los grandes desequilibrios sociales. De ahí entonces, que se deba realizar una readecuación de los mecanismos e instituciones democráticas para poder responder, apropiadamente, a lo que hoy se reconocen como “sociedades organizacionales complejas”, en donde el individuo como sujeto demandante principal del sistema deja paso a las organizaciones a través de las cuales toma parte activa en la generación de la voluntad general del Estado, como en la formulación de las políticas distributivas y de otras prestaciones estatales¹³⁹.

En este sentido, este fenómeno provoca problemas no ya en terreno administrativo si no que en el ámbito político. Esto es, en el modelo de la democracia política entendida como una técnica de representación política que intenta depurarse mediante el sufragio universal de una voluntad general y que se sitúa en el parlamento como órgano central y soberano. De esta forma con la introducción de la participación ciudadana, se viene a quebrar las cadenas de agentes burocráticos ordenados sobre el simple esquema formal del mando y la obediencia, e impermeables al medio social en que actúan, además de constituirse en centro de intereses propios, intereses que no dejan de intercalar en el aparentemente neutral proceso de pura ejecución de la ley y de las instrucciones que la dirigen¹⁴⁰.

6. Problema de transparencia

Para una mayor pureza en el sistema público debería existir, respecto de las empresas públicas, una mayor fiscalización por parte de la CGR. También debería haber una mayor exigencia en la entregar de informes -a las comisiones del Congreso Nacional- sobre gastos en remuneraciones, su justificación y la identificación de sus destinatarios. Por último, los directores a

¹³⁸ Cabe señalar que hay un proyecto de ley de participación ciudadana actualmente en trámite. <http://www.congresonacional.cl/noticias>

¹³⁹ Cfr. Camacho Cepeda, Gladis. ,ob cit., pp. 371 y ss.

¹⁴⁰ Cfr. García de Enterría, E. *Sobre la participación ciudadana en la vida administrativa*, libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí, Cívitas, Madrid, 1989. pp. 440 y ss.

cargo de la administración de empresas del Estado, deberían someterse a las normas de responsabilidad establecidas para los directores de sociedades anónimas¹⁴¹.

Otro caso, pero más complejo aún, es lo que ocurren con Chiledeportes. Dicho organismo fue acusado de haber hecho uso indebido de dineros fiscales (entre otros problemas). Circunstancias que, en todo caso, hoy en día siguen investigándose. En este sentido, este problema de transparencia repercute en la estructura de este organismo, pues no es clara la responsabilidad que pudiera tener el Ministro a cargo de dicha institución. Así, se vuelve al problema de la autonomía de estas NFOA y en consecuencia, de determinar si estos órganos se “mandan solos” o bien están sujetos a la dirección de las autoridades de gobierno.

7. Deficiencias del sistema administrativo anterior a la LOCBGAE que todavía persisten.

Se trata de deficiencias estructurales que se pueden agrupar de la siguiente manera: Primero, una falta de organicidad en el desarrollo institucional del sector público, llamado también crecimiento por agregación. Pues hoy en día, todavía el Estado sigue creando nuevas instituciones o servicios con diversos grados de autonomía respecto del gobierno central y con singulares características administrativas. Esto también, debido a que el Estado, al salir de su tradicional esfera de acción para desarrollar otro tipo de actividades, se encuentra con que su estructura no responde a los requerimientos que imponen las nuevas actividades.

En segundo lugar, se siguen multiplicando los entes o servicios autónomos en detrimento de la unidad y uniformidad de la acción administrativa del Estado. Por último, continúa una Administración Pública invisible, a la que hicimos referencia en el capítulo I.

¹⁴¹ <http://www.gobernabilidad.cl/modules.php?name=Sections&op=viewarticle&artid=77>

CONCLUSIONES

De lo expuesto en esta investigación se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. La determinación del concepto de Administración Pública – que por sí presenta varias dificultades- es importante a la hora de determinar los órganos que estarán subordinados al Gobierno, y el régimen jurídico por el cual se regirán. De ahí, comienza el problema de aquellos órganos que, en tanto administrativos están dotados de independencia o autonomía.
2. Esta evolución en nuestro país, originó pasar de una Administración basada en cargos públicos a una Administración Pública fundamentada en la noción de “servicios públicos” tanto de tipo social como económico. Por eso, hoy en día, un Estado democrático implica una mayor participación de los ciudadanos y por tanto una Administración Pública que necesita de la colaboración y cooperación de los administrados. Esto pues, como se aprecia respecto de nuestro país, el período de la “transición” ya se ha superado, lo cual trae como consecuencia que las preocupaciones sean otras y que ya no se desconfíe de las personas para que puedan -ellos mismos- discutir y conformar las políticas de gobierno. (que es el fin de la creación de los consejos de administración estatal).
3. La estructura clásica de la Administración del Estado en nuestro país, se basa en la centralización y jerarquía, siendo el PR el centro unitario. Por tanto, la organización básica de la Administración del Estado, es la de órganos centralizados y descentralizados, cada cual con diferentes características y sometidos a dependencia o supervigilancia del PR. Sin embargo, las NFOA creadas en este último tiempo han cambiado dicha estructura.
4. En el derecho comparado se ha visto una ruptura en la unidad del Estado. Esto pues, las necesidades colectivas son mas complejas y difusas, en algunos casos se requiere de la intervención de expertos o técnicos, de la independencia o autonomía de las organizaciones administrativas o de la participación de los administrados.
5. Todo esto, ha traído como consecuencia el surgimiento de nuevos órganos dotados de mayor independencia y autonomía o bien “formas organizativas” de cooperación, entre Estado y sociedad. Así, en cuanto a la clasificación que se hizo de estas NFOA, no es muy claro establecer los límites entre unidades administrativas independientes y órganos representativos de una pluralidad de intereses. En el mismo sentido, se produce también una dificultad para establecer la naturaleza jurídica y los contornos entre órganos con participación pública y privada.

6. En cuanto a las NFOA que han surgido en nuestro ordenamiento jurídico, se distingue por un lado, organizaciones de derecho privado que realizan funciones estatales, como es el caso de la CONAF y el de las empresas publicas creadas como sociedad anónima. Por otro lado, se da el caso de los “consejos de administración estatal” en que se atribuyen funciones codecisorias y que representan a una pluralidad de intereses. Por último, respecto al caso de las autoridades administrativas independientes, como el BC o el CNTV, no es muy claro pues su independencia no es absoluta.

7. De la clasificación que se hizo de las NFOA en el capítulo II, se extrae que el fenómeno de los consejos en nuestro país, se inserta dentro de las unidades organizativas que representan una pluralidad de intereses, lo que implica que deben tener una representación, autonomía y una participación ajustada a los intereses que representan.

8. Las características que definen a las NFOA en nuestro país son: la búsqueda de mayor descentralización, autonomía e independencia de los poderes políticos y la incorporación del elemento “participativo-ciudadano”. En este sentido, estas formas organizativas son el resultado de la agenda de modernización del Estado del Gobierno. Pero, cabe señalar que esta reforma, que se ha ido configurando en base a los requerimientos políticos, sociales y económicos de cada época, ha derivado en la creación de organismos con una estructura difiere a la organización básica de nuestra Administración del Estado.

9. La estructura de estos “consejos” presenta varios problemas, pues si bien incorporan el fenómeno de la participación ciudadana, se debe tener en cuenta que su estructura y potestades deben estar debidamente reglamentadas con el fin de no quedar sujetas a intereses particulares. Pero también, se deben estructura respetando los principios que forman al Estado democrático de Derecho.

10. Estos consejos modifican la organización básica de la Administración del Estado establecida en los artículos 31 y 32 de la LOCBGAE. Asimismo se aprecia, cómo el legislador muchas veces crea formas organizativas, a medida que va existiendo la necesidad de hacerlo, sin atender mayormente las consecuencias que traerán la puesta en marcha de nuevas formas organizativas. En relación con lo anterior, algo similar ocurrió con las instituciones semifiscales y con las empresas públicas (en relación con el art. 62 n2 CPR) pues no se facultaba expresamente la posibilidad de su creación por ley dentro de la Administración del Estado, pero de todas formas eran establecidas.

BIBLIOGRAFÍA

Textos, revistas y tesis.

ARGANDOÑA, MANUEL. “Los órganos administrativos en Chile: bases fundamentales”, segunda edición, Editorial jurídica de Chile, 1985

AYLWIN AZÓCAR, PATRICIO Y AZÓCAR BRUNNER, EDUARDO. “Derecho Administrativo”. Ediciones: dirección de investigación y extensión, 1996

AYLWIN AZÓCAR, ARTURO. “Principios de la Ley Orgánica de la Administración del Estado y Pautas para el análisis de su título I”. Revista Chilena de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. Volumen 16. 1989

BAENA DEL ALCÁZAR, M., “Organización Administrativa”. Tecnos, 1984.

BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRES. “Las administraciones independientes”. Tecnos, Madrid, 1994.

BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA. “Derecho Administrativo”. Décima edición. Volumen I. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1996

CÁRDENAS GALLÍ, ALEJANDRO. “El Consejo de Estado como tribunal contencioso-administrativo, bajo la vigencia de la Constitución de 1833”. Memoria para optar al grado de licenciado en cs jurídicas y sociales, Universidad Austral de Chile, 2004.

CAMACHO CEPEDA, GLADYS. “La Participación Ciudadana en la Administración Pública”. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. 1997

CISTERNAS VALENZUELA, MARCELA Y BRITO ROSALES, LUIS. “Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases generales de la Administración del Estado. “Seminario de titulación para optar al grado de Licenciado en Cs jurídicas y sociales”. Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción. 1997”

DEL CASTILLO VÁZQUEZ, ISABEL-CECILIA. “Administración pública y Fundación Privada, las complejas relaciones de las Administraciones públicas con sus entes instrumentales de naturaleza fundacional”, Revista de Administración Pública. N° 167. Madrid, mayo-agosto (2005) pp. 344 y ss.

ESCARPÍN ESCUDÉ, VÍCTOR., “Crónicas del Curso: Líneas de Reforma de las Administraciones públicas”, Revista aragonesa de Administración Pública, edición 23, Universidad internacional Menéndez Pelayo, Santander, 16 al 18 de Julio 2003.

FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS., “La autonomía como técnica de reparto de potestades públicas: el caso del Banco Central de Chile”, Revista Chilena de Derecho, 1998 (N° especial)

FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS. “La Administración Pública en la estructura del poder del Estado: algunas reflexiones iniciales”, Revista de Derecho, Universidad Católica de Temuco, N11, diciembre 2001, p. 3

FORSTHOFF, ERNST. Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Instituto de Estudios políticos. Madrid, 1995

FUENTEAJA, J Y GUILLÉN, “La regeneración de la Administración Pública en Gran Bretaña”, Cívitas, Madrid, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Sobre la participación ciudadana en la vida administrativa, libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí”, Cívitas, Madrid, 1989.

GARCÍA MADARIA, JOSE, “A propósito de la ciencia política y de la Administración”. En Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX homenaje al profesor Fernando Garrido Falla. Editorial Complutense, Volumen I, 1992.

GARRIDO FALLA, FERNANDO. “Dos métodos en el estudio de la Administración Pública (método y ciencia de la administración)”. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, 1961.

GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO. “Derecho Administrativo Español”. Editorial Universidad de Navarra, S.A. (ENSA), Vol. 2, 2da edición, España, 1993 p. 215.

MARTÍN MATEO, R., “Manual de Derecho Administrativo”. Editorial Trivium, S.A., décima edición. Campomanes. Madrid, 1996

MERKL, ADOLFO., “Teoría General del Derecho Administrativo”. Editorial Comares S.L., Granada, 2004.

MERLONI, F. “La distinción entre política y administración, en documentación administrativa”, N°s 250-251

OELCKERS CAMUS, OSVALDO. “Nuevos Roles de la Administración Pública y su Regulación por el Derecho”. Revista Chilena de Derecho, Volumen 11, 1984

OELCKERS CAMUS, OSVALDO. “Algunos aspectos esenciales en el proceso de modernización de la Administración del Estado a fines del siglo XX.” Revista de Derecho de la Universidad de Valparaíso, XVIII, 1997

OPAZO CAMPOSANTO, EDGARDO. “Autonomía Administrativa”. Editorial Universitaria S.A. Stgo. Escuela de Derecho Universidad de Chile. 1964

PANTOJA BAUZÁ. R., “La Organización Administrativa del Estado”. Editorial jurídica de Chile, 2004.

PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO. “El Concepto de Derecho Administrativo en el Derecho Chileno”. Revista de Derecho Público, n° 64, 2002.

PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO. “La organización administrativa del Estado”. En Gobierno y Administración del Estado”. año VII, 3, n° 87, 2000

PAREJO ALFONSO, LUCIANO. “Manual de Derecho Administrativo”. Barcelona : Ariel, 1990

PIERRY ARRAU, P. “Algunos aspectos de la Actividad Empresarial del Estado. Revista de Derecho Público.” Volumen 1985 (N°s 37-38) pp. 229 y ss.

PIERRY ARRAU, P. “Las transformaciones del Derecho Administrativo en el siglo XX”. Revista de la Universidad Católica de Valparaíso, N°23, Valparaíso, Chile, 2002

PIERRY ARRAU, PEDRO. La Administración del Estado en la Constitución Política. Revista de Derecho. Universidad Católica de Valparaíso. N° 10. 1986.

PIERRY ARRAU, PEDRO. "Transformaciones en la organización administrativa del Estado". Revista de Derecho. Universidad Católica de Valparaíso. N° 6. Valparaíso, Chile, 1982.

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD: “La teoría general del Derecho Administrativo como sistema, Marcial” Pons/Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003

SOTO KLOSS, E., “La organización de la administración del estado un complejo de personas jurídicas”. Gaceta jurídica N° 73/1986

documentos de Internet.

ASOCIACIÓN CHILENA DE ONGS ACCIÓN., documento trabajo, 2004. www.sociedadcivil.cl

CORPORACIÓN NACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE www.conama.cl

CONGRESO NACIONAL www.congresonacional.cl

CORPORACIÓN NACIONAL FORESTAL www.conaf.cl

COMISIÓN NACIONAL DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y TECNOLÓGICA
<http://www.conicyt.cl>

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA dictamen N° 28091/1992
www.contraloria.cl

FORO ANTOFAGASTA www.foroantofagasta.bcn.cl/doc/pdf/accesoinfoestadis.pdf.

FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS. “La Reforma Procesal Penal y su Impacto en la Organización y Estructura del Estado poder publico chileno: algunas reflexiones preliminares.”
Revista de derecho Valdivia.1999
http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s071809501999000100013&lng=es&nrm=iso>.issn 0718-0950

FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS., “Los órganos reguladores en el ordenamiento jurídico chileno: institucionalidad y transparencia”. <http://www.clad.org.ve/fulltext/0052504.pdf>

HISTORIA LEGISLATIVA, <http://www.gobernabilidad.cl/>

INFORMATIVO MECESUP 193, resumen, Programa Mece Superior, División Educación Superior, Ministerio de Educación, Gobierno de Chile, 2003. <http://www.udec.cl>

LAGOS ESCOBAR, RICARDO., “Discurso en ceremonia de firma del Proyecto de Ley que Crea el Consejo Nacional de Cultura.” <http://www.culturachile.cl>. También ver, política cultural de presidente Ricardo Lagos., <http://www.chile.com>

MELO SALCEDO, ILEANA MARLITT “Los Órganos Autónomos e Independientes”
http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/organos_autonomos_independientes.htm

PAREJO ALFONSO, L., “Informe sobre el proyecto de ley orgánica de la administración pública.”
<http://www.cesdepu.com/informe%20final.doc>. p. 4

SÍNTESIS EXPLICATIVA DE LA LEY QUE CREA EL CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES. <http://www.camaradelibro.cl>

SOCIEDAD MÁXIMO PLANCK <http://www.mpg.de>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL <http://www.tribunalconstitucional.cl/site/roles/ROL>

UNIVERSIDAD DE CHILE, Proyecto SUBDERE servicios públicos regionales: informe final., 2003

<http://translate.google.com>”,.

<http://www.gobernabilidad.cl/modules.php?name=Sections&op=viewarticle&artid=77>

<http://www.modernizacion.cl/1350/propertyvalue-23057.html>

<http://www.bcn.cl>

Leyes

Constitución Política de la República de Chile 1980.

Ley de Gobierno y Administración Regional.

Ley Orgánica de Municipalidades.

Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.