

PROPUESTAS CONSTITUCIONALES:

# HACIA UN MEJOR ESTADO

GOBIERNO, ADMINISTRACIÓN Y MODERNIZACIÓN ESTATAL

Marzo 2021



## PROPUESTAS CONSTITUCIONALES: HACIA UN MEJOR ESTADO

### GOBIERNO, ADMINISTRACIÓN Y MODERNIZACIÓN ESTATAL<sup>1</sup>.

---

Este documento constituye un mayor desarrollo del trabajo “Evolución Constitucional: Bases conceptuales y propuestas para pensar la nueva Constitución” que el Centro de Estudios Horizontal publicó el jueves 22 de octubre del año 2020 y del documento “Modernización del Estado, el desafío más importante de nuestra democracia”, publicado en mayo del mismo año<sup>2</sup>.

El objetivo es ahondar en nuestras propuestas de contenidos, con miras a contribuir al debate público sobre una reforma estructural del Estado, a partir de la nueva Constitución. Ello, desde la convicción de que el proceso constituyente debe ser una invitación abierta a la ciudadanía a pensar y deliberar acerca de los principios, valores, reglas e instituciones que conforman nuestra comunidad política y la vuelven justa.

Reconociendo que la Nueva Constitución no debe tener una pretensión maximalista, el objetivo de este documento es realizar una serie de propuestas que tienen por objeto alimentar un debate necesario, teniendo en cuenta que solo algunos elementos podrán traducirse en disposiciones constitucionales (que orienten y den un nuevo impulso a la mentada reforma), mientras que otras tendrán que ser materializadas en reformas legales o reglamentarias por el legislador y el ejecutivo.

---

1. Este documento fue elaborado por los académicos Camilo Lledó (UDD) y José Francisco García (UC) y los miembros del Proyecto Constitucional de Horizontal, Hernán Larraín, Gonzalo Blumel y José Manuel Astorga. Agradecemos los comentarios de Luis Eugenio García-Huidobro.

2. Ambos documentos y el video del seminario de presentación del primero se encuentran disponibles en [www.horizontalchile.cl](http://www.horizontalchile.cl).

## I. EL DESAFÍO DE LA REFORMA DEL ESTADO Y LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL

Uno de los principales desafíos para las sociedades afectadas por crisis sociales, sanitarias, políticas y económicas como las que estamos viviendo, es robustecer o restablecer el compromiso de las personas con el constitucionalismo, con la democracia y con el Estado como modo de organización política idónea para dar respuesta a las necesidades sociales más importantes, con la urgencia requerida<sup>3</sup>.

No es posible pensar en una Nueva Constitución sin un Estado moderno que brinde servicios oportunos, de calidad y con un nuevo trato hacia los ciudadanos, como una manifestación del respeto a la igual dignidad como inviolable y fundamento de los derechos y libertades de las personas.

El buen funcionamiento del Estado es un motor para el desarrollo de la sociedad, y constituye la herramienta principal para hacer efectivos los derechos civiles, políticos y sociales de las personas. En efecto, el desarrollo de nuestra sociedad y la economía debe necesariamente ir aparejado de una evolución en nuestro aparato estatal, el que por una serie de normas, prácticas y costumbres, se ha ido quedando rezagado en el desarrollo.

La Constitución actual es poco exigente con el gobierno y la administración del Estado, limitándose a establecer directrices escuetas –y, a veces, hasta confusas<sup>4</sup>– acerca del contenido de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (ley N° 18.575) y la carrera funcionaria, además de establecer los principios de transparencia, probidad (artículo 8°), y de legalidad (artículos 6° y 7°), el control de la Con-

traloría General de la República (artículos 98 y 99), y un principio general de responsabilidad ante la lesión de derechos a los particulares (artículo 38). También contiene mandatos mínimos respecto al Estado empresario, señalando que dichas empresas deben estar autorizadas por ley de quórum calificado, y se registrarán por el derecho común (artículo 19 N° 21).

Como se aprecia, se trata en general de elementos que buscan controlar a los órganos del Estado (lo que es sano en un sistema democrático), pero que no invitan a su innovación, ni al desarrollo de mejores y más oportunas políticas y prestación de servicios públicos.

En este contexto, existe mucho espacio para introducir mandatos y estándares exigentes de actuación que permitan avanzar hacia un Estado más eficaz, eficiente, transparente, probo y meritocrático.



3. A mayor abundamiento, ver Wallis Joane, *Constitution making and state building*, en *Comparative Constitution Making*, Edited by David Landau and Hanna Lerner, Ed. Edward Elgar publishing, año 2019.

4. Un Ejemplo de esta realidad son las consecuencias prácticas que se siguen de la aparente distinción entre Gobierno y Administración que se efectúa al comienzo del capítulo cuarto de la Constitución al establecer la autoridad presidencial.

## II. LA ADMINISTRACIÓN Y EL CIUDADANO: EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

---

En las democracias representativas el Estado concentra y ejecuta el poder público, es decir, tiene poderes para imponer sus decisiones a los particulares, afectando de forma sensible sus derechos e intereses, satisfaciéndolos, dándoles contenido y, a su vez, limitándolos por razones de interés público.

En el ejercicio de estos poderes, el Estado siempre debe propender al bien común y al interés general, con el imperativo de respetar las libertades individuales y los derechos fundamentales de las personas y de administrar responsablemente los recursos disponibles, para lograr una vigencia óptima de estos derechos. En efecto, la pretensión de conocer los “costos de los derechos” no es contraria al compromiso con los derechos básicos, muy por el contrario, es una forma de tomarlos más en serio<sup>5</sup>.

Para garantizar una sana relación entre el poder del Estado y el ciudadano, es necesario dotar a nuestro sistema de una serie de mecanismos que propendan a un mejor equilibrio entre las autoridades públicas y los derechos y expectativas de los particulares. Estos mecanismos deben velar porque el ejercicio del poder sea razonado, proporcionado, y que no atente contra principios básicos como la igualdad ante la ley y las cargas públicas, la transparencia, la probidad y la responsabilidad fiscal.

En nuestra legislación hay una serie de elementos que dificultan esta sana relación entre el poder y el ciudadano. Por ejemplo, si bien la ley N° 19.880 de

“

Para garantizar una sana relación entre el poder del Estado y el ciudadano, es necesario dotar a nuestro sistema de una serie de mecanismos que propendan a un mejor equilibrio entre las autoridades públicas y los derechos y expectativas de los particulares.

Procedimientos Administrativos<sup>6</sup> establece varios requisitos y principios de un debido procedimiento administrativo, también señala que los defectos procedimentales solo causan invalidez de los actos cuando son un requisito esencial del mismo y causan perjuicio al interesado<sup>7</sup>, dejando en un plano indeterminado su exigibilidad. Esto produce que muchas veces los órganos públicos no los cumplan, y resulte complejo, incierto, y también costoso, requerir su cumplimiento en instancias superiores.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Contraloría ha resuelto que a falta de disposición legal expresa, los plazos administrativos aplicables a los organismos públicos no son fatales<sup>8</sup>, lo que se fundamenta en las limitaciones de personal, presupuestarias y de disponibilidad en la agenda, entre otros. Sin embargo, esta flexibilidad muchas veces se presta para abusos, manifestados en dilaciones injustificadas que afectan la eficacia de los derechos de las personas que solicitan respuestas de la Administración.

---

5. A mayor abundamiento ver Sanstein Cass y Holmes Stephen, “*El Costo de los Derechos, por qué la Libertad depende de los impuestos*”, traducción de Stella Mastrangelo, ed. Siglo XXI, año 2015 (Colección derecho y política dirigida por Roberto Gargarella y Paola Bergallo).

6. Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de la Administración del Estado.

7. Véase artículo 13 de la Ley 19.880.

8. Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 74.818/2013, 41.199/2014, 32424/2017 y 64231 de 2020, entre otros.



Así, ante las falencias de la administración muchas personas optan por recurrir a los jueces o a la Contraloría General de la República, lo cual produce graves inequidades e ineficiencias, en cuanto se trata de instituciones a las que no todos pueden acceder, y además, para aquellos que pueden hacerlo, se tra-

ta de mecanismos con escasa eficacia, primero, por los requisitos estrictos de procedencia de las acciones constitucionales generales para reclamar en contra de la administración<sup>9</sup>, y además, por las limitaciones propias de las competencias de estos organismos (los que no tienen atribuciones, ni preparación, por ejemplo, para pronunciarse sobre la procedencia o calidad de las políticas públicas).

En el derecho comparado se ha venido incorporando el derecho a la buena administración pública, el que busca articularse como una garantía ante la necesidad de exigir decisiones discrecionales de calidad y respetuosas del procedimiento administrativo, pero que también sean eficientes, eficaces y consideren debidamente las observaciones de todos los interesados<sup>10</sup>. Este derecho a la buena administración pública ha sido reconocido en la jurisprudencia extranjera<sup>11</sup> y también en la normativa internacional<sup>12</sup>.

Si bien en Chile este derecho no se ha consagrado constitucionalmente, su aspecto procedimental tiene base normativa en nuestra legislación<sup>13</sup>, y sus elementos centrales han sido reconocidos también por cierta jurisprudencia de los tribunales de justicia<sup>14</sup> y la Contraloría General de la República, al consagrar el debido procedimiento administrativo<sup>15</sup>, el deber de

9. La nulidad de derecho público, el recurso de protección y la acción de responsabilidad del Estado por daños.

10. La buena administración pública deriva de la servicialidad del Estado a la persona y la centralidad de ésta en la vida social, a fin de promover las condiciones necesarias para que ejerza con mayor calidad sus derechos y libertades (Rodríguez-Arana Muñoz, 2011)

11. Ponce Solé examina el reconocimiento de este derecho en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de las decisiones *Cazja contra Polonia*; *Rysovskyy contra Ucrania*, y; *Öneryildiz contra Turquía*. Asimismo, la materia se encuentra desarrollada en las sentencias de la Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las causas *European Commission v Hungary*; *European External Action Service v Stéphane De Loecker*; *Luxaviation SA v Ministre de l'Environnement*; *Alex Kande Mupompa v Council of the European Union*: entre otras.

12. La garantía es prescrita en el Artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa. Además, sus características se pueden encontrar en los artículos 97 y 113 de la Constitución de Italia, el artículo 33 de la Constitución de Sudáfrica, los artículos 9.2, 24.1 y 103.1 de la Constitución de España, el artículo 100 de la Constitución de Noruega y el artículo 63 de Polonia.

13. La base normativa de este derecho puede desprenderse de la Ley N°18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y la Ley N° 19.880, Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Organos de la Administración del Estado, las que establecen principios comprendidos en el derecho a la buena gobernanza. En efecto, se reconoce que la Administración debe observar los principios de publicidad y transparencia, impugnabilidad judicial de los actos administrativos, responsabilidad por daños, eficiencia, entre otros. Asimismo, los procedimientos administrativos están sometidos a los principios de imparcialidad, contrariedad, impugnabilidad, motivación y transparencia y publicidad.

14. Como demuestra *Izaskun Linazaroso*, las sentencias de la Corte Suprema Rol N° 34.536-2014, 37.834-2017 y 38.817-2017 reconocen los principios que consagran el derecho a una buena administración pública.

15. A) *Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1.413-2009*: "La Ley 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos (...) establece un verdadero debido proceso administrativo, en ejecución del mando del artículo 64 numeral 18 de la Constitución, pues permite oportuna y eficazmente al administrado presentar sus alegatos y discutir las afirmaciones hechas por la administración (artículos 10, 17 y 20), presentar pruebas e impugnarla (artículos 35 y 36), que su caso sea resuelto objetivamente (artículos 11 y 12), conocer en plazo oportuno una resolución final (artículo 7, 8, 13, 16, 18, 24, 27, 41, 64 y 65) y, en su caso, impugnarla (artículos 15, 59 y 60)" (Considerando vigésimo séptimo). B) *Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1.518-2009*: "Que, a su vez, esta Magistratura ha establecido que, con los matices que obedecen a las características propias del derecho administrativo sancionador, las garantías del debido proceso le son aplicables. En efecto, ha manifestado respecto al procedimiento administrativo sancionador que "no obstante, aunque se trate de potestades que no suponen ejercicio de jurisdicción, ciertamente deben sujetarse a los parámetros propios de un debido proceso (...)" (Considerando vigésimo cuarto).



Debe considerarse que el derecho a la buena administración no debería agotarse en las garantías procedimentales, sino que también debe referirse a lineamientos o mandatos específicos que guíen un mejor actuar de la administración en términos sustantivos.

eficacia<sup>16</sup>, imparcialidad y objetividad<sup>17</sup>, transparencia y el deber de fundamentación de los actos<sup>18</sup>.

Sin embargo, debe considerarse que el derecho a la buena administración no debería agotarse en las garantías procedimentales, sino que también debe referirse a lineamientos o mandatos específicos que guíen un mejor actuar de la administración en términos sustantivos, como se propone a continuación.

## PROPUESTAS:

**1. Consagrar constitucionalmente el derecho al debido proceso administrativo**, instituyendo un estatuto claro de los derechos del ciudadano frente a la Administración<sup>19</sup>, para la promoción de su cumplimiento, incluyendo, al menos:

- a. Derecho a un procedimiento imparcial y objetivo, como consecuencia del derecho a la igualdad y la no discriminación.
- b. Derecho a formular peticiones a la autoridad<sup>20</sup>, tener acceso a los documentos del expediente, el estado de tramitación del procedimiento y la identificación del funcionario encargado del mismo.
- c. Derecho a aportar antecedentes, argumentos y pruebas en cualquier etapa del procedimiento, las que deberán ser consideradas por el organismo al adoptar su decisión. Asimismo, debe existir la posibilidad de solicitar una audiencia, debidamente tramitada, con el funcionario encargado del procedimiento.

C) Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.682-2014: “Un debido procedimiento tiene lugar cuando se actúa en la forma que prescriben aquellas normas y principios procesales que resultan fundamentales para el resguardo efectivo del derecho a defensa”. “A la imposición de sanciones administrativas, pues necesariamente debe anteceder una serie concatenada de trámites, están esenciales como un acta o acusación o formulación de cargos precisa y sostenida en una investigación previa, su comunicación al presunto infractor y la oportunidad para que éste pueda plantear defensas o alegaciones y rendir pruebas. Todo ello terminado, si procede, con una sanción fundada y sólo por hechos que han sido objeto de cargos, susceptible de ser impugnada ante un tribunal” (Considerando décimo segundo).

D) Sentencia de la Corte Suprema Rol N°, 97.801-2016: “Es así como la garantía del debido proceso que reconoce el artículo 19 N° 3, inciso quinto, de la Constitución Política de la República, en el ámbito administrativo, se manifiesta en una doble perspectiva: a) como derecho a defensa que debe ser reconocido como la oportunidad para el administrado de hacer oír sus alegaciones, descargos y pruebas y, también; b) como el derecho de exigir de la Administración Pública el cumplimiento previo de un conjunto de actos procedimentales que le permitan conocer con precisión los hechos que se imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos” (Considerando octavo).

E) Dictamen de Contraloría General de la República N° 7.439-2014: “Las potestades de ese organismo también se encuentran sometidas a las disposiciones de la ley N° 18.575 -Organica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado-, que en lo que importa regula, entre otros principios, los de impugnabilidad de los actos administrativos, debido procedimiento administrativo y de eficiencia y eficacia, a fin de velar por una idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública”.

16. Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 7.284-2009 y Dictamen de la Contraloría General de la República N° 2.196/1993.

17. Dictamen de la Contraloría General de la República N° 63.579/2015.

18. Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 92.957-2017.

19. Como ha afirmado entre nosotros el profesor José Luis Lara, a propósito de los procedimientos de fiscalización, la Ley N° 19.880 es insuficiente para configurar este estatuto de garantías a partir de su carácter supletorio, entre otros motivos, producto de la multiplicidad de órganos y procedimientos aplicables, y la ausencia de estándares para la determinación de sanciones administrativas (Lara Arroyo, José Luis, *Procedimientos de Fiscalización/Sanción y Ley N° 19.880, ¿suficiencia de la supletoriedad?*, en Sanciones Administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo ADA, Colección Estudios de Derecho Público, coordinado por Jaime Arancibia Mattar y Pablo Alarcón Jaña, ed. Legal Publishing, año 2014).

20. Con fundamento en el artículo 19 N° 15 de la Constitución vigente.

- d. Derecho a una decisión administrativa debidamente fundada. Las decisiones de la autoridad deben ser motivadas, razonables y proporcionales al fin buscado, debiendo considerar la evidencia científica y los costos involucrados, cuando sea aplicable.
- e. Derecho a que el procedimiento termine en un plazo oportuno, evitando dilaciones más allá de lo razonable<sup>21</sup>.
- f. Derecho a impugnar las resoluciones o decisiones de las autoridades públicas, mediante los recursos administrativos y las acciones judiciales que establezcan la Constitución o las leyes.

**2. Derecho a recibir un trato respetuoso, deferente y flexible** de parte de las autoridades y funcionarios, además del deber del Estado de proteger sus datos personales y sensibles<sup>22</sup>.

**3. Deben crearse los Tribunales Contenciosos Administrativos que conozcan las disputas entre el Estado y los ciudadanos<sup>23</sup>. Consecuentemente, deberá establecerse una acción general y subsidiaria para impugnar decisiones ilegales o arbitrarias de la Administración, mediante un procedimiento breve y sumario**, que serán resueltas por estos tribunales para superar las deficiencias del recurso de protección y la nulidad de derecho público como acciones contencioso administrativas generales, y de la Contraloría General de la República en su rol de resolver controversias administrativas.

**4. Mantener el derecho de los particulares a la reparación por los daños causados por el actuar defectuoso de la Administración del Estado.** Debe extenderse además a las cargas especiales, anormales y graves impuestas a los particulares por el actuar del estado<sup>24</sup>.

Esta responsabilidad es independiente de la que afecte a los funcionarios públicos, en caso de que los daños ocasionados sean producto de su negligencia o actuar ilícito.

**5. Incorporar un mandato al legislador de incorporar la obligación de rendición anual de cuentas por parte de los servicios públicos y las agencias reguladoras ante organismos independientes, por regla general, con control del Congreso Nacional<sup>25</sup>**, en las que deberán especificar los recursos utilizados y el grado de cumplimiento de las metas institucionales previamente fijadas en base a ellos. Esta información deberá mantenerse con acceso al público mediante los instrumentos destinados al efecto por el legislador.

21. La razonabilidad en este caso, se refiere al plazo de tiempo en el que la resolución pueda ser eficaz, de manera que no se dilapide el legítimo derecho ciudadano a que la petición sea útil (Rodríguez-Arana Muñoz, 2012). El plazo debe ser razonable conforme a la complejidad del asunto, su contexto, circunstancias propias y la trascendencia para los interesados (Fuentetaja Pastor, 2008). Si bien el artículo 27 de la Ley N° 19.880 establece que los procedimientos administrativos deben tramitarse en un plazo de 6 meses, se trata de un plazo no fatal, de difícil exigencia a la autoridad. Este derecho ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derecho Humanos en las causas Comunidad indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua contra la República de Paraguay; Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay y; Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs. México.

22. Un ejemplo lo encontramos en el literal e) del artículo 17 de la Ley N° 19.880, a propósito de los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados, mandando a que estos "habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales".

23. Esta propuesta se desarrollará con más detalle en una publicación separada.

24. Sobre expropiaciones regulatorias se sugiere revisar Delaveau Swett, Rodrigo, "La Regulación Expropiatoria en la Jurisprudencia Norteamericana", Revista Chilena de Derecho, vol.33 N° 3, año 2006, pp.411-438.

25. Ver por ejemplo, el caso de la "Public Audit Act", de Nueva Zelanda (del año 2001). Destaca, en la parte 6, el establecimiento de la obligación de la Cámara de Representantes de designar a un auditor independiente para que audite los estados financieros, cuentas y el resto de la información presentada por el Auditor General.

Esta garantía es consecuencia del deber de transparencia de la función pública y de los mecanismos de frenos y contrapesos de toda república democrática.

**6. Incorporar una obligación estatal de utilizar la ciencia y tecnología al servicio del Estado, para lograr servicios públicos de excelencia sobre la base de los principios de eficiencia y eficacia de la Administración.** El Estado utilizará las mejores soluciones científicas y tecnológicas disponibles para que su funcionamiento sea eficiente, elevar los estándares de los servicios públicos<sup>26</sup> y mejorar la transparencia y rendición de cuentas de los asuntos de interés público.

**7. Incorporar en la Constitución reglas y estándares exigentes a la administración pública, que sean revisados en forma permanente.** Debemos pasar de una norma que establece lineamientos a la Ley Orgánica de Bases de la Administración del Estado, a reglas y mandatos exigentes de actuación estatal, los que, por supuesto, deben ser desarrollados en la ley respectiva, en materia de eficiencia, eficacia, coordinación, colaboración, meritocracia, probidad y transparencia. El derecho a una buena administración pública también se relaciona con fijar estándares altos para la toma de decisiones.

Para velar por la exigibilidad y constante mejora de estos estándares y del funcionamiento del Estado en general, proponemos crear un organismo autónomo que monitoree en forma constante el funcionamiento de los servicios públicos, y el cumplimiento de sus metas sectoriales, para que este informe al Congreso y a la ciudadanía y formule propuestas de modernización del Estado<sup>27</sup>.

Los siguientes apartados desarrollan con más detalle ciertos estándares de la administración pública.

---

26. Un buen ejemplo en este sentido es el artículo XXVI, del Título FREEDOM AND RESPONSIBILITY, de la Constitución de Hungría, que impone al Estado el deber de velar por utilizar las últimas soluciones técnicas y los logros de la ciencia para hacer eficiente su funcionamiento, elevar el estándar de los servicios públicos, mejorar la transparencia de los asuntos públicos y promover la igualdad de oportunidades (*"The State shall strive to use the latest technical solutions and the achievements of science to make its operation efficient, raise the standard of public services, improve the transparency of public affairs, and promote equality of opportunity"*).

27. Como lo hace, en este respecto, el Consejo Asesor Permanente para la Modernización del Estado.

### III. EL ESTADO REGULADOR Y LA CONSTITUCIÓN

Existe un creciente fenómeno denominado “el Estado regulador” consistente en que el Estado interviene en distintos sectores de la economía y de la vida social, para regular y superar fallas de mercado, riesgos sistémicos, peligros, asimetrías de información, el uso de bienes públicos, y en general, para compatibilizar necesidades sociales de interés público, con el desarrollo de la economía.

Desde la década de los 90s Chile ha venido modernizando la forma de elaborar regulaciones sectoriales (herramientas, instrumentos, y evaluación) así como el diseño institucional de los órganos regulatorios. Esta tendencia se ha acrecentado aún más con la incorporación del país a la OECD<sup>28</sup>, organismo que tiene una especial preocupación por la mejora regulatoria.

Con la creación de nuevas entidades fiscalizadoras, como la Superintendencia del Medio Ambiente, o la Unidad de Análisis Financiero (por citar algunos ejemplos), y la reforma e incorporación de nuevas potestades a entidades de data más antigua, como la Fiscalía Nacional Económica, o las recientes reestructuraciones de la Superintendencia de Valores y Seguros y la Superintendencia de Bancos, que fueron fusionadas en la Comisión para el Mercado Financiero, se ha ido transitado paulatinamente a un modelo de agencias regulatorias cuasi independientes, algunas colegiadas, con mayor autonomía y capacidad técnica, y sujetas a un creciente control judicial. Varias de estas instituciones gozan además de una buena reputación en los sectores regulados y ante los partidos políticos, lo que les permite realizar sus labores adecuadamente.



Imagen: SERNAC.

Sin embargo, este tránsito es aún incompleto. Primero, porque muchas instituciones regulatorias y fiscalizadoras han quedado atrás en esta modernización, manteniendo estructuras centralizadas que no fomentan su desarrollo técnico, como la Subsecretaría de Telecomunicaciones, el Servicio Nacional de Aduanas, la Dirección Nacional de Servicio Civil y el Instituto de Salud Pública. Estas, por ejemplo, no han avanzado en autonomía legal ni funcional o de facto<sup>29</sup>.

Segundo, porque la atomización de procedimientos y organismos competentes ha generado que existan intervenciones muy dispares en el cumplimiento de la función fiscalizadora del Estado para el resguardo de los derechos y libertades de las personas<sup>30</sup>, en una priorización que no necesariamente es razonable. Muchos organismos reguladores aún no tienen competencias para dictar normas de carácter general en sus sectores regulados, o incluso, como en el caso del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), no tienen potestades para sancionar los incumplimientos,

28. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

29. Todos los que integran la Administración Central del Estado, dependiendo jerárquicamente de un ministerio.

30. El profesor Cristián Román Cordero, ilustra con toda claridad este diagnóstico al hablar de la existencia de “Derechos administrativos sancionadores” (Román Cordero, Cristián, Notas sobre el Debido Procedimiento Sancionador, en Sanciones Administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo ADA, Colección Estudios de Derecho Público, coordinado por Jaime Arancibia Mattar y Pablo Alarcón Jaña, ed. Legal Publishing, año 2014).

lo que ha sido denominado peyorativamente como el fenómeno del “SERNAC sin dientes”.

Tercero, porque la dictación de nuevas regulaciones sigue siendo muy influenciada por el ciclo político. Los titulares de las agencias reguladoras y entidades fiscalizadoras son de ordinario funcionarios de confianza exclusiva del Presidente de la República (lo que implica la facultad de removerlos discrecionalmente de su cargo), no obstante que en su mayoría tales nombramientos están sujetos al sistema de Alta Dirección Pública<sup>31</sup>. Generalmente su vigencia en el cargo queda supeditada a la duración del gobierno de turno, lo que dificulta la implementación de objetivos y políticas de más largo plazo.

A su vez, las metas de estas agencias no se encuentran institucionalmente predefinidas y vinculadas con objetivos que superen temporalmente el ciclo político, por lo que muchas veces quedan supedita-



das a las preferencias del gobierno de turno (las que, naturalmente, pueden ser inconsistentes con las del gobierno siguiente). Si bien muchas veces los gobiernos tienen un cierto respeto hacia estas agencias, nada impide que estos impongan sus preferencias, por lo que en variados ejemplos la actividad regulatoria queda subordinada a los intereses o prioridades del gobierno, lo que puede dificultar la toma de decisiones independientes para una política regulatoria técnica y de largo plazo.

En cuarto lugar, entre otras razones, producto de la amplitud de la formulación del artículo 63 N° 20 de la Carta Fundamental vigente, en nuestro ordenamiento es difícil determinar cuál es el órgano competente para producir fuentes normativas de carácter legal, reglamentario (autónomo o de ejecución) y/o administrativo<sup>32</sup>. Esta falta de claridad, además de lentitud, desorden y conflictos normativos<sup>33</sup>, ha producido que, salvo contadas excepciones, sea el Presidente a través de los ministros el que ocupe un rol preponderante en la tarea de normar los sectores regulados a través de reglamentos.

Esta situación a veces resulta compleja, pues el gobierno tiene una agenda y capacidad limitada, y ciertos sectores regulatorios requieren mayor velocidad, flexibilidad e impulso en las mejoras regulatorias.

Por último, entre otros problemas, la debilidad regulatoria ha sido parte de los elementos que ha permitido la ola de abusos ampliamente repudiados por la ciudadanía<sup>34</sup>. Esta debilidad regulatoria se

31. Probablemente la excepción más importante a esta regla, es la contemplada en el artículo trigésimo sexto bis de la Ley 19.882 sobre nueva política de personal de los funcionarios públicos, en que se faculta al Presidente de la República para eximir de la aplicación del mecanismo de selección de los altos directivos públicos, hasta doce cargos de jefes superiores de servicio, dentro de los tres meses siguientes al inicio del respectivo período presidencial.

32. A mayor abundamiento se sugiere revisar, Cordero, Eduardo, “El Sentido Actual del Dominio Legal y la Potestad Reglamentaria”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXII, Valparaíso, año 2009; Cazor, Kamel, “Problemas teóricos en torno a las potestades normativas y la necesaria redefinición de la reserva legal en el estado constitucional chileno”, en Revista Ius et Praxis, año 2013; y Henríquez Viñas, Miriam, “Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno”, en Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 2013.

33. Se suma a esto la falta de claridad en la aplicación y supervisión del artículo 37 bis de la Ley N° 19.880 que impone a los órganos de la Administración que deban evacuar actos administrativos de carácter general que tenga claros efectos en los ámbitos de competencia de otro órgano, el deber de remitir los antecedentes y requerir un informe para evitar o precaver conflictos de normas.

34. Que se suma a las falencias apuntadas en el apartado anterior, respecto a la falta de un estatuto claro, sobre los derechos de los ciudadanos frente a la Administración.

materializa en la falta de normativa que tipifique adecuadamente las prácticas ilícitas y se adelante a las malas prácticas que buscan *eludir* los fines y el cumplimiento de la regulación, así como también en la falta de mecanismos adecuados de fiscalización y detección de conductas irregulares, y de sanciones realmente disuasivas.

De este modo, el fortalecimiento de nuestras agencias regulatorias es un imperativo para concretar una agenda antiabusos ambiciosa, pero debe ir aparejado de mayores exigencias a estos organismos, para así evitar abusos discrecionales, malas prácticas y la adopción de decisiones regulatorias arbitrarias o desproporcionadas.

Nuestra Constitución no dice nada en esta materia, pero la revisión de experiencias comparadas, cuyas arquitecturas institucionales son similares a la nuestra, como la de Brasil, Colombia y México, da cuenta de que debemos repensar esta cuestión a la luz de la experiencia de países que han incorporado, en distintos cuerpos normativos, provisiones en tal sentido<sup>35</sup>.

Por su parte, la propia OECD ha realizado una serie de recomendaciones que velan por instaurar sistemas regulatorios modernos, que sean capaces de enfrentar los desafíos que impone el siglo XXI<sup>36</sup>. Es importante que Chile avance en este sentido, ya que los sectores regulados imponen desafíos que son difíciles de en-

“

El fortalecimiento de nuestras agencias regulatorias es un imperativo para concretar una agenda antiabusos ambiciosa, pero debe ir aparejado de mayores exigencias a estos organismos, para así evitar abusos discrecionales, malas prácticas y la adopción de decisiones regulatorias arbitrarias o desproporcionadas.

frentar sin una institucionalidad que esté a la altura de las actuales demandas.

Por ende, en línea con las recomendaciones de la OECD, es necesario dotar de mayor independencia y empoderamiento a las agencias reguladoras, pero a su vez exigir mejoras en sus procesos, fijando ciertos estándares que ayuden a perfeccionar el procedimiento de la toma de decisiones. De esta forma se promoverá la adopción de normas y decisiones de largo plazo, con perspectivas especializadas sobre el adecuado desarrollo del sector regulado.

Muchas de estas reformas deben implementarse a nivel legislativo, pero la Constitución puede aportar en ello dando claros mandatos que activen una agenda legislativa potente.

---

35. Aunque la literatura está dividida en cuanto a las críticas sobre la “agencificación de funciones críticas del Estado”, es importante tener presente que muchos de los reproches en esta línea son realizados a propósito de escenarios institucionales muy diferentes al chileno, como el de los países anglosajones (donde predomina el modelo administrativo Whitehall Westminster) o de Europa continental. Por el contrario, en escenarios institucionales en los que predomina un hiper presidencialismo como el nuestro, la literatura suele estar de acuerdo sobre los beneficios que esta estrategia institucional tendría para moderar la intervención política en dichas instituciones y sobre las mejoras que esta traería para el desempeño de sus tareas. Esta mejora en el desempeño institucional resulta predicable de la experiencia latinoamericana, incluso a pesar de que todavía es necesario avanzar en la profesionalización del sistema de nombramientos y en profundizar una cultura meritocrática dentro de estas instituciones. Salvador Parrado & MIQ Agencias, 77(4) *International Review of Administrative Sciences*, 2011, pp. 687-712.

36. Véase, entre otros, el texto Recomendación del Consejo Sobre Política y Gobernanza Regulatoria, OECD, 2012.

## PROPUESTAS:

Incorporar reglas de habilitación y directrices constitucionales para la actividad regulatoria del Estado y las agencias administrativas, sean unipersonales o colegiadas (idealmente colegiadas) en materia de gobierno, atribuciones y estándares de excelencia en el desempeño de sus funciones y de ingreso al servicio.

**1. Se deben regular las causales y mecanismos de remoción de los titulares de las entidades que ejerzan labores reguladoras y fiscalizadoras, y las obligaciones posteriores al cese del cargo para evitar conflictos de interés.** Se debe establecer un mandato a la ley para que esta establezca un listado de los organismos que se encuentran en esta categoría, permitiendo así al legislador hacer excepciones en aquellos organismos en que otro modelo resulte necesario, y para que, consecuentemente, establezca mecanismos de nombramiento de los jefes de servicio que garanticen la meritocracia, profesionalización en la designación y su independencia del poder central (ya sea con ratificación del Senado, participación de Alta Dirección Pública u otra figura institucional). La ley establecerá mecanismos de remoción de estas autoridades, relacionados al incumplimiento de funciones que no dependan de la mera voluntad del ejecutivo.

**2. Autorizar al legislador para dotar a los organismos fiscalizadores de potestades sancionadoras** que les permitan castigar los incumplimientos de la normativa (incluida la normativa e instrucciones dictadas por los mismos órganos), siempre revisables por la autoridad judicial, como contrapartida de lo cual debemos avanzar hacia un estatuto claro de derechos del ciudadano frente a la Administración, que considere las particularidades que exigen estas intervenciones por sus altas consecuencias (procedimientos de fiscalización y sancionatorios).

**3. Se deben establecer ciertos lineamientos básicos para una buena política regulatoria que actúen como contrapeso a esta autonomía mayor:**

- Las autoridades reguladoras deberán tener objetivos claros de corto y largo plazo, debidamente preestablecidos y actualizados permanentemente, manteniendo publicada la información sobre su cumplimiento. Estos objetivos deben ser supervisados por el Gobierno y/o el Congreso, y su incumplimiento puede motivar la remoción de sus autoridades.
- La ley establecerá mecanismos de evaluación del impacto regulatorio para las etapas tempranas del proceso de dictación de normas y decisiones reguladoras, cuando sea aplicable. Como parte de la fundamentación del respectivo acto administrativo, las decisiones regulatorias deberán descartar las otras alternativas viables.
- Las decisiones regulatorias deberán demostrar cómo los beneficios económicos, sociales y ambientales superan los costos de la regulación, siempre considerando los efectos distributivos.
- La actividad regulatoria debe ponderar adecuadamente el bienestar social con el debido funcionamiento de la industria regulada, y expresar adecuadamente este análisis en sus decisiones.

## IV. UN NUEVO EMPLEO PÚBLICO

En la realidad latinoamericana, el derecho al buen gobierno también se ha traducido en la larga aspiración regional de más de seis décadas de contar con un servicio civil de carrera, profesional e independiente del ciclo electoral, con continuidad y objetivos que orienten su función hacia el cumplimiento de las metas e intereses de largo plazo de la Administración del Estado. Este servicio civil debe, naturalmente, alinearse con los objetivos políticos de los gobiernos de distinto signo, pero evitar su captura por parte de intereses políticos, gremiales, o de cualquier naturaleza.

El objetivo de aumentar el profesionalismo en el sector público, diferenciando el Gobierno de la Administración del Estado, es una aspiración que ha generado propuestas transversales con altos grados de consenso a nivel técnico y académico<sup>37</sup>.

Mayor profesionalización y meritocracia en el empleo público deberían contribuir a reforzar el prestigio de la función pública, y de la confianza ciudadana que

“

Mayor profesionalización y meritocracia en el empleo público deberían contribuir a reforzar el prestigio de la función pública, y de la confianza ciudadana que de él se deriva. A su vez, contribuiría en la mejor toma de decisiones y la prestación de mejores servicios públicos.

de él se deriva. A su vez, contribuiría en la mejor toma de decisiones y la prestación de mejores servicios públicos<sup>38</sup>.

La Constitución actual establece lineamientos generales en relación al empleo público, disponiendo un mandato general en su artículo 38 que va en la línea correcta, al disponer que

“... una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes”.

Sin embargo, la generalidad de dicho mandato, que no contiene reglas básicas y mínimas que orienten las políticas derivadas, además de la falta de mecanismos para la supervisión y exigibilidad de la vigencia de estos principios, ha permitido que las diversas leyes, jurisprudencia y prácticas institucionales hayan terminado desconfigurando el sistema de función pública en nuestro país. Hoy tenemos uno fragmentado, inorgánico y muchas veces poco meritocrático, lo que facilita finalmente que se implanten prácticas clientelistas y prebendarias.

Entre estas disposiciones normativas y prácticas que han dificultado el adecuado desarrollo de la meritocracia y la profesionalización de los funcionarios públicos<sup>39</sup>, cabe destacar las siguientes:

37. Gestión de Personas en el Estado. Grupo de trabajo sobre la gestión de personas, de la información y transparencia para la modernización del Estado, constituido por el Centro de Estudios Públicos, Chile Veintiuno, Espacio Público, y Libertad y Desarrollo. Página 7.

38. De esta manera, al establecer las bases generales de la Administración del Estado, la Nueva Constitución también debería incorporar las principales directrices de la Carta Iberoamericana de la Función Pública de 2003.

39. Mayor detalle se puede encontrar en “Modernización del Estado”, Centro de Estudios Horizontal, 2020.



Imagen: Ministerio de Salud.

- a. Mediante leyes de presupuesto continuamente se autorizan normas especiales de dotación de personal, que en la práctica permiten contratar más funcionarios a contrata, vulnerando el límite del 20% del Estatuto Administrativo<sup>40</sup>. Esto ha permitido que actualmente los cargos a contrata constituyan el 68,6% de los empleos públicos<sup>41</sup>.
- b. La falta de definición del concepto de “funciones propias del servicio”<sup>42</sup> produce que en la práctica los empleados a honorarios sean destinados para funciones permanentes y propias del respectivo órgano público (contrariando el mandato del Estatuto Administrativo que señala que estos empleados solo deben prestar funciones accidentales y que no sean las habituales de la institución), transformando en definitiva a esta categoría en personal de carácter permanente<sup>43</sup>.
- c. No hay filtro meritocrático obligatorio para aquellos trabajadores que se desempeñan a contrata o mediante honorarios, que actualmente son la gran mayoría de los cargos en la Administración del Estado.
- d. La jurisprudencia de la Corte Suprema y la Contraloría han puesto trabas para la desvinculación de los funcionarios a contrata, cuando su contrato ha sido renovado por varios períodos<sup>44</sup>. Si bien resulta razonable dar una protección adecuada a estos funcionarios, el problema radica en que, sumado este criterio a los puntos anteriores, produce un resultado complejo: casi un 70% de los funcionarios corresponden a un tipo de cargo que pudo ingresar sin concursos de mérito a la función pública, no tienen derechos ni deberes de capacitación y carrera funcionaria y, a su vez, existen dificultades para removerlos.
- e. Los ascensos muchas veces no obedecen a razones vinculadas al mérito, sino que se priorizan razones políticas o personales.
- f. En cuanto a las remuneraciones, los funcionarios públicos no directivos y en los estamentos de menor especialización obtienen entre un 20 a 30%

40. A mayor abundamiento ver Rajević M. Enríque, “La crisis de la regulación del empleo público en Chile Ideas para un nuevo modelo”, en “Un Estado Para la Ciudadanía”, Centro de Estudios Públicos, año 2018, pp. 405-435.

41. *Anuario estadístico del empleo público en el Gobierno Central 2011-2019*, Dirección de Presupuestos, 30 de Julio de 2020, referido sólo el personal civil del Gobierno Central, excluyendo el personal uniformado de las Fuerzas Armadas y de Orden, el personal de las empresas públicas, los funcionarios municipales y de los servicios municipalizados, así como los diputados y senadores del Congreso Nacional.

42. Al revisar la Historia Fidedigna de la Ley N° 18.834, podemos constatar que esta falencia probablemente deriva de la configuración normativa de los tipos de contrato aplicables en nuestro sistema de empleo público. En efecto, al presentar el Proyecto de Ley que aprueba Estatuto Administrativo (Boletín 987-06), el Señor Maximiano Errázuriz explicaba que “Quizás, algunos de los aspectos más relevantes de este proyecto son los relativos al personal de planta o a contrata. La iniciativa establece que solo podrá ser contratado en tal calidad el personal que trabaje en funciones propias del servicio. Es decir, se trata de evitar que puedan ser, digamos, subcontratadas por el sector privado personas que trabajen en funciones propias del servicio, o que suceda al revés. Cualquier persona que realice una función que no es propia del Servicio no debe estar en la planta de éste, sino que debe ser objeto de subcontratación por el sector privado. **No se definió lo que era función propia del servicio, porque resultaba muy difícil hacerlo...**” (el destacado es nuestro).

43. Ibid 28.

44. Existen distintas líneas jurisprudenciales en cuanto a los requisitos para la protección del empleo, incluido la cantidad de años que se exigen.

más que un trabajador de similares características que se desempeña en el sector privado. Dicha diferencia se ha acrecentado desde 1990 (en dicho año correspondía solo al 1,5%<sup>45</sup>).

- g. El sistema de remuneración por metas (PMG) se ha convertido prácticamente en un componente más del sueldo fijo de los funcionarios públicos, donde en el año 2019 el 100% de las instituciones logró la máxima bonificación por desempeño, siendo la segunda vez que esto ocurre.
- h. La medición de desempeño es deficiente; el 97% de los empleados son calificados con la nota más alta<sup>46</sup>, lo que dificulta tremendamente distinguir a los funcionarios con buenos resultados reales para promover su desarrollo en la carrera funcionaria.
- i. El sistema de ponderación de la idoneidad de los trabajadores es defectuoso, pues solo valora la cantidad de años de experiencia dentro de la institución y no aspectos vinculados al desempeño y contribución al logro de los objetivos institucionales.
- j. Existe un uso muy discrecional de la función crítica, la que incluso a veces se presta para abusos, abultando sueldos arbitrariamente y sin control.
- k. Es común que con el cambio de gobierno (especialmente cuando el entrante y el saliente son de distinto color político), exista un cambio de un gran número de funcionarios, no solo limitado a cargos u órganos de naturaleza política (donde es evidente que así ocurra), sino que también en servicios públicos, y en cargos de naturaleza técnica y administrativa, donde la carrera funciona-

ria debería propender a asegurar la continuidad de la función pública y visión de largo plazo.

A todo lo anterior se suma el hecho de que la falta de concursos públicos, además de generar espacios de excesiva discrecionalidad, impide que las personas y los propios funcionarios públicos puedan participar en igualdad de condiciones para nuevos cargos o ascensos, lo que redundaría en falta de incentivos para promover el ingreso y la movilidad vertical (ascensos) y horizontal (entre los servicios públicos) de los funcionarios.

Por otra parte, la prohibición de la huelga de los funcionarios públicos termina produciendo que en la práctica existan huelgas de facto no reguladas, las que, por ende, pueden paralizar indeterminadamente los servicios públicos de máxima necesidad para las personas, afectando la relación entre el Estado y los particulares. Además, ante la carencia de mecanismos para encausar el conflicto y las negociaciones, se hace más difícil destrabarlos y lograr soluciones oportunas.

Así, la falta de meritocracia y la incorrecta regulación de incentivos para la función pública perjudica la provisión de servicios públicos, en tanto se ve alterada la función ejecutiva (o de gestión) relativa a las acciones concretas que los órganos realizan para satisfacer las necesidades de la ciudadanía en el ejercicio de sus funciones<sup>47</sup>. Esto daña la visión que las personas tienen de los órganos de la Administración, por lo que una reforma se hace indispensable para generar una mayor confianza de las personas hacia el Estado.

45. Fuentes Adolfo y Vergara Rodrigo, *Premio salarial en el sector público: evolución en el período 1990-2017*, Centro de Estudios Públicos, año 2018.

46. Esto se debe a que para participar en concursos internos se requiere estar calificado con nota 1 o 2. En caso de obtener 4, éstos son removidos de manera inmediata, al igual que quienes obtienen nota 3 por dos años seguidos. Ello hace que exista una presión interna en los organismos estatales por no poner notas deficientes.

47. La Carta Iberoamericana sobre la Función Pública permite ilustrar la relevancia de que los trabajadores del Estado logren satisfacer adecuadamente las necesidades concretas de la ciudadanía, en relación con la necesidad de entender la función pública como un sistema integrado<sup>9</sup>. Para el cumplimiento de las finalidades que le son propias, la función pública debe ser diseñada y operar como un sistema integrado de gestión cuyo propósito básico o razón de ser es la adecuación de las personas a la estrategia de la organización o sistema multiorganizativo, para la producción de resultados acordes con tales prioridades estratégicas. 10. Los resultados pretendidos por las organizaciones públicas dependen de las personas en un doble sentido: 1. Se hallan influidos por el grado de adecuación del dimensionamiento, cuantitativo y cualitativo, de los recursos humanos, a las tareas que deben realizarse. Por ello, el suministro de capital humano deberá ajustarse en cada caso a las necesidades organizativas, evitando tanto el exceso como el déficit, y gestionando con la mayor agilidad posible los procesos de ajuste necesarios. 2. Son consecuencia de las conductas observadas por las personas en su trabajo, las cuales, a su vez, dependen de dos variables básicas: a) las competencias, o conjuntos de cualidades poseídas por las personas, que determinan la idoneidad de éstas para el desempeño de la tarea; y b) la motivación, o grado de esfuerzo que las personas estén dispuestas a aplicar a la realización de su trabajo. Por ello, las normas, políticas, procesos y prácticas que integran un sistema de función pública deben proponerse desarrollar una influencia positiva sobre el comportamiento de los servidores públicos, actuando, en el sentido más adecuado en cada caso, sobre las competencias y la voluntad de las personas en el trabajo" (CLAD, DESA, 2003)

A nivel comparado, muchos países que han tenido problemas serios de eficacia de la función pública, de clientelismo político y prebendarismo, o que han procurado prevenirlos, con independencia de su tradición política y legal, han incluido reglas constitucionales sobre el empleo público<sup>48</sup>. Chile también puede avanzar en esta materia.

La reforma del Estado en materia de función pública debe buscar que: (i) los funcionarios tengan incentivos adecuados para prestar un mejor servicio de cara a la ciudadanía y a utilizar bien los recursos públicos; (ii) dar flexibilidad a los directivos para poder reorientar las gestiones de los funcionarios hacia distintos objetivos; (iii) exista una designación, promoción y ascenso de acuerdo al mérito, y que exista un sistema de asignación que posicione a cada individuo en el puesto donde genere mayor valor; (iv) exista la posibilidad de desvincular a aquellos funcionarios que cumplen deficientemente su función, aunque no existan “motivos graves” para justificar el

despido (despidos ilegítimos y discrecionales deberían estar regulados en el Estatuto Administrativo), con el correspondiente derecho a indemnización; (v) las remuneraciones se encuentren relacionadas a la experiencia y desempeño; (vi) que los premios por experiencia también reconozcan experiencias fuera del sector público afines a la función desempeñada; (vii) se regule el derecho a huelga, de una manera tal que permita a los funcionarios velar por sus derechos laborales, y que a su vez proteja la continuidad en la provisión de los servicios esenciales a la población, y otorgue mecanismos efectivos para resolver los conflictos; (viii) reforzar los principios de probidad, neutralidad política e imparcialidad en las decisiones, para prevenir influencias impropias.

Por supuesto, estas reformas requieren ser desarrolladas esencialmente en el ámbito de la legislación. Sin embargo, la Constitución puede efectivamente otorgar ciertos mandatos que guíen y respalden constitucionalmente dichos objetivos y reformas.

## PROPUESTAS

**1. Sistematizar un mandato<sup>49</sup> que ordene a la Administración Pública y a sus funcionarios servir con objetividad los intereses generales de la nación**, con servicialidad respecto a la persona humana, y actuar de acuerdo con los principios de probidad y transparencia, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, colaboración y neutralidad política, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

**2. Establecer un mandato para que la ley defina un sistema único de ingreso y una única carrera profesional para los funcionarios públicos**, con estándares exigentes de mérito y competencias para la función a la que se accede, para así promover la eficiencia y evitar discriminaciones arbitrarias.

- Incorporar un principio de concursabilidad como regla general para el ingreso y promoción en la carrera funcionaria.

48. Ver, por ejemplo, los artículos 33 Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, 103 y 104 de la Constitución de la República de Grecia, 103 y 28 de la Constitución Española o los artículos 125, 178 y 208 de la Constitución Política de Colombia.

49. Compilando y sistematizando una serie de disposiciones de la Constitución actual y la Ley N° 18.575, además de algunos elementos nuevos.

- Se debe ordenar al legislador establecer un sistema expedito de resolución de conflictos en las postulaciones, que permita resolver de forma eficaz e imparcial respecto de arbitrariedades e irregularidades en los procesos.
- Se debe posibilitar que se realicen **concursos públicos internacionales** para designar a las autoridades superiores de los servicios públicos, en la medida que sea necesario y adecuado de acuerdo con la naturaleza del cargo.
- Se debe regular un régimen especial, con requisitos exigentes, para la contratación de tareas esporádicas, que evite que se transformen en habituales.

3. Debe mandatarse al legislador para que **regule el ingreso, promoción y desarrollo de la carrera, retiro y desvinculación de los funcionarios públicos sujetos a este sistema único de empleo público** (terminando la diferencia entre planta, a contrata y honorarios), incluyendo a los funcionarios municipales<sup>50</sup>. El sistema velará porque prime el mérito, la profesionalización y la neutralidad política en todos los niveles<sup>51</sup>.

**4. Los funcionarios públicos no tendrán privilegios ni serán inamovibles**, salvo las excepciones establecidas en la Constitución y las leyes. La ley definirá un mecanismo de desvinculación fundado en causales preestablecidas por el legislador, con la respectiva indemnización cuando sea procedente.

**5. Solo se exceptuarán de dichas normas los asesores políticos de las autoridades públicas.** La ley orgánica de cada organismo definirá un número máximo de asesores para los ministerios y servicios públicos. A diferencia del régimen actual, se trataría de un estamento claramente establecido y con un régimen legal distinto, lo que desincentivaría prácticas clientelares respecto de los funcionarios de carrera.

**6. Establecer un mandato al legislador para que regule la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga en el sector público**, siempre respetando la continuidad de los servicios esenciales, y la imposibilidad de la interrupción indefinida de la función pública. Esta ley debe establecer mecanismos que ayuden a resolver los conflictos.

**7. Dotar de autonomía constitucional al Servicio Civil y al Consejo de Alta Dirección Pública.** Se deberá dotar a estos organismos de competencias y potestades para: (i) asesorar al Presidente en la reforma del Estado y (ii) supervisar el cumplimiento de los mandatos de la Constitución y las leyes sobre el empleo público en las distintas reparticiones públicas.

50. Sin perjuicio de que se mantengan ciertos regímenes especiales, que son necesarios para la naturaleza de las funciones, como es el régimen de funcionarios de la salud, y de las Fuerzas Armadas.

51. Por ejemplo, el artículo 58 de la Constitución de Uruguay establece en lo pertinente: “Los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política. En los lugares y las horas de trabajo, queda prohibida toda actividad ajena a la función, reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo de cualquier especie. No podrán constituirse agrupaciones con fines proselitistas utilizándose las denominaciones de reparticiones públicas o invocándose el vínculo que la función determine entre sus integrantes”.

## V. EL ESTADO EMPRESARIO Y EL DESARROLLO DE ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

Otro desafío importante es lograr una mayor colaboración público-privada en materia empresarial. Los índices chilenos de industrialización e innovación están por debajo de los requeridos para dar un salto al desarrollo. Solo una alianza proactiva entre el Estado y el sector empresarial serán capaces de revertir esta tendencia.

Por una parte, la Constitución de 1980 restringió excesivamente el rol del Estado empresario. Esta restricción buscó poner freno a su expansión desmedida que existió en las décadas anteriores. Sin embargo, actualmente, con mejores reglas de gobierno corporativo, se puede pensar en un Estado empresario que tenga una mayor injerencia en la economía, y sobre todo que colabore en el desarrollo eficiente de la industria nacional, especialmente en sectores estratégicos.

Resulta fundamental que la nueva Constitución entregue lineamientos adecuados para que el legislador y el Gobierno puedan encauzar la actividad empresarial

“

Los índices chilenos de industrialización e innovación están por debajo de los requeridos para dar un salto al desarrollo. Solo una alianza proactiva entre el Estado y el sector empresarial serán capaces de revertir esta tendencia.

pública, y en conjunto con sectores de la sociedad logren estructuras que promuevan el desarrollo del país.

Por otra parte, en un esfuerzo por mejorar los estándares de gestión y gobierno corporativo de las empresas del Estado, resulta necesario imponer mandatos que colaboren por una gestión eficiente de las empresas, su profesionalización y meritocracia, y que también velen por dotar a las empresas públicas de una estructura moderna y flexible que les posibilite adaptarse a las variaciones y movimientos dinámicos del mercado.

### PROPUESTAS

**1. Establecer un mandato Constitucional para que los estatutos de las empresas públicas regulen su gobierno corporativo y su estructura de funcionamiento bajo criterios de eficiencia, eficacia, transparencia, probidad, profesionalización y meritocracia, siguiendo los más altos estándares internacionales aplicables<sup>52</sup>.**

**2. Consagrar entre las materias de ley, la habilitación al Estado empresario, sea en el modelo tradicional o en un nuevo modelo asociativo con el sector privado.** Esto significaría ajustar el quórum actualmente establecido en el artículo 19 N° 21 de la Constitución para autorizar al Estado a desarrollar una actividad empresarial, siguiendo el mismo estándar para la creación y organización de todos los organismos públicos.

52. Directrices adecuadas para ahondar en este punto se desarrollan detalladamente en el Informe “*OECD Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises*”, del año 2011. Destacan especialmente las exigencias en políticas de transparencia, responsabilidad y trato equitativo entre accionistas.

**3. Reconocer que las empresas del Estado y sus trabajadores se rigen por normas de derecho común en el desarrollo de su giro**, incluyendo el marco regulatorio de los sectores en los que se desempeña y la normativa de libre competencia. Las empresas del Estado no ejercerán potestades públicas. Solo estarán regidas por las reglas aplicables a los órganos de la Administración del Estado cuando la ley lo establezca expresamente.

**4. El Estado estará autorizado a desarrollar alianzas público-privadas para desarrollar sectores estratégicos o mejorar la provisión de servicios a la población<sup>53</sup>**. Será deber del Estado promover estas alianzas para desarrollar objetivos sociales u innovaciones que excedan las capacidades de él. Dichas alianzas podrán regirse por el derecho privado en los casos que sea necesario. Deberán establecerse convenios que velen por el buen uso de los recursos públicos.

**5. Aumentar los estándares de excelencia al Estado Empresario**, para lo que se propone:

- La creación de una agencia estatal (o la asignación de la función a alguna de las instituciones existentes) que colabore con los ministros de Estado en el relacionamiento y monitoreo del desempeño de empresas públicas, apuntando al reforzamiento del sistema. Esta agencia participará en el nombramiento de altos directivos, velando por instaurar procesos que velen por la meritocracia en su selección. También velará porque las empresas públicas cumplan con sus objetivos corporativos y económicos de corto, mediano y largo plazo, separando esta supervisión de los objetivos políticos del gobierno de turno;
- Un mandato a que las empresas públicas operen con autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales. Las empresas del Estado operarán bajo criterios de eficiencia, racionalidad y rentabilidad.

**6. La creación y la investigación científica, así como la innovación tecnológica, serán incentivadas y apoyadas por el Estado**, como forma de asegurar la respectiva libertad y autonomía o el refuerzo de la competitividad y la articulación entre las instituciones científicas y las empresas estatales, privadas o bajo alianza público-privada.



53. Según se establece en el Informe *Evaluación de las Asociaciones Público-Privadas en Infraestructura* Oficina de Evaluación y Supervisión, del Banco Interamericano de Desarrollo, año 2017, las asociaciones público-privadas pueden ayudar a superar algunas de las principales limitaciones que los Estados encuentran para desarrollar proyectos de inversión de alto costo (p. ej., en infraestructura), como son la búsqueda de las mejores soluciones (diseño de proyectos), restricciones presupuestarias para comprometer capital a largo plazo y las vicisitudes propias de los ciclos políticos.