



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE POSTGRADO

MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIONES

POTESTAD ORGANIZATIVA DEL ESTADO EN LOS MINISTERIOS

ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A LA TESIS

POR ALEJANDRO MATAMALA PÉREZ

PROFESOR GUÍA: CLAUDIO MORAGA KLENNER

SANTIAGO, CHILE

2019

INDICE

I. Introducción.....	4
II. Sistematización y Análisis de las disposiciones jurídicas que rigen a los Ministerios. Identificación de las tendencias constitucionales y legislativas.....	6
III. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de organización interna de los Ministerios.....	29
IV. Visión doctrinaria en materia de organización de los Ministerios. La Jurisprudencia de Contraloría General de la República.....	34
V. Derecho comparado. El caso español.....	39
VI. Conclusión.....	43
VII. Bibliografía.....	45

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Para mayor comodidad del lector, se ha utilizado en el texto el sistema de abreviaturas que se indica a continuación:

CGR	:	Contraloría General de la República
CPR	:	Constitución Política de la República de Chile de 1980
DFL	:	Decreto con Fuerza de Ley
DL	:	Decreto Ley
LOCBGAE	:	Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado
N°	:	Número
P.	:	Página
PP.	:	Páginas
STC	:	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional

INTRODUCCIÓN.

La Potestad organizativa del Estado en los Ministerios es una atribución que el ordenamiento jurídico entrega al Presidente de la República y a ciertas autoridades administrativas que les permite intervenir en la dirección y organización de los organismos que administran desde su instalación y durante toda su vigencia.

El Tribunal Constitucional Chileno ¹ la define como la atribución que el ordenamiento jurídico entrega a ciertas autoridades para intervenir en el diseño de la organización.

La definición de Potestad organizativa del Estado se ha construido tomando como base el estudio y análisis de una serie de normas dictadas desde el comienzo de la República, pasando por las Constituciones Políticas, leyes y jurisprudencia tanto judicial como administrativa, cuya evolución obedece a diferentes etapas históricas y realidades administrativas.

En las siguientes líneas se expondrán los preceptos que han sido fuente de la fisonomía institucional de los Ministerios como órganos de la Administración y las diferentes instituciones o potestades estatales que han intervenido en dicha conformación.

Desde 1810 a la fecha, la Potestad organizativa se ha manifestado en las Carteras de Gobierno, a través del poder constituyente, el órgano legislativo, sentencias del Tribunal Constitucional, dictámenes de la Contraloría General de la República, Reglamentos del Presidente de la República y también, y en el último tiempo, a través de actos administrativos de los propios Ministros y Subsecretarios. El tránsito de estas manifestaciones jurídicas desde el origen hasta el día de hoy, devela normas que han ido consolidándose en la institución sobre un contexto originalmente rígido en su regulación hasta la existencia de una mayor flexibilidad al momento de crear y organizar un Ministerio.

¹ STC N° 2.367-2012, considerando décimo segundo.

En el presente trabajo se observarán las diferentes manifestaciones que la potestad organizativa del Estado ha tenido y tiene hasta el día de hoy en la materia.

II.- SISTEMATIZACIÓN Y ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS QUE RIGEN A LOS MINISTERIOS. IDENTIFICACIÓN DE LAS TENDENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGISLATIVAS.

En nuestra historia republicana el origen del cargo de Ministro se encuentra en el primer reglamento de la Junta de Gobierno de 1810. El 5 de octubre de ese año, se sancionó el primer estatuto de la institución colegiada, señalándose en él que el despacho de los actos públicos estaría a cargo de dos oficinas, el “*Departamento de Gobierno y Guerra*”, cuya secretaría estaría a cargo de don Gaspar Marín y el “*Departamento de la Real Hacienda*”, designándose como secretario de este a don José Gregorio Argomedo. Un mes después, el 5 de diciembre, este reglamento se reemplazó por uno nuevo que consagró el cargo de asesor de la Junta de Gobierno, quién debía otorgar su dictamen para que el Presidente del organismo librara las providencias de sustanciación en todos los expedientes y negocios. Así fue naciendo un cargo relacionado con el despacho de documentos y con características de asesor.

Luego vino el Reglamento Constitucional Provisorio de 1811 que no innovó en la materia y el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812 que fue el último en encargar el gobierno de Chile a una Junta. Este reglamento incorporó dos cargos de secretario señalando que eran “*uno para los negocios del reino y el otro para las correspondencias de fuera*”. En 1814 se dictó el siguiente reglamento constitucional que creó el título de Director Supremo y aumentó el número de secretarios a tres, uno de “*gobierno*”, otro de “*hacienda*” y otro de “*guerra*”, estos durarían 5 años en sus cargos pudiendo ser reelegidos en Junta de Corporaciones², por tanto, no eran de exclusiva confianza del Director Supremo quién duraría sólo 18 meses en su puesto, con posibilidad de ser relecto por la Municipalidad en conjunto con el Senado. Este reglamento constitucional dejó de existir sólo unos meses después de su entrada en vigencia, junto con la patria vieja.

En la patria nueva, la primera Carta Constitucional fue la provisoria de 1818 que estableció un capítulo denominado “*De los Departamentos o Secretarías del Poder Ejecutivo*” utilizándose por primera vez la palabra “*Ministro*” para quienes desempeñasen

² La Junta de Corporaciones era una asamblea formada por el Senado, el Cabildo, el Cuerpo Militar y la Catedral de Santiago, entre otras instituciones de la época.

esta función. El nombramiento de Ministro era privativo del Director Supremo y amovible a su voluntad. Así los tres primeros Ministerios de nuestra historia republicana fueron los de “Estado”, “Hacienda” y “Guerra”. El 25 de septiembre de 1821, cumpliendo con el capítulo III de la Constitución³, se dictó por el Senado y el Poder Ejecutivo el primer reglamento para los Ministros, el cual sólo indicaba que eran responsables de sus respectivos despachos, que no debía afianzarse la calidad de Ministro ya que la persona, el honor y los bienes de dichos empleados constituían garantías suficientes de las resultas de su función, y que quedaban sujetos al juicio de residencia.

El 12 de agosto de 1822, O'Higgins con el propósito de agilizar el despacho de los asuntos del gobierno dictó el primer decreto delegatorio de firma del Primer Mandatario en los Ministros de Estado y creó el cargo de Subsecretario. El documento decía: *“Retardándose las resoluciones por esperar los Ministros la firma de esta supremacía, en los decretos de pura sustanciación /.../ he venido en decretar y decreto: Artículo 1°. Todo decreto de sustanciación se firmará solamente por el Ministro y el respectivo Subsecretario, en cuya clase quedan los que antes se denominaban oficiales mayores, reservándome firmar los decretos de pago; los autos definitivos y cualesquiera otros que envuelvan la calidad de tales.”*. En el artículo 2° se estableció además la regla que rige hasta el día de hoy consistente en que los Ministros son subrogados por su respectivo Subsecretario⁴.

³ No es que la Constitución haya encomendado dictar un reglamento sobre esta materia, sino que el artículo 6° de la Constitución señalaba que todas las leyes y reglamentos debían dictarse en conjunto por el Senado y el Director Supremo: “Artículo 6. Toda nueva ley o reglamento provisional que haga el Senado; toda abolición de las leyes incompatibles con nuestra independencia; toda reforma o nuevo establecimiento en los diferentes cuerpos, institutos, departamentos y oficinas del Estado, como también las adiciones, y correcciones de los reglamentos que han regido y rigen, se consultarán, antes de publicarlos, con el Director Supremo, quien en el término de ocho días, a más tardar, deberá expresar su consentimiento para su publicación, exponiendo oficialmente al Senado las razones fundamentales de su oposición. En el caso de aprobación, se publicará inmediatamente el nuevo reglamento, adición, etc., en la forma siguiente: “El Excelentísimo Supremo Director del Estado de Chile, de acuerdo con el Excelentísimo Senado”.”

⁴ El artículo 25 de la LOCBGAE dice: “El Ministro será subrogado por el respectivo Subsecretario y, en caso de existir más de uno, por el de más antigua designación”. También el Artículo 2° del D.L. N° 1.028, de 1975 estipula: “En su calidad de colaboradores inmediatos del Ministro y de confianza exclusiva del Presidente de la República, los Subsecretarios deberán cumplir, especialmente y sin perjuicio de las demás atribuciones que les señalen las leyes y reglamentos,

Esta práctica se mantiene hasta el día de hoy existiendo varios decretos delegatorios como aquel, por ejemplo, el Decreto Supremo N° 924, de 1981, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Decreto Supremo N° 19, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

Casi dos meses después del decreto de O'Higgins, el 30 de octubre de 1822 se promulgó la nueva Constitución que reemplazó el nombre del capítulo referido a estos funcionarios llamándose ahora "*De los Ministros de Estado*", estableciendo tres Ministros Secretarios de Estado para el despacho de los negocios, el de "*Gobierno y Relaciones Exteriores*", el de "*Hacienda*" y el de "*Guerra y Marina*". Fue la primera Constitución que otorgó al Director Supremo la facultad de reunir en un sólo individuo dos Ministerios por tiempo determinado, sin que pudiera reunirlos todos en uno, o subdividirlos en más de tres sin el consentimiento del Congreso. Así fue que el 10 de abril de 1823 el Director Supremo hizo uso de esta facultad dictando un decreto que dividió la Secretaría de Relaciones Exteriores y Gobierno en dos secciones, cada una a cargo de un Subsecretario.

La Constitución de 1822 estableció que los Ministros son responsables de todas las providencias, órdenes y decretos que suscriban, y que las órdenes del Director Supremo no serían obedecidas en sus respectivos Departamentos, sin la firma del correspondiente Ministro del despacho. Estas autoridades debían proponer además al Director Supremo los oficiales de su despacho, denominándose Subsecretario el oficial mayor, quién firmaría por el Ministro en ausencia de este. Es la única Carta Fundamental de nuestra historia que consagró el cargo de Subsecretario. Por último, la Constitución añadió que todo decreto de substanciación se firmaría solamente por el Ministro y Subsecretario respectivo, reservando únicamente los decretos de pago⁵ y las

las siguientes funciones: a) Subrogar al Ministro en caso de ausencia temporal o impedimento transitorio para el cumplimiento de las funciones de su cargo, /.../ En caso de existir en una misma Secretaría de Estado dos o más Subsecretarios, la subrogación del Ministro corresponderá al de más antigua designación y, de ser ésta coincidente, al que preceda en el correspondiente decreto supremo de nombramiento.

⁵ Esta materia hoy ya se encuentra delegada en el Decreto Supremo N° 924, de 1981, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Artículo 1º.- Las materias que a continuación se señalan serán suscritas por las autoridades que se indican con la fórmula "Por orden del

resoluciones definitivas a la firma del Director Supremo.

Como bajo Constitución anterior se dictó un reglamento para los ministros, sin que ella lo estipulara, esta Carta Fundamental vino a encomendar expresamente dicha tarea en el artículo 126, diciendo que las atribuciones de los Ministros se fijarían por un reglamento que presentará el Poder Ejecutivo al Legislativo para su aprobación⁶.

La siguiente Constitución de 1823, conservó el capítulo correspondiente con el mismo título que la anterior "*De los Ministros de Estado*", pero fue más concisa, indicó que seguirían existiendo tres Ministerios sin señalar ahora sus nombres, mantuvo la responsabilidad de firma indicando que cada Ministro responde personalmente de los actos que suscriba y agregó que esta responsabilidad será in solidum en los actos que acordaren en común. Incorporó requisitos para ser Ministro, los que consistían en tener la ciudadanía, treinta años de edad, probidad y notoria suficiencia. Si la Constitución anterior prescribía que las órdenes del Director Supremo no serían obedecidas en sus respectivos Departamentos sin la firma del Ministro, esta Constitución fue más clara en la materia pues expresamente prohibió al Director Supremo expedir alguna orden sin que fuera suscrita por el respectivo Ministro, siendo estas normas los antecedentes del actual artículo 35 inciso 1° de la Constitución de 1980 que dice: "*Los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito*", y del artículo 36 que expresa: "*Los Ministros serán responsables individualmente de los actos que firmaren y solidariamente de los que suscribieren o acordaren con los otros Ministros.*".

Como ahora los nombres de los Ministerios no se encontraban en la Constitución, el 14 de agosto de 1824 el Director Supremo Ramón Freire, mediante decreto cambió el nombre del "*Ministerio de Gobierno*" al de "*Ministerio del Interior*", pues según fundamentó: "*sus atribuciones son relativas a todos los negocios peculiares del país, y el título de Ministerio de Gobierno es un error aplicarlo especialmente a este, cuando*

Presidente de la República": II. SUBSECRETARIO DE JUSTICIA. : 3.5.- Cumplimiento de sentencias ejecutoriadas que afecten el interés fiscal.

⁶ No existe constancia de que se haya dictado este reglamento en el Boletín de Leyes y Decretos del Gobierno que se encuentra en la Biblioteca del Congreso Nacional.

todos los ministerios son propiamente de Gobierno mediante a que emanan de él.

Al igual que la Constitución anterior el artículo 27, prescribía que Los negocios y régimen interior de cada Departamento se fijarán por un reglamento, que formará el Gobierno y sancionará el Senado.

Las leyes publicadas el 8 y 14 de julio de 1826 cambiaron el título de Director Supremo por el de Presidente de la República y establecieron el sistema federal de gobierno, estipulando que la Constitución del nuevo régimen se presentaría prontamente. En el ínterin se dictó una ley el 14 de febrero de 1827 que estableció como atribución provisoria del Poder Ejecutivo, entre otras, nombrar los Secretarios del Despacho, pero ahora con el acuerdo de la Legislatura y removerlos a su voluntad. El 19 de enero de 1828 se dictó un decreto para facilitar el despacho y hacer más expedito el servicio de los Ministerios de Estado, estableciendo que: *“La correspondencia oficial con todas las autoridades de la República, incluso los mismos Ministros de Estado, será firmada por sólo el Ministro respectivo, sin que sea necesaria la rúbrica marginal del Jefe Supremo de la República”*, quedaban exceptuadas de esta regla las comunicaciones a la legislatura nacional.

La Constitución que concretaría el sistema federal nunca se presentó, entrando a regir en 1928 una nueva Constitución que mantuvo el régimen unitario de gobierno y consagró por primera vez el cargo de Presidente de la República, volvió a hacer residir en el Primer Mandatario la atribución de nombrar y remover sin expresión de causa a los Ministros Secretarios del Despacho, manteniéndose la prohibición de expedir órdenes sin la firma de estos, pero añadiendo ahora que sin este requisito, ningún individuo sería obligado a obedecerlas. Consagró un párrafo denominado *“De los Ministros Secretarios de Estado”*, muy breve, en el cual se estipuló que habría tres Ministros Secretarios de Estado para el Despacho, sin indicar sus nombres, redujo a dos los requisitos para ser Ministro –ser ciudadano por nacimiento, y tener treinta años de edad–, y agregó que los Ministros tendrían la obligación de dar cuenta anualmente del estado de sus ramos a las cámaras del Congreso.

Como se observa, las dos últimas constituciones, de 1823 y 1828, ya no incluían los nombres de los Ministerios, lo que puede entenderse como una señal de que en esa época ya fuera considerada una materia propia de ley, recogiendo luego esa idea expresamente en la constitución de Portales. No obstante ello recordemos que Ramón Freire, mediante decreto cambió el nombre de un Ministerio.

El Código Político de 1833 mantuvo la atribución del Presidente de la República de nombrar y remover a su voluntad a los Ministros. El párrafo pertinente pasó a llamarse “*De los Ministros del Despacho*”, reemplazó los requisitos para ocupar el cargo requiriéndose ahora, haber nacido en el territorio de la República y tener las calidades que se exigen para ser miembro de la Cámara de Diputados, lo cual implicaba tener una renta de quinientos pesos a lo menos y estar en posesión de los derechos de ciudadano elector⁷. Estableció además la plena compatibilidad entre las funciones de Ministro y Senador o Diputado. En su artículo 84 consagró: “*El número de los Ministros y sus respectivos Departamentos serán determinados por la ley*”, norma que es antecesora del actual artículo 33 inciso 2° de la Constitución de 1980, en la que se reemplaza la palabra “*Departamento*” por “*Organización*”.

Cuarenta días después de publicada esta Constitución se dictó un decreto presidencial que estableció el primer orden de subrogación de los tres Ministros existentes, indicando que el Ministro del Interior y Relaciones Exteriores suplirá por el de Hacienda, éste por el de Guerra y Marina, y el de Guerra y Marina por el primero. Las comunicaciones a los Presidentes de las Cámaras Legislativas llevarían la firma entera del Presidente de la República y del Ministro a cuyo Departamento corresponda el asunto, al igual que los decretos que recayeren sobre solicitudes de particulares, consultas y todo género de comunicaciones a tribunales, oficinas y empleados públicos si mandan o deciden definitivamente, pero siendo de mera sustanciación, o remisivos de

⁷ Según el artículo 8° de la Constitución, eran ciudadanos activos con derecho a sufragio: Los chilenos que habiendo cumplido veinticinco años, si son solteros, y veintiuno, si son casados, y sabiendo leer y escribir tengan alguno de los siguientes requisitos: 1°. Una propiedad inmueble, o un capital invertido en alguna especie de giro o industria. El valor de la propiedad inmueble, o del capital, se fijará para cada provincia de diez en diez años por una ley especial; 2°. El ejercicio de una industria o arte, el goce de algún empleo, renta o usufructo, cuyos emolumentos o productos guarden proporción con la propiedad inmueble, o capital de que se habla en el número anterior.

asuntos a otro Ministerio o autoridad cualquiera, por corresponderle a ese su conocimiento y resolución, serán observados y cumplidos sólo con la firma del Ministro, al igual que las leyes, órdenes y decretos que éstos transcriban.

En cumplimiento del aludido artículo 84 de la Constitución, el 1° de febrero de 1837, se dictó la primera ley que reguló la organización de los Ministerios marcando un hito en la historia de la potestad organizativa del Estado sobre estos órganos, ya que luego de ella vendrían otras leyes, comenzando aquí la época de regulación legislativa de las Secretarías de Estado, en reemplazo de la Constitución como anteriormente había ocurrido.

Esta ley aumentó el número de Secretarías a cuatro: “*Ministerio del Interior*”, que abrazaría los ramos de gobierno interior, relaciones exteriores, policía y todo lo que no esté expresamente señalado a otros Ministerios. El “*Ministerio de Justicia, Culto e Instrucción Pública*”, el “*Ministerio de Hacienda*” que abrazaría los ramos de hacienda, comercio interior y exterior, minería, industria y agricultura, y el “*Ministerio de Guerra y Marina*”. Se constata que casi todos los ramos que abordaban estas cuatro Secretarías con el tiempo se fueron transformando también en Ministerios.

A cada uno de estas Carteras de Gobierno la ley encomendó funciones determinadas y estableció su planta de empleados, por el ejemplo, el Ministerio del Interior o también llamado Departamento del Interior lo integraban 4 funcionarios llamados oficiales, los grados de estos oficiales eran mayor, primero, segundo y tercero, un oficial de partes y un portero. El “*Departamento de Relaciones Exteriores*” tenía cuatro funcionarios también llamados oficiales, el Ministerio de Justicia comenzó con 5 oficiales, el Ministerio de Hacienda con 6 y al Ministerio de Guerra dividido en un Departamento de Guerra y otro de Marina se le asignó un total de 9 funcionarios, todos también llamados oficiales.

Desapareció el nombre de Subsecretario restituyéndose el de Oficial Mayor para el cargo. Se consagró una nueva regla de subrogación consistente en que al Presidente de la República le correspondería, en casos de enfermedad o ausencia de un Ministro, nombrar de entre los demás el que haya de sustituirlo en el despacho.

Ese fue el panorama normativo hasta el 29 de julio de 1853 cuando el presidente Manuel Montt promulgó una ley que en su artículo 1° estipuló: *“Habrá en los Ministerios [También llamados Departamentos] Oficiales Mayores, jefes de sección, oficiales de número i auxiliares”*. En el artículo 2°: *“Los Oficiales mayores, como jefes inmediatos de las oficinas, tienen la dirección jeneral de los trabajos, la inspección sobre el desempeño de los empleados del respectivo Ministerio, i la responsabilidad del servicio interno. Les corresponde enterarse de todos los negocios que corran por el Ministerio, distribuirlos entre las varias secciones, i preparar o hacer que se preparen los decretos, órdenes o notas que exijieren para someterlos al Ministro, así como el ejecutar todos los trabajos que este les señalare. El sello o sellos de cada Ministerio estarán al cuidado del respectivo oficial Mayor”*.

Vemos así como esta ley estableció por primera vez una estructura general y común para todos los Ministerios otorgando al Oficial Mayor el perfil inicial de lo que hoy es el Subsecretario. Si hacemos un cuadro entre las labores que esa ley encomendó al Oficial Mayor y las que actualmente tienen los Subsecretarios podemos observar lo siguiente:

Ley de 1853	Leyes Actuales
Los oficiales mayores son jefes inmediatos de las oficinas.	En cada Ministerio habrá una o más Subsecretarías, cuyos jefes superiores serán los Subsecretarios (Artículo 24 LOCBGAE)
Tienen la dirección general de los trabajos y la responsabilidad del servicio interno.	Ejercen la administración interna del Ministerio (Artículo LOCBGAE) La responsabilidad especial de la administración y servicio interno del Ministerio (Artículo 1° DL N° 1.028).

La inspección sobre el desempeño de los empleados del respectivo Ministerio.	Los Subsecretarios de Estado tienen el carácter de jefes superiores de servicios centralizados (Dictamen CGR N° 35.980, de 2008).
Les corresponde enterarse de todos los negocios que corran por el Ministerio, distribuirlos entre las varias secciones.	Deberán estar informados permanentemente de todos los asuntos relacionados con su esfera de acción institucional, debiendo el Ministro comunicarles oportunamente los Planes, Programas y decisiones de su competencia (Artículo 1° DL N° 1.028).
Preparar o hacer que se preparen los decretos, órdenes o notas que exigieren para someterlos al Ministro.	Presentar la documentación para conocimiento y firma del Presidente de la República (Artículo 2°, letra h) DL N°1.028).
Ejecutar todos los trabajos que el Ministro les señalare.	Ejercer las atribuciones o ejecutar las tareas que el Ministro le delegue (Artículo 2°, letra f) DL N°1.028). Tendrán el carácter de colaboradores inmediatos de los Ministros (Artículo 24 LOCBGAE).
El sello o sellos de cada Ministerio estarán al cuidado del respectivo oficial mayor.	Les corresponderá actuar como ministros de fe (Artículo LOCBGAE). Rectificar los decretos ya firmados por el Presidente de la República y por el Ministro respectivo o por éste, en su caso, sólo para corregir errores manifiestos de escritura o numéricos. (Artículo 2°, letra i) DL N° 1.028).

Respecto de las últimas funciones, estimamos que el estar a cargo de los sellos en cada Ministerio podría considerarse el origen de que hoy se le asigne la categoría de ministro de fe.

El nuevo organigrama de los ministerios, incluía además del oficial mayor, por primera vez un cargo que no se denominaba “oficial” sino “jefe de sección”, quién, según el artículo 4º, estaba encargado de reunir los datos o antecedentes relativos a los negocios que le correspondían, y preparar los trabajos que el caso requiera.

Los oficiales ahora dejaban de individualizarse como oficial primero, segundo etc., y pasaban a denominarse genéricamente “oficiales de número”. El artículo 5º encargó a estos empleados desempeñar las funciones que exija el despacho de los asuntos que corrieren por su respectiva sección y las que exijan el curso y despacho de todos los asuntos del Ministerio. A pesar que desaparecía las categorías de oficial primero, segundo etc., denominándose todos “oficiales de número”, el sueldo de ellos no era igual para todos, ya que el artículo 9º de la Ley establecía: *“Los empleados en los diversos Ministerios que, puesta en ejecución esta lei, quedaren en la clase de oficiales de número, continuarán gozando los sueldos de que están en posesión”*. Se observa algo similar hoy entre los funcionarios de los Ministerios que tienen diferente sueldos asociados a su grado.

El puesto de auxiliar se incluyó también en la nomenclatura legal señalando: *“Los oficiales auxiliares prestarán los mismos servicios que los de números cuando las necesidades de la oficina exigieren su nombramiento”*.

Esta ley aumentó el número de Departamentos o Ministerios a seis, 1) Relaciones Exteriores; 2) Interior; 3) Justicia; 4) Hacienda; 5) Guerra; y, 6) Departamento de Marina. Estableció, por último, la Planta de cada Departamento, así por ejemplo, en el departamento de Justicia, la planta se componía de un oficial mayor, dos jefes de sección; el primero para los ramos de Justicia y Culto, y el segundo para la Instrucción Pública. Dos oficiales de número en cada sección y otro para la oficina del oficial mayor.

Esa ley rigió hasta el 21 de junio de 1887, fecha en que se publicó la siguiente ley general que buscaba organizar estas entidades y que volvió a aumentar su número ahora a siete Ministerios o Departamentos de Estado, 1) Del Interior; 2) De Relaciones Exteriores y Culto; 3) De Justicia e Instrucción Pública; 4) De Hacienda; 5) De Guerra; 6) De Marina; y, 7) De Industria y Obras Públicas.

Los Departamentos de Guerra y Marina estarían a cargo de un solo Ministro con dos Subsecretarios, ya que esta ley reestableció el cargo de Subsecretario señalando: *“Habrá en cada Departamento de Estado un Sub-Secretario que será el jefe de la respectiva oficina i tendrá la responsabilidad del servicio interno”*. *“Corresponde al Sub-Secretario: 1.º La dirección jeneral de los trabajos de la secretaría; 2.º El estudio i preparación de todos los asuntos que deban someterse a la resolución del Ministro, tanto en lo concerniente a la marcha ordinaria del servicio, cuanto en las reformas o innovaciones que convenga introducir en él; 3.º Firmar los oficios en que se transcriban decretos espeditos por el Presidente de la República; como asimismo, usando de la fórmula "por el Ministro"⁸, las providencias que exija la tramitación de los asuntos pendientes ante el Departamento; 4.º Autorizar las copias de los documentos del respectivo Departamento i, previa solicitud del interesado, certificar la existencia de dichos documentos; 5.º Legalizar las firmas de los funcionarios dependientes del Departamento”*.

Si hacemos un nuevo cuadro entre las labores que esta ley encomendó al Subsecretario, las que establecía la Ley de 1853 al Oficial Mayor y las que actualmente ostentan los Subsecretarios podemos observar lo siguiente:

Ley de 1853	Ley de 1887	Leyes Actuales
Los oficiales mayores son jefes inmediatos de las oficinas.	Habrá en cada Departamento de Estado un Sub-Secretario que será el jefe de la respectiva oficina	En cada Ministerio habrá una o más Subsecretarías, cuyos jefes superiores serán los Subsecretarios (Artículo 24 LOCBGAE)

⁸ Primera vez que vemos se consagra expresamente esta fórmula para la delegación de firma.

<p>Tienen la dirección general de los trabajos y la responsabilidad del servicio interno.</p>	<p>Corresponde al Sub-Secretario la dirección general de los trabajos de la secretaría.</p>	<p>Ejercen la administración interna del Ministerio (Artículo 24 LOCBGAE) La responsabilidad especial de la administración y servicio interno del Ministerio (Artículo 1° DL N° 1.028).</p>
<p>La inspección sobre el desempeño de los empleados del respectivo Ministerio.</p>	<p>Los Subsecretarios de Estado tienen el carácter de jefes superiores de servicios centralizados (Dictamen CGR N° 35.980, de 2008).</p>	
<p>Les corresponde enterarse de todos los negocios que corran por el Ministerio, distribuirlos entre las varias secciones.</p>	<p>Deberán estar informados permanentemente de todos los asuntos relacionados con su esfera de acción institucional, debiendo el Ministro comunicarles oportunamente los Planes, Programas y decisiones de su competencia (Artículo 1° DL N° 1.028).</p>	
<p>Preparar o hacer que se preparen los decretos, órdenes o notas que exigieren para someterlos al Ministro.</p>	<p>El estudio y preparación de todos los asuntos que deban someterse a la resolución del Ministro.</p>	<p>Presentar la documentación para conocimiento y firma del Presidente de la República, (Artículo 2°, letra h) DL N°1.028).</p>

Ejecutar todos los trabajos que el Ministro les señalare.

Ejercer las atribuciones o ejecutar las tareas que el Ministro le delegue (Artículo 2°, letra f) DL N° 1.028).

Tendrán el carácter de colaboradores inmediatos de los Ministros (Artículo 24 LOCBGAE).

Firmar los oficios en que se transcriban decretos expedidos por el Presidente de la República; como asimismo, usando de la fórmula "*por el Ministro*", las providencias que exija la tramitación de los asuntos pendientes ante el Departamento.

Firmar por el Ministro la documentación que éste determine, salvo los decretos supremos (Artículo 2°, letra g) D.L.1.028).

El sello o sellos de cada Ministerio estarán al cuidado del respectivo oficial mayor.

Autorizar las copias de los documentos del respectivo Departamento y previa solicitud del interesado, certificar la existencia de dichos documentos. Legalizar las firmas de los funcionarios dependientes del Departamento.

Les corresponderá actuar como ministros de fe (Artículo 24 LOCBGAE).

Rectificar los decretos ya firmados por el Presidente de la República y por el Ministro respectivo o por éste, en su caso, sólo para corregir errores manifiestos de escritura o numéricos. (Artículo 2°, letra i) DL N° 1.028).

La nueva ley reemplazó la estructura general de los Ministerios que quedaba compuesta ahora, además del Subsecretario, por los “*jefes de sección, oficiales de partes, archiveros i oficiales de número de 1.ª i 2.ª clase.*”.

El artículo 15 de esta ley estipuló que en casos de inhabilidad temporal o ausencia del Subsecretario de Estado, sus atribuciones serán desempeñadas por el Jefe de sección que el Presidente de la República designe. Esta práctica se mantiene hasta el día de hoy, así por ejemplo, mediante Decreto Supremo Exento N° 2.537, de 2017, el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, por orden del Presidente de la República designó como primer subrogante del Subsecretario de Justicia al Jefe de la División Jurídica y como segundo subrogante al Jefe de la Oficina de Planificación y Presupuesto⁹.

A los jefes de sección les confirió la dirección inmediata de sus respectivas secciones y la responsabilidad de los trabajos que se les encomienden. Debían adquirir un conocimiento completo de las leyes, decretos y antecedentes relativos a los asuntos comprendidos en sus respectivas secciones, como asimismo, de los establecimientos e instituciones, trabajos y funcionarios que dependan del departamento en el ramo correspondiente, que son, en la práctica, labores similares a las que hoy le corresponde a un jefe de División. Así también, aquella ley asignó funciones genéricas a los oficiales de parte, archiveros y oficiales de número.

Estableció además, las plantas y funciones de cada Ministerio e indicó el orden de precedencia de estos para los casos de ausencia, enfermedad o renuncia de alguno de los Ministros, traspasó los temas de culto del Departamento de Justicia al Departamento de Relaciones Exteriores y creó el Departamento de Industria y Obras Públicas, hoy Ministerio de Obras Públicas.

⁹ El fundamento de esto se encuentra hoy en el artículo 81 del Estatuto Administrativo según el cual, la autoridad facultada para efectuar el nombramiento puede determinar el orden de subrogación, y en el Decreto Supremo delegatorio de firma N° 19, de 2001, del Ministerio Secretaria General de la Presidencia.

En sus disposiciones transitorias encomendó al Presidente de la República vía reglamento determinar los deberes especiales de cada Departamento y sus empleados, así como señalar las reglas de orden interno de la oficina.

Vemos aquí, por tanto, la primera remisión expresa de la ley a la Potestad Reglamentaria en materia de organización interna de los Ministerios. Así como en 1833 la Constitución encomendó este tema a la Ley, ahora en 1887 la ley lo encomendó al reglamento.

En virtud de dicho artículo transitorio se comenzó a dictar por el Presidente de la República los primeros reglamentos de estas entidades, por ejemplo, el 1° de agosto de 1887 de dictó el Reglamento para el Ministerio del Interior que organizaba este ministerio en dos secciones: “*Sección de Gobierno, Correos y Telégrafos*”, y “*Sección de Municipalidades, Beneficencia y Estadística*”. Reguló lo que correspondería hacer a cada una de estas secciones y las funciones del Subsecretario, replicando básicamente lo indicado en la Ley del 21 de junio de ese año. Estableció la planta de empleados de las secciones e instruyó que al Oficial de Partes le corresponde llevar un libro de numeración de los decretos. Instauró además el horario laboral de los jefes de sección y demás empleados del Ministerio, los cuales debían asistir diariamente a la oficina desde las once de la mañana hasta las cinco de la tarde e indicó que los empleados que sin permiso del jefe de oficina, o que sin justificar su inasistencia faltaren tres días consecutivos, podrían ser privados por el Subsecretario del sueldo que les corresponde.

El 16 de abril de 1889 se dictó también el primer Reglamento para el Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, con una sección de Justicia y otra de Instrucción Pública. El 7 de mayo de 1890 se dictó el Reglamento para el Ministerio de Guerra.

Así se mantuvo el esquema normativo hasta la Constitución de 1925, dictándose solamente, durante este periodo, leyes que trasladaban labores de un Ministerio a otro, por ejemplo, el 24 de noviembre de 1888 una ley trasladó el ramo de colonización del Ministerio de Industria y Obras Públicas al de Relaciones Exteriores y Culto. La Ley N° 1.296, de 1899 dividió en dos Departamentos el Ministerio de Justicia e Instrucción Pública. Uno pasó a llamarse Ministerio de Justicia y el otro Ministerio de Instrucción

Pública, siendo ambos servidos por un solo Ministro.

Con la Constitución de 1925 se mantuvo como atribución del Presidente de la República nombrar los Ministros de Estado a su voluntad y agregó también a los oficiales de sus Secretarías. En el Capítulo V, denominado “*Presidente de la República*” se consagró un párrafo titulado “*Ministros de Estado*”, en el que se replicó la Constitución anterior en lo relativo a que el número de Ministros y sus respectivos Departamentos serían determinados por ley.

En suma, para esa época, todo lo vinculado con servicios públicos y su creación, atribuciones, funcionamiento y organización debían estar reservados exclusivamente a la ley¹⁰. Ello implicaba la necesidad de que esta ley tuviera carácter de permanente, y su contenido no se agotara en la definición de las funciones y organizaciones y atribuciones que se confieren a sus órganos, sino que además contemplara la división o estructura interna del servicio y disponer los recursos materiales, personales y financieros que permitieran su funcionamiento. De esta manera, la autoridad administrativa en ningún caso podía detentar potestad organizativa, salvo aquellas organizaciones que ejercían funciones de asesoría, cuya creación si quedaba dentro del ámbito decisorio de dicha autoridad, entendiendo que aquellas no constituían el ejercicio de una potestad pública.

En el año 1927, y con el fin de reducir el gasto público, se publicó la Ley N° 4.156 que autoriza al Presidente de la República para reorganizar los servicios de la Administración fijando sus plantas, sueldos de personal y las funciones o atribuciones de orden administrativo que le correspondan.

Como consecuencia de esa ley, el 5 de diciembre de 1927 se publicó el DFL N° 7.912, del Ministerio del Interior, vigente hasta el día de hoy, que organizó las Secretarías de Estado y derogó todas las leyes existentes sobre organización de los Ministerios, en lo que le sean contrarias. Es la última ley que intentó regular a todos los Ministerios en un solo cuerpo normativo. Aumentó a nueve las Secretarías de Estado indicando las

¹⁰ MORAGA KLENNER, CLAUDIO. La Potestad de Organización de las Administraciones Chilenas. Santiago 2014. pp. 5-6.

funciones de cada uno de ellos: 1) Interior; 2) Relaciones Exteriores; 3) Hacienda; 4) Educación Pública; 5) Justicia; 6) Guerra; 7) Marina; 8) Fomento; y, 9) Bienestar Social.

Estableció el orden de precedencia de los Ministerios pudiendo el Presidente de la República modificarlo, así como encomendar a una misma persona más de un Ministerio.

En el artículo 13 indica: *“El Ministro, como representante del Presidente de la República es el jefe inmediato de todos los servicios y funcionarios públicos dependientes de su Ministerio”*. El artículo 14, por su parte señala: *“en cada Ministerio habrá Subsecretarías que tendrán a su cargo, además de la colaboración general directa con el Ministro, la responsabilidad especial de la administración y servicio interino del Ministerio y de los asuntos que no correspondan a organismos técnicos determinados”*.

En esta época se estaban comenzando a crear los primeros servicios públicos, no existía la distinción entre servicio centralizado y descentralizado y los Subsecretarios no tenían la calidad de jefes superiores de servicios centralizados que hoy le otorga la CGR (Dictamen N° 35.980, de 2008) Era lógico que en esa época se considerara al Ministro, como el jefe inmediato de todos los servicios y funcionarios públicos dependientes de su Ministerio.

Durante la vigencia de la Constitución de 1925 y posterior al citado DFL N° 7.912, de 1927, debido al crecimiento de los Ministerios, comenzó la práctica vigente hasta el día de hoy consistente en dictar leyes orgánicas particulares para cada uno de ellos, como por ejemplo, el DFL N° 294, de 1960, del Ministerio de Hacienda, que estableció las Funciones y Estructura del Ministerio de Agricultura, o la Ley N° 15.840, de 1964, que aprobó la Organización y Funciones del Ministerio de Obras Públicas, derogando la organización que el DFL N° 7.912 les había conferido.

Luego de aquel DFL N° 7.912, de 1927, la última ley general sobre la materia que de dictó antes de la Constitución de 1980, referida eso sí sólo a los Subsecretarios, es el Decreto Ley N° 1.028, de 1975, del Ministerio del Interior, también vigente hasta el día de hoy, y que ya mencionamos en los cuadros comparativos de las funciones del

Subsecretario con las leyes de 1953 y 1887.

La Carta Constitucional de 1980 (CPR) por su parte, conceptualiza, por primera vez, la función Ministerial al decir en su artículo 33: *“Los Ministros de Estado son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y administración del Estado”*.

Hasta ese momento ninguna Constitución había entregado un concepto general sobre la función de los Ministros, se habían limitado a estipular que les correspondía entender en los negocios relativos a sus destinos, o los negocios peculiares a sus despachos, en la constitución de 1818 y 1822, las restantes eliminaron tales expresiones limitándose a señalar algunas características propias del cargo, como por ejemplo, que estaban a cargo del despacho de los documentos, que eran responsables de las órdenes y decretos que suscribían, o que les correspondía firmar también las órdenes del Director Supremo.

El artículo 33 inciso 2°, de la Carta Fundamental establece: *“La ley determinará el número y organización de los Ministerios como también el orden de precedencia de los Ministros titulares”*.

Las leyes orgánicas de los Ministerios dictadas a principios de los años 80 se ajustaban al citado artículo 33 de la CPR ya que establecían básicamente su estructura u organización completa en la ley, así por ejemplo, la antigua Ley Orgánica del Ministerio de Justicia, contenida en el Decreto Ley N° 3.346 del mismo origen, y la Ley Orgánica del Ministerio de Bienes Nacionales sancionada en el Decreto Ley N° 3.274 del ex Ministerio de Tierras y Colonización, ambas de 1980, establecían y regulaban las unidades internas de los Ministerios y sus funciones.

Sin embargo, las actuales leyes orgánicas de los Ministerios son muy diferentes debido a la interpretación que durante el presente siglo se le ha dado a una disposición legal del año 1986. El 5 de diciembre de ese año se publicó la LOCBGAE N° 18.575, que en su artículo 24 (hoy artículo 27) estipula: *“En la organización de los*

Ministerios, además de las Subsecretarías y de las Secretarías Regionales Ministeriales, podrán existir sólo los niveles jerárquicos de División, Departamento, Sección y Oficina, considerando la importancia relativa y el volumen de trabajo que signifique la respectiva función”.

Esta es la tercera y última ley que ha establecido una estructura orgánica general de los Ministerios después de la leyes de 1853 y de 1887.

Dicha disposición de la LOCBGAE se dictó en virtud del artículo 38 inciso 1° de la Carta Fundamental que expresa: *“Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública.”*

De la interpretación del citado artículo 33 inciso 2° de la Constitución, se colige, en una primera aproximación, que la organización completa de un Ministerio debiera establecerse mediante ley ordinaria, sin embargo, ocurre que el artículo 27 de la LOCBGAE determina la organización básica de estos organismos de la Administración, y respecto de lo no contenido en esta última disposición, corresponde remitirse no a una ley ordinaria en virtud del indicado artículo 33 de la CPR, sino a la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República, consagrada en el artículo 32 N° 6 de la Carta Fundamental, con el objeto de regular todas aquellas materias que no encontrándose en dicho artículo 27 son necesarias para el funcionamiento del organismo.

Así entonces, un análisis adecuado de la naturaleza organizativa de los Ministerios, parte de la base de entender cómo interactúan los artículos 32 N° 6; 33 inciso 2° y 38 inciso 1° de la Constitución, junto con el artículo 27 de la Ley N° 18.575.

Veamos cómo han operado en la práctica, tomemos el siguiente ejemplo, el Decreto Ley N° 2.763, de 1979, del ex Ministerio de Salud Pública, que en lo que interesa, reorganiza el Ministerio de Salud, fue modificado por la Ley N° 19.337, de 2004, que incorporó el artículo 5°, inciso segundo, que dispuso: *“El Ministerio estará organizado en divisiones, departamentos, secciones y oficinas, considerando la*

importancia relativa y el volumen de trabajo que signifique la función."

Como puede advertirse, esta disposición solo se limitó a establecer la organización básica del Ministerio de Salud, sin expresar qué instrumento utilizaría para su determinación organizacional definitiva, pudiendo ser un reglamento o una simple resolución.

El reglamento orgánico del Ministerio de Salud, aprobado luego, por el Decreto Supremo N° 136, de 2004, del mismo origen, vino a establecer la organización definitiva de esta cartera de Estado disponiendo en su artículo 26 que: *"El Ministerio de Salud estará organizado en Divisiones, Departamentos, Secciones y Oficinas, considerando la importancia relativa y el volumen de trabajo que signifique la función. En la Subsecretaría de Salud Pública existirán las siguientes Divisiones: de Prevención y Control de Enfermedades; de Políticas Públicas Saludables y Promoción; de Finanzas y Administración Interna y de Planificación Sanitaria. De la Subsecretaría de Redes Asistenciales dependerán las siguientes Divisiones: de Gestión de la Red Asistencial; de Gestión y Desarrollo de las Personas y de Presupuesto e Inversiones"*.

En este ejemplo cabe preguntarnos si se cumplió lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 33 de la Constitución Política, según el cual, la ley determinara la organización de los Ministerios. En este caso, no fue la ley sino el reglamento el que trató dichas materias.

Otro ejemplo muy diferente, es la Ley N° 20.402, de 2009, que creó el Ministerio de Energía. Esta ley fue más allá que la citada Ley N° 19.937, pues descartó incluso el recurrir a la Potestad Reglamentaria para organizar esa cartera de Estado, entregándole al Ministro la determinación final de su organización interna. El inciso 2° del artículo 5° de la Ley N° 20.402 dice: *"La organización interna del Ministerio, las denominaciones y funciones que correspondan a cada una de las unidades que sean establecidas, serán determinadas por resolución del Ministro"*. En cumplimiento de ello, en el año 2010 se dictó la Resolución Exenta N° 17, de 2010, del Ministro del ramo, que *Fija la Organización Interna del ministerio de Energía, Denominaciones y Funciones de Cada uno de sus Gabinetes, Divisiones y Departamentos y Asigna Funciones a Cada uno de Ellos*.

Un último ejemplo, es el caso del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, cuya Ley Orgánica N° 20.502, del año 2011, al igual que la del Ministerio de Salud no hace remisión expresa a un Reglamento para complementar la organización interna que ella necesita, pero a diferencia del Ministerio de Salud, dicha organización se concretó acá, mediante actos administrativos del Subsecretario del Interior, como la Resolución Exenta N° 1.328, de 2011, que “Crea el Departamento de Acción Social del Ministerio del Interior”; la Resolución Exenta N° 7.533, de 2014, que “Crea las Unidades de Análisis Estratégico, Unidad de Comunicaciones y Unidad de Contenidos y Propuestas Programáticas” o la Resolución Exenta N° 9.674, de 2014, que “Aprueba el Organigrama de la Subsecretaría del Interior”.

De todos estos ejemplos es posible advertir que se ha seguido la interpretación consistente en que es posible la colaboración, no solo del Presidente de la República, sino también, de las autoridades administrativas, en la organización interna de los Ministerios, a pesar que el artículo 33 inciso 2°, de la CPR dispone que la ley determinará la organización de los Ministerios.

Ello es así, considerando que el artículo 38 inicio 1° de la Constitución dispone, en lo pertinente, que una ley orgánica constitucional determinará sólo la organización **básica** de la Administración Pública. En este contexto, el Constituyente ordena que la ley organice el servicio público, en sus bases esenciales¹¹.

En segundo lugar, porque es el propio artículo 63 N° 20 de la Constitución, el que limita por de pronto, el ámbito de acción de la propia ley a determinar esa administración básica, como quiera que se refiere a ella como una norma de carácter general, que estatuya las bases esenciales del ordenamiento jurídico.

Al utilizar estas expresiones, es claro que la regulación de la ley será más bien programática, sin caer en el detalle de la organización del órgano público.

Esta conclusión supone que corresponderá a la potestad normativa del Presidente de la República completar los aspectos de organización y funcionamiento

¹¹ Moraga Klenner, Claudio, Op. Cit., p. 10.

que no hayan sido contenidos en esa ley y luego de ello este cederá en favor de la potestad administrativa, si consideramos que al Presidente de la Republica le basta disponer, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, el establecimiento del servicio público, sus funciones y atribuciones.

Sobre la relación entre ambos poderes, existe una primera aproximación de la doctrina¹² en orden a establecer la finalización de la estructura interna de los organismos públicos, por intermedio del ejercicio de la potestad de ejecución del Presidente de la República, lo que pareciera ser posible considerando que nuestra CPR no entregó al Legislador la tarea de regular por completo la organización de los servicios públicos, sino sólo lo básico para su funcionamiento. En un segundo orden, se apuesta a que sea el propio legislador, quien establezca la estructura organizativa con cierto margen de flexibilidad, que habilite a la Administración para intervenir. El problema que presenta esta postura es que dependerá del criterio del Tribunal Constitucional su real aplicación, teniendo como base lo dispuesto en el artículo 31 inciso segundo de la Ley N° 18.575 que entrega a los jefes de servicio la dirección, organización y administración del respectivo servicio. En efecto, las normas que se dicten en el ejercicio de esta facultad podrán ser controladas favorablemente por ese Tribunal o rechazadas por inconstitucionales.

La tercera opción, es la creación de comisiones asesoras. Estas comisiones, como su nombre lo indica, son creadas para orientar y recomendar técnicamente sobre materias técnicas, que inciden en una política pública, a la autoridad Presidencia o ministerial.

En el primer caso, las crea el presidente de la República, a través del ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma, quien goza de discrecionalidad para determinar sus integrantes, pudiendo o no formar parte de organismos públicos. En el caso de los Ministerios, no pueden contemplar integrantes de otros Ministerios. La asesoría que

¹² RAJEVIC, ENRIQUE: La Potestad Organizatoria en el Derecho Chileno: Teoría y Práctica, en CORDERO, EDUARDO (Coord.): Estudios sobre la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado: Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Administrativo, Editorial Universidad de Antofagasta, Antofagasta, 2008, pp. 195-196.

brindan ambas comisiones no es vinculante para el mandante.

En esta variable es necesario consignar que estas comisiones no detentan atribuciones ejecutivas, que se manifiestan en definir metas o coordinar la implementación de medidas que son propias de los servicios públicos y, por tanto, materia de ley, para el cumplimiento de la función administrativa.

En este sentido, los dictámenes CGR N^{os} 9.886, de 2006 y 34.392, de 2007, han confirmado este criterio, representando diversos intentos de crear comisiones asesoras, con atribuciones ejecutivas, reafirmando que estas facultades exceden el carácter de una comisión asesora puramente "ministerial".

III.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN INTERNA DE LOS MINISTERIOS.

En este acápite, se analizará la evolución que en la materia ha seguido el Tribunal Constitucional, sobre la base de diversas sentencias que originalmente mantuvieron un criterio de estricta reserva legal y luego devinieron en reconocer un campo de acción a la potestad reglamentaria y a resoluciones de autoridades administrativas.

En un comienzo, este Tribunal desarrolló la jurisprudencia consistente en que la estructura interna de un servicio público, como también las atribuciones de sus cargos o empleos, sólo pueden crearse por ley, lo que excluye la posibilidad de que ellas sean establecidas por la autoridad superior de un servicio. Ello, pues al ser la propia Constitución la que indica las materias que son de reserva legal, las normas de una ley que pretendan alterar esa competencia, estableciendo que el Director de un servicio público puede disponer en aquello que es propio de ley, son contrarias a la Constitución.

Esta jurisprudencia la sostuvo en el contexto del control preventivo de constitucionalidad de la Ley N° 19.712, que creó el Instituto Nacional del Deporte. El Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 319, de 2001, tuvo ocasión de referirse a la organización de tal servicio público, declarando inconstitucional el artículo 20 letra b) del proyecto de esa ley, que entregaba al Director Nacional del Instituto la atribución de: *“Establecer la organización interna del Servicio.”*

Dicha determinación se fundamentó en lo dispuesto en la Carta Fundamental, en los artículos 60, N° 14: *“Sólo son materias de ley: 14) Las demás que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República”* y 62, inciso cuarto, N° 2°: *“Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: 2°. Crear nuevos servicios públicos /.../ suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones”*.

Luego, este mismo razonamiento lo reiteró en sus sentencias Rol N° 358, de 2002, respecto del proyecto que creaba el Servicio Nacional del Adulto Mayor, y Rol N° 443, de 2005, relativa al proyecto que facultaba al Intendente para proponer al Consejo

Regional la organización interna del servicio administrativo del Gobierno Regional.

Sin embargo, este criterio de sujeción estricta al principio de reserva legal, se vio alterado en el año 2012, cuando en sentencia Rol N° 2.367, el Tribunal Constitucional reconsideró la doctrina asentada en sus sentencias Roles N° 319, de 2001; N° 358, de 2002; y, N° 443, de 2005.

En efecto, el criterio que hasta ese entonces siguió el Tribunal Constitucional cedió al reconocimiento de un espacio a la potestad reglamentaria, en la medida que ello no significara innovar o adicionar aspectos que el legislador no habría previsto, limitándose sólo a pormenorizar detalles y situaciones que la ley no puede abordar debido a la generalidad o abstracción que le es propia.

La sentencia Rol N° 2.367, de 2012, fue dictada con ocasión de un requerimiento de inconstitucionalidad del artículo 3° del proyecto de ley que crea el Ministerio del Deporte (Boletín 8.085-29). En él se disponía que la organización del Ministerio estará conformada por el Ministro del Deporte y la Subsecretaría del Deporte, añadiendo que un reglamento determinará la distribución temática en las Divisiones del Ministerio, de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 18.575.

Los principales argumentos de los requirentes apuntaron a que la convocatoria de la ley al reglamento para definir la organización interna del Ministerio es una materia de ley, y es contradictoria con lo ya resulto por ese Tribunal en fallos anteriores, como la sentencia Rol N° 319, de 2001, dictada a propósito del proyecto de ley que creó el Instituto Nacional del Deporte. La disposición impugnada, añadieron, afecta la seguridad jurídica, introduciendo un grado de incertidumbre sobre el tipo de organización que pueda tener un Ministerio.

Pues bien, la sentencia Rol N° 2.367 que puso término al recelo de cualquier colaboración reglamentaria que el Presidente de la República pudiera hacer en este aspecto, se respaldó en las siguientes consideraciones: a) La CPR de 1980, a diferencia de sus predecesoras, entrega a una Ley Orgánica Constitucional la organización básica de la Administración, la cual, a diferencia de anteriores leyes en la materia, no fija las funciones específicas de cada cartera, sino la función común de los Ministerios en su

artículo 22;¹³ b) La organización de un órgano de la Administración supone que éste ya fue creado por la autoridad correspondiente, por lo mismo, organizarlo se refiere sólo a adecuar los medios necesarios para su funcionamiento;¹⁴ c) La Constitución diferencia la organización de otros elementos del servicio público como sus atribuciones, procedimiento, plantas de personal, presupuesto, estatuto de personal, etc. La organización, específicamente tiene que ver con la estructura interna de la entidad, con las unidades que tiene y con la jerarquía de las mismas, con la forma en que se ordenan y relacionan;¹⁵ d) Al dictar los fallos anteriores a esta nueva jurisprudencia, el Tribunal Constitucional no habría mirado con detención ciertos espacios que había validado en materia de organización administrativa, que son los artículos 24 y 31 inciso segundo de la Ley N° 18.875, que encargan al Subsecretario ejercer la administración interna del Ministerio y a los Jefes de Servicio la organización y administración del pertinente servicio, respectivamente, la Ley Orgánica de Municipalidades que permite refundir en una sola unidad dos o más funciones genéricas, cuando las necesidades y características de la comuna respectiva así lo requieran (artículo 17), la de compartir entre Municipalidades una misma unidad (artículo 18); la de crear, por acuerdo del Consejo, a proposición del Alcalde, el cargo de administrador municipal (artículo 30), entre otras;¹⁶ e) Y por último, la entrada en vigencia de la ley N° 18.891 que agregó un inciso segundo al artículo 27 de la Ley N° 18.875, permitiendo en circunstancias excepcionales establecer niveles jerárquicos distintos o adicionales, así como denominaciones diferentes, eliminando la rigidez conceptual, e incorporando la flexibilidad necesaria para acoger la tradición y la costumbre en el funcionamiento y nomenclatura de una estructura compleja como la Administración.¹⁷

En base, principalmente, a todas esas consideraciones, el Tribunal estimó que establecer una reserva absoluta de ley en materia organizativa no es una interpretación adecuada ni lógica, dando espacio a la colaboración reglamentaria del Presidente de la República en la organización de un órgano público.

¹³ Considerando Decimoquinto.

¹⁴ Considerando Vigésimoprimer.

¹⁵ Considerando Trigésimo.

¹⁶ Considerando Trigésimo Octavo.

¹⁷ Considerando Trigésimo Noveno.

A modo de síntesis, se pueden agrupar en tres los elementos que explican este cambio de paradigma. El primero, es considerar que la ley a la que el Constituyente entrega regular la organización básica de la Administración Pública es una ley de bases, lo que implica que es una ley marco cuyo detalle puede completarse a través de normas sub-legales.

El segundo, entender que crear un servicio público o Ministerio no es lo mismo que organizarlo, la organización de un Ministerio no tiene que ver con sus atribuciones, procedimiento, presupuesto, plantas, o estatuto y régimen de remuneraciones del personal, sino con su estructura interna, y esto es, con las unidades que tiene, con la jerarquía de las mismas, con la forma en que éstas se ordenan y se relacionan.

En tercer lugar, la entrada en vigencia de una serie de normas que han puesto el foco de la gestión administrativa en los resultados, apuntando con ello a obtener un mejoramiento de la calidad de los bienes y servicios que producen los organismos públicos, lo que conlleva cambiar el modo de conducción del servicio.

Sobre esto último, por ejemplo, la Ley N° 19.882, que regula la nueva política de personal a los funcionarios públicos, cuyo artículo trigésimo quinto establece un mecanismo de selección de los altos directivos públicos, quienes deben suscribir convenios de desempeño que contengan metas anuales y estratégicas de desempeño del cargo, junto con objetivos de resultados a alcanzar.

Se trata de vincular el desempeño de estos funcionarios y los beneficios asignados en el convenio, con los resultados de la organización pública a la que pertenecen. En este planteamiento es donde cobra relevancia la forma en que se lleva a cabo la dirección y administración de la respectiva institución, de modo que permita obtener la mayor eficiencia y eficacia en los resultados, en pos de cumplir con la función pública asignada por ley.

No implica esto una deslegalización o especie de cláusula abierta para la potestad reglamentaria, o una excesiva discrecionalidad para la Administración, pues hay que considerar que el proyecto de ley encarga a un DFL fijar la planta del personal

del Ministerio del Deporte, y las plantas, conforme al Estatuto Administrativo, tienen cinco niveles: 1) Directivos, 2) Profesionales, 3) Técnicos, 4) Administrativos, y 5) Auxiliares, por tanto, será este DFL el que establezca la cantidad de Divisiones que debe tener el Ministerio, por la vía de establecer el número de cargos directivos, no pudiendo la Autoridad Administrativa, al determinar la distribución temática, crear libremente las Divisiones que quiera.

Respecto a las facultades de los Ministros y Subsecretarios, el considerando quincuagesimotavo de la sentencia, señala que no es un reproche de constitucionalidad, el hecho de que el impugnado artículo 3° de la ley del Ministerio del Deporte no aluda a las áreas temáticas que deben abordar las Divisiones, esto por cuanto, la fijación de las áreas temáticas sólo implica establecer las materias que las Divisiones del Ministerio deben asumir, y agrega luego, el reglamento o “la resolución” pueden agrupar como estimen conveniente dichas áreas, en las unidades divisionales que se establezcan, es decir, según la sentencia no sólo el reglamento puede establecer las materias que las Divisiones del Ministerio deban asumir, sino también un acto administrativo del Ministro o Subsecretario, que son quienes pueden dictar resoluciones.

Añade además el fallo, que las leyes del Ministerio de Energía, Ministerio del Medio Ambiente, y Ministerio del Interior y Seguridad Pública, no se refieren a los otros niveles jerárquicos de organización que no sea el de División, y estipula: “*Se deja entregado a la autoridad administrativa definir las tareas de los Departamentos, Secciones y Oficinas;*”.

Se puede estimar, por tanto, que el Tribunal Constitucional con tales afirmaciones validó que el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, haya determinado su organización interna, mediante actos administrativos del Subsecretario.

De lo anterior se colige, que los Ministro o Subsecretarios, pueden determinar la organización interna de sus respectivas Carteras, en el entendido que dicha organización se refiera a fijar las áreas temáticas de la Divisiones y a definir las materias de los Departamentos, Secciones y Oficinas, de conformidad a la respectiva ley orgánica del Ministerio y su ley de planta.

IV. VISIÓN DOCTRINARIA EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN DE LOS MINISTERIOS Y JURISPRUDENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Si bien el presente trabajo está orientado a recoger las manifestaciones que ha tenido el Estado respecto a su potestad organizativa en los Ministerios, se incluyen los siguientes autores que se han pronunciado sobre la materia.

La doctrina ha identificado en la ley tres conceptos para estos organismos, el profesor Rolando Pantoja señala: *“el derecho positivo utiliza la palabra ministerio en tres acepciones: En primer lugar, llamase ministerio a la unidad orgánica específica que ocupa cada colaborador inmediato del Presidente de la República. Abarca el cargo de ministro, su jefe de gabinete y su secretaría.*

En segundo término se denomina ministerio a la organización ministerial, compuesta por el ministerio, en el sentido restringido que antes se ha visto, y las respectivas subsecretarías y secretarías regionales ministeriales, en su caso; Por último, se entiende también por ministerio a todo el sector administrativo que depende o se relaciona con el Presidente de la República a través de un ministro, caso en el cual la expresión alcanza al ministerio en sentido restringido, al ministerio-subsecretaría-secretaría regional ministerial y a los servicios públicos centralizados y descentralizados que se relacionan con el Primer Mandatario por intermedio de cada Secretaría de Estado” ¹⁸.

Es la segunda de las anteriores acepciones la que corresponde al objeto del presente trabajo, ya que es la utilizada en las leyes orgánicas de estas entidades y respecto de la cuales se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, también es el significado con el que se trata a los Ministerios en los respectivos reglamentos orgánicos emanados del Ejecutivo.

Según Jorge Bermúdez *“no obstante quedar reservada la creación, estructura y atribución de competencias de un órgano de la Administración del Estado a*

¹⁸ PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO. La Organización Administrativa del Estado. Editorial Jurídica de Chile. 2004. p. 371.

la ley, es esta propia norma la que puede entregar a la Administración poderes de autoordenación interna, que permitirán configurar la distribución del trabajo al interior de la misma.¹⁹ “(...) la organización interna de cada Ministerio en particular, debe estar contenida en su ley orgánica, sin embargo es posible la intervención del reglamento especificando dicha organización”.

El hecho de que la Constitución haya entregado a la ley orgánica constitucional del artículo 38 establecer sólo la organización básica de la Administración permite un campo a la regulación por la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República²⁰.

La jurisprudencia de la CGR ha experimentado una evolución similar a la del Tribunal Constitucional.

Mediante el dictamen N° 5.724, de 1994, el Ente Fiscalizador declaró que la creación de la "*secretaría ejecutiva del programa de ciencia y tecnología*" dispuesta a través de una resolución exenta, como dependencia de la Subsecretaría de Economía de ese Ministerio, al constituir una modificación de la organización interna de esa Secretaría de Estado, vulnera el artículo 33, inciso 2° de la Constitución, precepto que señala que es la ley la que debe determinar la organización de los Ministerios.

Posteriormente, el año 2005, en dictamen N° 12.391 adoptó la posición que posteriormente siguió el Tribunal Constitucional el año 2012, representando el acto administrativo por el cual el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, mediante resolución del Subsecretario del Trabajo, creó unidades de trabajo en temas especializados por estimar que ello corresponde al Presidente de la República, señaló que esta potestad tiene que ser conciliable con la normativa sobre plantas de personal vigentes para ese Ministerio y armonizar con el sistema de niveles jerárquicos contemplado en el artículo 27 de LOCEBAE N° 18.575.

¹⁹ BERMÚDEZ SOTO, JORGE. Derecho Administrativo General; Editorial Legal Publishing, Santiago, 2014, pp. 383 y 412.

²⁰ RAJEVIC MOSLER, ENRIQUE. La Potestad Organizatoria en el Derecho Chileno. Teoría y Práctica; en Estudios sobre la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; editado por la Universidad de Antofagasta, Antofagasta, 2008, pp. 173 y siguientes.

Luego, una vez dictada la sentencia Rol N° 2.367, del año 2012, del Tribunal Constitucional, a que aludimos en párrafos precedentes, la CGR recoge este fallo, y en dictamen N° 46.463, de 2015, declara que al menos los aspectos básicos de la normativa que rige la organización de un Ministerio y sus reparticiones deben fijarse por ley, pero las disposiciones de carácter general y abstracto que tengan por objeto complementar y desarrollar dicha regulación legal han de ser dictadas por el Presidente de la República, en ejercicio de su Potestad Reglamentaria.

En el mismo sentido, mediante el dictamen N° 84.409, de 2015, el Ente Contralor se pronuncia sobre la regulación de la organización interna de la Subsecretaría de Transportes, que, al no haber sido establecida a través de un decreto reglamentario del Presidente de la República, sino por medio de la Resolución Exenta N° 64, de 2015, del Subsecretario de Transportes, importó una invasión al ámbito propio de la Potestad Reglamentaria del Jefe del Estado, instruyendo a la Subsecretaría a adoptar a la brevedad, las medidas conducentes a dejar sin efecto dicho acto administrativo y que dicha materia fuera regulada mediante el reglamento correspondiente.

Es decir, el Ente Fiscalizador admite una confluencia entre la Potestad Legislativa y Reglamentaria, pero no la participación de actos administrativos internos del Servicio como una resolución del Subsecretario respectivo.

No obstante ello, la CGR también ha desarrollado una jurisprudencia que permite a los órganos de la Administración crear "*unidades funcionales*" vía acto administrativo. En efecto, en dictamen N° 17.299, de 1990, se refiere a la calificación de funcionarios que integran unidades denominadas "funcionales" y señala: "*el personal de unidades funcionales no contempladas en la estructura orgánica del servicio debe ser calificado por el jefe de las unidades orgánicas en que aquellas se inserten.*". Se trata, por tanto, de un dictamen cuyo tema de análisis no es precisamente la juridicidad de estas unidades, sino que al resolver un aspecto relativo al sistema de calificación menciona estas unidades, dando la idea de que pueden existir.

En otro dictamen, N° 18.815, de 1999, prescribe que la existencia de la oficina coordinadora general de concesiones del Ministerio de Obras Públicas "*deriva de*

la facultad de establecer la organización interna que posee ese ministerio y determinar unidades funcionales”, validando así la potestad del propio Ministerio para crear unidades funcionales, en virtud de la facultad de establecer la organización interna del mismo. Esto, no obstante que el artículo 5º, letra h) del DFL N° 850, de 1997, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964 y del D.F.L. N° 206, de 1960, estipula: “La organización y atribuciones de las Direcciones, de los Departamentos y de las Secretarías Regionales Ministeriales que no estén consignadas en la presente ley, como asimismo, las relaciones de aquéllas con las autoridades políticas o administrativas, serán objeto de reglamentos que dicte el Presidente de la República.”

En dictamen N° 71.173, de 2009, la CGR afirmó que no se ajusta a derecho la Resolución Exenta N° 2.989, de 2007, de la Dirección Nacional de Gendarmería de Chile que ordena el funcionamiento de una nueva Subdirección, distinta de las que prevé la ley orgánica de esa Institución, ya que de acuerdo al artículo 65, inciso 4º, N° 2, de la Constitución Política, en relación con su artículo 63, N°14, se ha entregado a la ley la creación de un servicio, no procediendo que una vez verificada ésta, pudiera cambiarse la configuración del mismo prevista en el respectivo texto legal, a través de la dictación de actos administrativos, pues tal situación obviamente importaría eludir esa reserva legal.

En dictamen N° 20.642, de 2011, a propósito de que el Ministerio de Salud creó la denominada Unidad de Estudios de la División de Finanzas y Administración Interna, el Ente Fiscalizador calificó dicha unidad como un “*órgano funcional*” señalando que el Subsecretario de Salud Pública al tener a su cargo la administración y servicio interno del Ministerio, tiene entre sus atribuciones “*proponer al Ministro la organización interna de la Subsecretaría a su cargo /.../ sólo cuenta con facultades para proponer a la autoridad ministerial una nueva ordenación, pero carece de facultades para disponer o modificar la estructura interna del servicio*”.

Por último, en dictamen N° 74.178, de 2016, señaló que si bien al Director Regional Metropolitano del Servicio de Registro Civil e Identificación le corresponde, de acuerdo a su ley orgánica, organizar y dirigir la respectiva Dirección Regional, no importa

ello la prerrogativa de crear unidades funcionales, configurando una estructura paralela a la que el legislador ha previsto para el Servicio, ni tampoco asignarles a éstas funciones que no han sido desconcentradas por la ley en el nivel regional, y que la prerrogativa de crear nuevas unidades, debe limitarse a la “*articulación específica de la organización básica que ha definido la ley*”, y sólo “*disponerse para el cumplimiento de tareas concretas dentro del marco de funciones previsto por el legislador*”. Asimismo, las unidades que se creen deben depender de aquellas que corresponda al tenor de la legislación.

Todos estos pronunciamientos permiten concluir que la CGR permite la creación mediante actos administrativos de “*unidades funcionales*” no contempladas en la estructura orgánica del servicio, las cuales derivan de la facultad de establecer la organización interna, pero siempre, que a través de ella no se cambie o modifique la estructura interna del servicio prevista en el respectivo texto legal, sino que se limiten a establecer una articulación específica de la organización básica que ha definido la ley, y para el cumplimiento de tareas concretas dentro del marco de funciones previstas por el legislador. Asimismo, las unidades que se creen deben depender de aquellas que corresponda al tenor de la legislación.

V. DERECHO COMPARADO. EL CASO ESPAÑOL.

En el derecho comparado,²¹ en particular en la doctrina española la tendencia tradicional ha sido considerar que la potestad organizatoria es un elemento inherente a cualquier organización y consiste en la capacidad del organismo de decidir el esquema organizativo y la forma en que conducirá su gestión para obtener el cumplimiento de los fines que les son asignados.

En este sentido, esta potestad forma parte de la labor directiva y de las funciones relacionadas a la responsabilidad por la gestión, al considerar que las buenas decisiones que adopte la organización es central para evaluar el éxito de las políticas de gestión.

La potestad organizativa tiene por sustento la voluntad del legislador. Es la ley por tanto la que apodera a la Administración de esta facultad.

En segundo lugar es una potestad administrativa, esto es, entregada por el ordenamiento jurídico a la Administración pública.

En tercer lugar, es una potestad plural,²² lo que implica que su sustento no es exclusivo de normas, sino que su contenido también considera una variedad de poderes jurídicos con incidencia directa en la organización con los que va cubriendo los distintos problemas que suscita la actividad organizatoria.

En cuarto lugar, su ejercicio debe tener como premisa el interés público general. Los pilares que sostienen este interés general son dos: la necesidad de que la administración sea eficaz en su gestión y la sujeción a un procedimiento Administrativo Común.

²¹ PALOMAR, OLMEDA, ALBERTO. La Potestad Organizatoria y la Relación de Instrumentalidad. Una visión actual. 2014 p. 7.

²² SÁEZ DE QUINOVA, JOSÉ MARÍA RECIO. Potestad organizatoria de las administraciones públicas, ordenación de puestos de trabajo y control judicial. En: <http://aedun.es/images/stories/documentos/articulos/recio.pdf>. p. 7.

En quinto lugar, esta potestad organizativa tiene carácter discrecional. Ello sin perjuicio de su habilitación legal y la necesidad de objetivización de las decisiones de la Administración. Esto se desprende de la Constitución Española de 1978 que establece en su artículo 103 que la Administración Pública sirve con *objetividad* los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

En España, esta Potestad organizativa se despliega en diversos niveles de adopción de decisiones a escala territorial. Ello, pues la Administración pública española, representa un modelo compuesto de múltiples formas descentralizadas funcionalmente en organismos autónomos, con amplias facultades de autorregularse y dirigirse.

En efecto, La ley N° 40 de 2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece en su artículo segundo que se considera Administración Pública: la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local y los organismos públicos y entidades de derecho público, que comprenden cualesquier organismo público y entidad de derecho público vinculado o dependiente de las Administraciones Públicas.

Como se advierte de estas normas, la administración pública española está compuesta por una pluralidad de administraciones con personalidad jurídica propia que van desde administraciones territoriales integradas por la administración general del Estado, la administración autonómica y entidades locales, las administradoras instrumentales que son los órganos públicos y finalmente las administraciones corporativas, como colegios profesionales y cámaras de comercio entre otros.

Todas estas Administraciones públicas, detentan potestades exorbitantes si se las compara con las personas jurídicas de naturaleza privada y como contrapartida se encuentran sujetas a un conjunto de límites y garantías propios del Estado de Derecho, tales como la sujeción a la Constitución y la ley, el control judicial de sus actuaciones, las garantías patrimoniales, etc.

En cuanto a la autonomía de estas Administraciones Públicas, en sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso (Cataluña, Sentencia N° 56/2005, de 24 de enero) se reconoce que en materia organizativa la Administración goza de un amplio poder que le permite configurar las unidades y servicios de que está dotada para el cumplimiento de su misión, con libertad y sin más límites que el respeto a la legalidad y la sumisión a la satisfacción del interés público.

La creación por parte de la Administración, de distintas personas jurídicas diferenciadas, que operan como instrumentos de la propia acción administrativa, permitió la proliferación de instrumentos y formas diferentes de realización y de gestión de lo público.

Por otro lado, la doctrina española habla de un fenómeno de “*aluvión*”²³ respecto de la dictación de diversos marcos jurídicos aplicables a las distintas formas de gestión de lo público, donde las leyes que se han dictado, han carecido de reflexión sobre la bondad y utilidad de las formas ya utilizadas, creando nuevas sin exigir la adaptación de las formas organizativas previas, lo que se traduce en la existencia de diferentes intensidades de aplicación de las normas generales contenidas en la Constitución y la ley.

Esta realidad ha llevado a que se sostenga que existe una crisis del derecho público en la forma de disciplinar el conjunto de relaciones de las Administraciones Públicas, considerando que manejan recursos económicos cuya gestión estará sometida al régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero que establezca la norma correspondiente.

Esta crisis para ser superada requiere la construcción de elementos centrales en el ámbito organizativo español. En efecto, el ejercicio de la potestad organizatoria mediante personificaciones instrumentales es posible en la medida que consiga una mejora de la gestión y que éstas sean tangibles y verificables mediante la medición de resultados.

²³ PALOMAR, OLMEDA, ALBERTO, Op. Cit., p.7.

A ello, se agrega, la gestión responsable de los directivos públicos, control responsable del órgano de dirección de la Administración Pública, control político de la actividad de los órganos organizativos e independientes de carácter administrativo o constitucional y externos, entre otros.

VI. CONCLUSIÓN.

Actualmente, el Estado organiza la estructura interna de los Ministerios a través de la Potestad Reglamentaria del Poder Ejecutivo, delimitada por dos normas legales, la primera, el artículo 27 de la LOCBGAE, y la segunda, la ley de planta de cada Ministerio.

La fuente constitucional de este esquema lo conforman el artículo 38 inciso 1° y el artículo 32 N° 6 de la Carta Fundamental. No siempre fue así, en lo orígenes de la República esta potestad organizacional derivaba de las propias constituciones hasta que la Carta de 1833 encomendó, por primera vez en forma expresa, a la Ley determinar el número y departamentos de estos organismos. Lo mismo hizo la Constitución de 1925, dictándose durante la vigencia de ambos códigos políticos cuatro leyes generales que buscaron organizar estas entidades bajo una estructura o fisonomía común. Dentro de estas leyes, la de 1887 encomendó en sus disposiciones transitorias, por primera vez, a la Potestad Reglamentaria complementar la regulación legal de las instituciones.

La Constitución de 1980 en su artículo 33, inciso 2° siguió un criterio similar a la de sus dos predecesoras entregando a la ley determinar el número y organización de estas entidades, sin embargo, el artículo 38, inciso 1° que no se refiere específicamente a los Ministerios sino a la Administración en general, dio origen al artículo 27 de la LOCBGAE, que estableció la estructura legal general de la Secretarías de Estado, desarrollándose la interpretación que actualmente impera, consistente en entregar la restante regulación organizacional, no prevista en dicho artículo, a la Potestad Reglamentaria.

La sentencia del Tribunal Constitucional N° 2.367, distinguió lo que es la organización de los Ministerios de otros elementos propios de la institución como sus atribuciones, procedimiento, planta, presupuesto, estatuto y régimen remuneracional del personal, y determinó que la organización tiene que ver, específicamente, con la estructura interna del organismo, esto es, con sus unidades, la jerarquía de las mismas, y la forma en que ellas se ordenan y relacionan. Así, mientras se mantenga el organigrama ministerial determinado en el aludido artículo 27, consistente en la

existencia de Subsecretarías, Secretarías Regionales Ministeriales, Divisiones, Departamentos, Secciones y Oficinas, el reglamento puede colaborar definiendo las áreas temáticas de esos niveles y establecer sus nombres, pero no puede la vía reglamentaria fijar una cantidad distinta al precisado en la ley de planta del respectivo Ministerio, por eso, la analizada sentencia indica que el orden lógico y normativo de dictación de las disposiciones debe ser, que una vez generada la ley que crea un Ministerio, en seguida se dicte primero, su ley de planta, la cual generalmente será un DFL., y en último lugar, el reglamento de organización.

No obstante lo anterior, se observa en la regulación vigente de los Ministerios, una tendencia de la Administración a buscar una mayor participación de los Ministros y Subsecretarios al momento de organizar internamente las Carteras de Gobierno. Sucede que mediante actos administrativos emanados de ellos se han creado unidades y establecido organigramas internos, como por ejemplo, en el Ministerio de Energía y en el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, los cuales no tienen reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo, ya que su organización fue establecida mediante resoluciones exentas de las mencionadas autoridades. El considerando quincuagesimotercero de la analizada sentencia del Tribunal Constitucional abre la posibilidad en tal sentido, al señalar que la fijación de las áreas temáticas de las Divisiones se puede hacer mediante resolución, y agrega además, que las leyes orgánicas de algunos Ministerios no se refieren a los otros niveles jerárquicos de organización distintos al de División, pues queda entregado a la autoridad administrativa definir las tareas de los Departamentos, Secciones y Oficinas.

Se deduce entonces, que los Ministro y Subsecretarios, pueden determinar la organización interna de sus respectivas Carteras, fijando las áreas temáticas de la Divisiones y definiendo las materias de los Departamentos, Secciones y Oficinas.

VII.- BIBLIOGRAFÍA.

- Boletín de Leyes y Decretos del Gobierno
- MORAGA KLENNER, CLAUDIO. La Potestad de Organización de las Administraciones Chilenas. Santiago 2014.
- Bases Constitucionales de la Administración del Estado. ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO OCTAVIO, PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO. SANTIAGO DE CHILE: ABELEDO PERROT. Legal Publishing Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2011.
- BERMÚDEZ SOTO, JORGE. Derecho Administrativo General; Editorial Legal Publishing, Santiago, 2014. p. 383 y 412.
- RAJEVIC MOSLER, ENRIQUE. La Potestad Organizatoria en el Derecho Chileno. Teoría y Práctica; en Estudios sobre la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; editado por la Universidad de Antofagasta, Antofagasta, 2008. p. 173 y siguientes.
- La Potestad Organizatoria en el Derecho Chileno. Teoría y Práctica; en Estudios sobre la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; editado por la Universidad de Antofagasta, Antofagasta, 2008.
- MORAND-DEVILLER, JACQUELINE; Curso de Derecho Administrativo; Ediciones Universidad Externado de Colombia; traducción de la décima edición; Bogotá, 2010. p. 113.
- PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO. La Organización Administrativa del Estado. Editorial Jurídica de Chile. 2004. Pág. 371.
- PALOMAR, OLMEDA ALBERTO. La Potestad Organizatoria y la Relación de Instrumentalidad. Una visión actual. 2014. p. 7.
- RAMIREZ K, CLAUDIA. Regulación de la actividad deportiva en Chile. Análisis del sistema nacional de intervenciones públicas de promoción del deporte. Algunas propuestas de mejora (tesis de post grado). Universidad de Chile. Santiago. 2014.
- RAJEVIC MOSLER, ENRIQUE: La potestad organizatoria en el derecho chileno: teoría y práctica, en CORDERO, EDUARDO (Coord.): Estudios sobre la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado: Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Administrativo, Editorial Universidad de Antofagasta, Antofagasta.2008.
- SÁEZ DE QUINOA, JOSÉ MARÍA RECIO. Potestad Organizatoria de las administraciones públicas, ordenación de puestos de trabajo y control judicial. <http://aedun.es/images/stories/documentos/articulos/recio.pdf>. p. 7.