

Insumos/**Constitucionales**

N° 4 / ENERO 2021

¿Debe decir algo la Constitución sobre la modernización del Estado?

ENRIQUE RAJEVIC

COMENTARIOS

**ISABEL ANINAT
ALEJANDRO FERREIRO**

Transcripción del seminario “¿Debe decir algo la Constitución sobre la modernización del Estado?”, realizado el 02 de noviembre de 2020. El video de este seminario puede verse aquí: <https://www.cepchile.cl/cep/seminarios-y-eventos/seminarios-y-eventos-2020/debe-decir-algo-la-constitucion-sobre-la-modernizacion-del-estado>

PRÓLOGO DE LOS COORDINADORES

¿Debe decir algo la Constitución sobre la modernización del Estado?

Este seminario da cuenta de un diagnóstico bastante compartido sobre los defectos de la Administración del Estado que podrían ser objeto de mejoras regulatorias. También hay acuerdo en que la nueva Constitución algo debería decir sobre esto, y en que puede ser una oportunidad para una mejora regulatoria bien pensada. Algo menos de consenso hay, sin embargo, en cuánto debería extenderse la Constitución -en desmedro de la ley y de los reglamentos- sobre la materia. La pregunta con la cual se convocó este seminario, por tanto, no tiene respuestas categóricas ni definitivas. En esto radica, precisamente, su importancia e interés de cara a la deliberación constituyente.

Enrique Rajevic parte señalando algunas constantes en la historia constitucional de Chile sobre la Administración del Estado, que son problemáticas. Una es la indiferenciación entre Gobierno y Administración, lo que ha hecho difícil la materialización de un verdadero servicio civil, por lo que la Administración del Estado sigue demasiado atada a los ciclos del Gobierno, lo que dificulta su profesionalización. Otro problema es el excesivo centralismo de esa Administración. Un tercer problema es la dificultad de someter a control esa Administración, en especial, a un control judicial. Nunca se han creado los tribunales contencioso-administrativos que prometió la Constitución de 1925, ausencia que puede ayudar a explicar estas dificultades de control. Otro problema sería la rigidez en que ha devenido el principio de legalidad respecto de la regulación de los servicios y empleos. Un cierto principio de legalidad es aquí muy necesario, pero si se exagera la nota se corre el riesgo de no poder reaccionar con la necesaria velocidad. Un quinto problema sería una suerte de creación excesiva de órganos autónomos de carácter administrativo.

Para hacer frente a estos problemas, Rajevic propone como principio fundamental el evitar la captura política de la Administración. Una manera importante de hacerlo es separando expresamente Gobierno y Administración, de tal manera de crear una Administración que funcione cualquiera sea el color del Gobierno, ejecutando las políticas que cada Gobierno vaya diseñando. También propone garantizar la igualdad en el acceso y desarrollo en los cargos de la Administración. Además, sugiere permitir expresamente la negociación colectiva y el derecho a huelga para los funcionarios públicos -hoy ocurre de hecho, acota-, de la mano de un mejor estatuto para

ellos. Asimismo, propone constitucionalizar la autonomía del Consejo Para La Transparencia y del sistema de la Alta Dirección Pública. La transparencia es un principio muy importante, dice el autor, así como la igualdad en el acceso a los cargos de la Administración y en su desarrollo, como ya se mencionó.

Por otra parte, agrega que la Constitución debe cooperar en la descentralización del Estado, precisando bien las competencias entre los distintos órganos y niveles, con un claro mandato en sus disposiciones transitorias a la potestad legislativa para que ésta siga materializando el proceso. Y respecto de la organización y funcionamiento de la Administración, esta misma potestad legislativa debería otorgar a la propia Administración una cierta mayor flexibilidad para organizarse y funcionar. Además, Esta mayor flexibilidad también podría aumentarse por la vía de reformar la Contraloría General de la Republica.

Éstas, junto a la creación de una justicia contencioso-administrativa, son las propuestas más claramente constitucionales hechas por el expositor, quien las complementa con varias otras que tienen un carácter más legislativo.

Isabel Aninat comparte el diagnóstico hecho por Rajevic. Destaca la importancia fundamental de separar Gobierno y Administración, y de una cierta flexibilidad para que la Administración pueda regularse a sí misma con el objeto de poder reaccionar adecuadamente a las nuevas condiciones que van surgiendo en una sociedad en permanente cambio.

Agrega que ese permanente cambio, además, hace necesaria una mayor capacidad de coordinación horizontal y vertical entre los organismos del Estado. Presenta el ejemplo de la política migratoria. Ella no sólo exige una intensa coordinación entre distintos ministerios, sino que, además y muy especialmente, entre esos ministerios y los municipios, pues son éstos el punto de contacto más inmediato y frecuente que los inmigrantes tienen con el Estado. La Constitución tiene obviamente algo que decir para habilitar esta mayor coordinación.

A propósito de la descentralización, Aninat subraya, también, la importancia de contar con un mecanismo adecuado para resolver los conflictos de competencia que probablemente se van a suscitar entre los órganos nacionales y los subnacionales. Asimismo, destaca la necesidad de pensar bien la descentralización fiscal.

Por otro lado, enfatiza la importancia de la Contraloría General de la República en la modernización general del Estado, pero reitera con Rajevic el hecho de que, para que esto ocurra, la propia Contraloría debe ser modernizada. También concuerda con Rajevic en la importancia de establecer una jurisdicción contencioso-administrativa en forma, en especial ahora, cuando todo augura

que la próxima deliberación constituyente va a aumentar la presencia y papel de los derechos económicos, sociales y culturales en nuestro sistema jurídico.

Por último, Isabel Aninat cierra con una advertencia y en esto se separa un tanto de Enrique Rajevic: la nueva Constitución puede ser una oportunidad para modernizar el Estado, pero, al mismo tiempo, se arriesga el peligro de constitucionalizar estas materias en exceso, comprometiendo hacia el futuro una flexibilidad que es indispensable. Así, por ejemplo, no comparte con Rajevic la idea de consagrar constitucionalmente la autonomía de nuevos órganos como, por ejemplo, el sistema de Alta Dirección Pública.

Alejandro Ferreiro, por su parte, también comparte el diagnóstico crítico de Enrique Rajevic y la advertencia de Aninat en el sentido de no constitucionalizar en exceso. A diferencia de ésta, eso sí, y en concordancia con Rajevic, Ferreiro es de la idea de constitucionalizar el Consejo Para La Transparencia como órgano autónomo-constitucional y suma un órgano encargado de evaluar el impacto de las regulaciones, función que Rajevic también propuso referir en la Constitución.

Ferreiro destaca la importancia de una arquitectura institucional bien diseñada por la Constitución, con órganos cuyos ámbitos de competencia sean lo más precisamente definidos que sea posible, evitando el riesgo de superposiciones entre ellos. Esto vale tanto para el Gobierno con el Congreso, para el Gobierno con las múltiples autoridades subnacionales, para el Gobierno con los órganos autónomos, y entre estos últimos, también.

La descentralización es otra materia que él destaca, en especial la fiscal. Sugiere que la Constitución establezca reglas para evitar la discriminación arbitraria en las transferencias presupuestarias a las distintas unidades subnacionales, así como la importancia de un mecanismo que resuelva los conflictos de competencia entre los distintos niveles en los que se estructure la descentralización.

Y, con especial énfasis, Alejandro Ferreiro sugiere algo que está en las tres intervenciones de este seminario: la necesidad de que la modernización del Estado, como proceso continuo, tenga un órgano expresamente responsable, que tenga un “domicilio conocido”. Éste no debería estar específicamente consagrado en la Constitución -una razonable flexibilidad en estas materias también es importante para este comentarista-, pero ésta debería habilitar su creación.

Para terminar, valdría la pena que guardáramos en la memoria para la deliberación constituyente que se viene, la sabia frase de Otto Mayer citada por Enrique Rajevic en su presentación: *el derecho constitucional pasa y el derecho administrativo permanece*.

LUCAS SIERRA E IGNACIO WALKER

Coordinadores del Proyecto CEP-CIEPLAN para la deliberación constituyente.

¿Debe decir algo la Constitución sobre la modernización del Estado?

ENRIQUE RAJEVIC

Abogado, profesor de Derecho en la Universidad Alberto Hurtado, experto en gestión pública y modernización del Estado

Muchas gracias, Lucas, muchas gracias al CEP y a CIEPLAN por esta invitación y también a los comentaristas, a Isabel y Alejandro. Si bien me intimidan un poco, voy a hacer el mejor esfuerzo. La pregunta, la verdad, no es sencilla, porque la Constitución podría decir mucho o no decir nada sobre este tema. La actual, por ejemplo, dice poco.

Yo me voy a referir en este tema, que puede ser muy vasto, a básicamente la Administración Pública, área a la que me he dedicado, omitiendo a las Empresas Públicas y las Fuerzas Armadas por sus peculiaridades.

Me voy a concentrar en los aspectos relativos a la modernización de la gestión; aunque podría hablar de otros temas de la Administración que serán parte del debate constitucional, pero que creo son más generales o transversales, como, por ejemplo, los temas de género y paridad; que sin duda también van a ser parte del debate.

Parto por asumir que si uno revisa la regulación que tenía la Administración Pública en nuestras Constituciones históricas, me refiero a las de 1833, 1925 y 1980, se encuentra con textos relativamente parcos y con ciertos rasgos comunes que pueden ser importantes para hablar de modernización.

Primero, diría que en ellos hay una suerte de confusión o indiferenciación, al menos, entre lo que es el Gobierno y la Administración, especialmente en el texto actual, porque ambas funciones quedan entregadas al Presidente de la República, figura que encabeza ambas ramas¹, cuestión que

¹ El artículo 24 inciso 1° de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, dispone que *El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado*. El artículo 60 de la Constitución de 1925 señalaba: *Un ciudadano con el título de "Presidente de la República de Chile" administra el Estado, y es el Jefe Supremo de la Nación*, en términos casi idénticos al artículo 59 de la Carta de 1833.

se replica en los Ministros y Ministras de Estado.² De este modo, no queda muy claro qué diferencia hay entre Gobierno y Administración.

Segundo, una Administración que se asume centralizada y se proyecta descentralizar, pero de forma declarativa e ineficaz, pesando más ese Gobierno “fuerte y centralizador” del que ya hablaba Portales en la famosa carta a Cea de 1822. La Constitución de 1925 habló de una descentralización que no se concretó³, y si uno mira los esfuerzos que hemos hecho con la actual Constitución en esta materia, no puede sino sorprender cómo, de nuevo, ha habido una demora importante entre las reformas constitucionales descentralizadoras y su efectiva implementación por parte del Legislador, lo que da cuenta de un problema recurrente.

También ha habido dificultades con el modelo de control, especialmente el control judicial de la Administración, que tuvo muchos problemas bajo la Constitución de 1925 ante la no creación de los Tribunales Contenciosos Administrativos; y con la profesionalización del empleo público, pues si bien la Constitución del 25^o procuró reaccionar a las prácticas clientelares de nuestro parlamentarismo de facto, la Constitución de 1980 tuvo una redacción mucho más cuidada en el tema que, finalmente, ha resultado un fiasco en su aplicación concreta.

Una línea de continuidad a destacar es la estricta legalidad para crear servicios y empleos públicos, con iniciativa exclusiva presidencial desde el año 1970, pero que ha sido un factor de cierta rigidez en el plano organizacional.

Y, por último, uno puede advertir en la Constitución del 1980 una tendencia a crear órganos autónomos de naturaleza administrativa; algunos directamente en la propia Constitución, como el caso del Banco Central y la Contraloría General de la República y, en el último tiempo, otros creados directamente por el Legislador sin habilitación constitucional expresa.

Dicho lo anterior, si pensamos en la futura Constitución, yo diría que su texto nos puede abrir puertas, nos puede cerrar también otras y, por último, nos puede empujar o impulsar en cierta dirección o incluso exigirla. Pero debemos tener cuidado al redactarla o algunas de sus partes pueden llegar a transformarse en verdaderos brindis al sol, como ha pasado históricamente.

² El artículo 33 inciso 1° de la Constitución vigente establece que *Los Ministros de Estado son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y administración del Estado.*

³ Véase el artículo 107, precedido por el título “Descentralización Administrativa”. El ejemplo más elocuente fue la no instalación de las Asambleas Provinciales que establecieron los artículos 97 a 100.

Por otro lado, las normas de la Constitución pueden tener distinta densidad, pueden ser más abstractas o más concretas. La concreción nos ayuda a que sean más eficaces, pero también nos rigidiza porque lo que queda en el texto va a ser difícil de modificar en el futuro, lo que exige buscar un equilibrio razonable.

Entrando en materia, lo primero que creo que debiera señalar la Constitución es la dirección a la cual debe conducirnos el Estado. En el inciso 4° del artículo 1° del texto vigente nos dice que es el bien común, entendido como *las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*. Agrega que el Estado debe, entre otras cosas, *promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional*.

Si uno mira la Constitución del 25', después de la reforma del llamado Estatuto de Garantías Democráticas de 1971⁴, ve algo distinto. Garantizaba *el derecho a participar activamente en la vida social, cultural, cívica, política y económica con el objeto de lograr el pleno desarrollo de la persona humana y su incorporación efectiva a la comunidad nacional, exigiendo al Estado ...remover los obstáculos que limiten, en el hecho, la libertad e igualdad de las personas y grupos...*⁵ Esto puede parecer muy coincidente con las cuestiones que han estado en la discusión en este periodo y que está en otras Constituciones, como las de Italia (1947)⁶ o España (1978)⁷, por ejemplo. La misma reforma constitucional consagró el deber estatal de adoptar *...todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humanas, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional*.⁸

Parece claro el enfoque distinto que tuvo la Constitución del 25' –en su versión de 1971– respecto de la Constitución del 80'. Esta última apunta a la igualdad de oportunidades, mientras que la del 25' persigue una igualdad más sustantiva.

⁴ Ley de Reforma Constitucional N° 17.398 (D.O. 09.01.1971).

⁵ Se trata del N° 17 que esa reforma agregó al art. 10.

⁶ Artículo 3.2.: “Corresponde a la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad entre los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País”.

⁷ Artículo 9.2.: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

⁸ Se trata del N° 16 que esa reforma agregó al art. 10 de aquella Constitución.

Mientras más nos acerquemos a la segunda opción –igualdad sustantiva–, que por lo demás parece responder mejor a lo que ha reclamado nuestra sociedad en el estallido de octubre de 2019, más urgente va a ser tener una gestión pública de calidad.

Esta primera definición servirá de faro para la gestión pública, aunque asumo que es un tema polémico. Incluso, un documento que elaboró un grupo de constitucionalistas de diversas orientaciones políticas antes del plebiscito no se puso de acuerdo en este punto y dijo que, tal vez, la Constitución no debiera decir nada sobre esto.⁹

Sea como fuere, vamos a tener un aparato público que nos va a conducir a algún lado y, sea cual sea ese derrotero, deberemos preocuparnos por su buena gestión.

Lo primero que yo esperarí de la nueva Constitución en este punto es que evite la captura política de la Administración Pública, cuestión que requerirá establecer un conjunto de reglas y de principios.

Primero, me parece que tiene que distinguirse el Gobierno de la Administración de manera clara, como dos complejos orgánicos distintos, aunque íntimamente relacionados. Esto no depende de tener un régimen presidencial o un régimen parlamentario o uno semipresidencial, si bien estos últimos pueden favorecerlo. En simple, significa que tenemos un Gobierno a cargo de diseñar las políticas públicas, con poderes presupuestarios y normativos y, por otro lado, una Administración que está dirigida por el Gobierno, cuya finalidad es implementar esas políticas y prestar servicios directamente a la ciudadanía.

Un clásico administrativista español, Fernando Garrido Falla, comentando el artículo 103 de la Constitución española de 1978, cuando recién empezaba a aplicarse, acuñó una expresión que me gusta mucho. Dijo que la Administración debía respetar el “principio de la eficacia indiferente”¹⁰, porque debe funcionar con el mismo celo en todos los Gobiernos; da lo mismo si es uno del signo político “A”, “B” o “C”, si es la presidencia de Michelle Bachelet o la de Sebastián Piñera.

⁹ Me refiero al grupo “Conversaciones Constitucionales”, integrado por 25 académicos/as, que elaboró un documento (“Ideas para una Constitución que nos reúna”, disponible en: http://derecho.uc.cl/images/Texto_final.pdf). Sobre este tema señala: *Un aspecto sobre el cual ha existido un abanico abierto de posiciones entre nosotros, es si debe consagrarse una definición en la Constitución que asuma como principio central del Estado el carácter de “Estado social y democrático de derecho”, de “Estado subsidiario” o de “Estado social, democrático y liberal de derecho”. Todas estas propuestas son legítimas y tienen sentido en diversos contextos. Tal vez una idea que no hay que descartar sea no efectuar ninguna definición nutricional del Estado de esta clase, habilitando a la política para que sin cortapisas y en el ejercicio democrático de las mayorías se acerque más a un Estado liberal o a uno social, cada uno orientado desde filosofías diversas, en una sociedad política plural.*

¹⁰ GARRIDO FALLA, Fernando, La Institución Administrativa en la Constitución Española en Revista Internacional de Ciencias Administrativas. 46 (1980), p. 18.

Este es un primer punto importantísimo por consagrar, porque implica establecer una fisonomía de la Administración Pública diferente de la del Gobierno, entendiendo que la primera implementa profesionalmente las políticas que diseña este último, además de prestar servicios a la ciudadanía.

Esto también supone garantizar el acceso y el desarrollo con igualdad de oportunidades en los cargos que emplea la Administración Pública, tema que no hemos logrado garantizar. Hoy día sabemos que 2/3 partes del empleo público no han tenido garantizado este principio, sea porque han entrado por la vía de la contrata o de honorarios permanentes, una cuestión que no debería haber ocurrido. Aquí, por ejemplo, podríamos modificar el artículo 19 N° 17 de la Constitución actual, y que se remonta a 1833, pues garantiza el acceso a las funciones públicas sin exigir igualdad, pasando a ser una norma bastante inútil y que podría reformularse para estos efectos.

Esto no quita, evidentemente, que deban seguir existiendo cargos de exclusiva confianza, pues los Gobiernos necesitan una capa de personal que les permita diseñar las políticas por las cuales fueron votados, pero hay que definir hasta donde van a llegar estos cargos y donde empiezan los técnicos. El límite preciso puede quedar entregado a la ley; pero en la Constitución debería haber un lineamiento orientador que impida generalizar la exclusiva confianza u otros modelos precarios, como el modelo de la contrata, y potencialmente clientelares.

La exclusiva confianza debería restringirse al campo del Gobierno, ni siquiera diría por completo, pues incluso allí el rol de soporte debiera ser técnico. Solo en casos muy calificados debería permitirse, tratándose de cargos en la Administración Pública, pues en ella el principio tiene que ser el del mérito y la capacidad.

Algo que también creo debiera revisarse es el campo de los altos directivos públicos que dirijan organismos, cuyas funciones sean administrativas; es decir, de ejecución de políticas públicas y provisión directa del servicio a la comunidad, que es lo que hoy dice la ley N° 19.882 de 2003, que regula la Alta Dirección Pública. Este grupo debería ser seleccionados mediante un concurso sobre sus atributos profesionales y de gestión, y que sea conducido por un organismo autónomo, algo como el Consejo de Alta Dirección Pública, pero con autonomía; es decir, que no sea dirigido por un funcionario de exclusiva confianza presidencial. Además, yo agregaría que debieran ser prorrogados al menos una vez si cumplen satisfactoriamente con sus deberes y convenios de desempeños, por supuesto, en la forma que indique la ley, para evitar este dispendio increíble de

tener directivos públicos que han sido seleccionados mediante un sistema que en teoría está buscando sus atributos, pero que son removidos o no renovados apenas cumplen sus tres años, como ocurre en promedio.¹¹

La verdad tiene poco sentido montar este sistema con esta rotación, porque no hay institución pública, a mi juicio, que pueda avanzar satisfactoriamente con cambios en su dirección superior cada tres años.

Dentro de este grupo de directivos debiera haber uno por Ministerio que dirija su gestión administrativa, que coordine y supervigile a los servicios públicos que estén adscritos al Ministerio en su dimensión administrativa. Estoy siguiendo la idea de lo que fue “Chile Gestiona”, y que también rescataba hace poco Mario Weissbluth en una columna, como figura paralela a la de los subsecretarios públicos que hoy tenemos.¹²

Además, si vamos a tener un organismo autónomo que se dedique a estas tareas, sería muy interesante que emitiera anualmente un informe sobre el estado del empleo público en el país, tanto el directivo como el no directivo; que sea estadístico y cualitativo, y nos permita saber cómo va evolucionando el Estado. Ciertamente aquí estoy descendiendo a un nivel de mucha concreción, pero es porque creo que aquí lo hemos hecho mal y si no esposamos al poder –y tiramos lejos las llaves– lo más probable es que volveremos a tropezar con la misma piedra.

Por último, en esta idea de separar Administración de Gobierno, creo que sería importante admitir expresamente en la Constitución que, en casos calificados, la ley pueda crear organismos administrativos autónomos. Hoy día tenemos algunos, como el Instituto de Derechos Humanos o el Consejo para la Transparencia. Estos organismos deben quedar fuera de la dirección del Gobierno y eso debería decirlo la Constitución, porque si el Presidente o Presidenta de la República encabeza el Gobierno y la Administración, estos organismos estarían dirigidos por el Gobierno. Creo que tiene que aceptarse que algunos no lo estén, como pasa hoy día con los que están en la Constitución, por ejemplo, la Contraloría, el Banco Central y las Municipalidades que, siendo parte de la Administración, son autónomos. A nivel legal, encontramos el caso del Consejo para la Transparencia.

Además de abrirle ese espacio al legislador, convendría establecer que la provisión o reclutamiento de los órganos directivos de esos órganos tenga que contemplar una postulación abierta

¹¹ Puede verse este indicador, para noviembre de 2020, disponible en:

<https://datastudio.google.com/u/0/reporting/1PvN-ImG2NIMUR2W2L1PL1kVpLrIRLW4Y/page/Eh4d>

¹² Columna “La Constitución y el Estado”, de 29.10.2020, disponible en:

<https://www.elmostrador.cl/destacado/2020/10/29/la-constitucion-y-el-estado/>

y un sistema de audiencias públicas. De nuevo, la idea es evitar eficazmente la captura política de estos organismos.

Esto también debería aplicarse a los programas presupuestarios y los organismos que crea la propia Ley de Presupuestos, pues esta última se ha transformado en una vía oblicua para evitar regulaciones permanentes, como ocurrió con el tope porcentual de las contrataciones, y eso no puede ser. Hay que reconducirla a su sentido preciso.

Eso, entonces, respecto de separar Gobierno de Administración.

Un segundo punto importante para mí es modernizar el estatuto del empleo público. Ya dije mucho al respecto. Solo agregaría que creo que también hay que admitir expresamente la negociación colectiva y la huelga de los funcionarios, hoy prohibidas de manera totalmente estéril, como nos consta a todos, pero regulándola para equilibrar esos derechos con el derecho de los usuarios, el derecho de todas las personas y, ojalá, con un régimen transitorio constitucional que contemple una regulación mínima, para así evitar que siga ocurriendo lo que pasa ahora, en tanto no se legisle. En otras palabras, si hoy la huelga está prohibida, pero de igual forma hay paros, si la permitimos sin una regulación mínima transitoria, no habremos avanzado prácticamente nada.

Un tercer punto consiste en que debiéramos abrir una mayor flexibilidad organizadora y de actuación en la Administración Pública. Los Gobiernos debieran poder reorganizar los Ministerios y Subsecretarías cambiando nombres; agrupando; fusionando, pero, por supuesto, manteniendo las unidades de la Administración y sus funcionarios, me refiero a los funcionarios administrativos. Serían cambios en la capa superior dejando intactas las inferiores, pero que permitirían que el Gobierno intencione su programa o sus fórmulas de coordinación y dirección. Para reformar las capas inferiores de la Administración, en cambio, se necesitaría de una ley.

Con todo, también daría un grado de mayor libertad en la organización de las unidades administrativas, por ejemplo, ampliando el ámbito de duración de las leyes delegatorias que permiten dictar decretos con fuerza de ley en materia organizatoria, que actualmente es de un año solamente. Deberíamos tener leyes delegatorias con una duración más amplia que permita a los Gobiernos tener una flexibilidad. Esto, manteniendo también otras flexibilizaciones que se han estado dando en el último tiempo, como ocurre a nivel municipal en que los Concejos, con un conjunto de restricciones, pueden crear o suprimir empleos y bajar remuneraciones; o con la fijación de las rentas de las altas autoridades políticas que también salieron de la ley y pasaron a una comisión constitucional *ad hoc*. Lo importante es que, garantizando la contención del gasto, generemos flexibilidad para la gestión.

Por último, en cuanto a la legalidad, creo que tradicionalmente hemos tenido un enfoque que enfatiza una vinculación positiva muy estricta, que nos lleva al final a que “quien nada hace, nada

teme". No dudo que la vinculación positiva, es decir, la exigencia de habilitación expresa previa de la ley para la actuación administrativa debe mantenerse cuando esta pueda restringir derechos, pero en los demás casos deberíamos abrirnos a una mayor flexibilidad para no detener la innovación y paralizar la gestión pública, conteniendo siempre el gasto.

Para ir terminando, otro tema que evidentemente debemos abordar es el de la descentralización. Desde 1925 las directrices constitucionales no han bastado. Por eso creo que la Constitución aquí tiene que ser enfática, manteniendo lo que se ha avanzado, es decir, la elección democrática de autoridades regionales, pero señalando en la Constitución cuáles son las competencias de la capa regional y las de la nacional, y estableciendo un plazo definido de transición para que sean las primeras asumidas por el nivel regional o seguiremos esperando a Godot en esta transferencia por cuantagotas.

También habría que indicar en la Constitución qué poderes especiales van a tener los Gobiernos Regionales en las áreas metropolitanas, especialmente porque aquí no solo se necesita que el nivel central transfiera competencias al GORE. Necesitamos que el GORE tenga competencias para disciplinar a los municipios en transportes, en residuos, en ordenamiento territorial, en urbanismo. Dicho de otro modo, que absorban algunas competencias municipales. Además, la Carta Fundamental debería darle fuentes propias de financiamiento a los Gobiernos Regionales acordes con sus competencias. En las áreas metropolitanas, por ejemplo, se impone una redistribución distinta del fondo común municipal o mantendremos esta desigualdad urbana que tenemos hoy por hoy en las grandes ciudades.

Cuatro cosas para ir cerrando.

Control. La Contraloría General de la República ha sido un factor muy importante para el funcionamiento de la Administración Pública, pero, en mi opinión, el control de legalidad que realiza debiera restringirse al ámbito presupuestario y de personal, eliminando el control de legalidad *ex ante* de los reglamentos. Es un tema discutible y puede ser polémico, pero la demora que supone la toma de razón no me parece que se justifique. Preferiría el control *ex post* de los Tribunales de Justicia cuando alguien lo requiera.¹³ No me molestaría, y podría ser conveniente, una opinión consultiva dentro de un plazo acotado, pero no más que eso.

¹³ Hago presente que no mencioné la potestad dictaminante de Contraloría porque no aparece en el texto constitucional, pero en el esquema que planteo debiera reducirse. Con todo, creo que éste es un tema que debería resolver el legislador, idealmente generando una justicia contencioso administrativa especializada ágil y desformalizada, manteniendo lo mejor de Contraloría.

Por supuesto, también traspasaría a los Tribunales de Justicia el juicio de cuentas, algo donde diría que hay un alto grado de consenso. Mantendría, por supuesto, la auditoría y el control presupuestario y de personal, que son muy relevantes. Dicho todo esto, no creo que se justifique que el Contralor o la Contralora sean abogados si cambiasen las funciones, y digo todas estas cosas porque actualmente la Carta Fundamental trata todo esto de un modo que impide que la ley pueda tomar otras opciones.

Por otro lado, creo que también sería importante que la Constitución generase un organismo autónomo a cargo de controlar la eficiencia, la eficacia y la calidad de las políticas públicas, superando el foco del control de legalidad que tiene Contraloría. Que opere con un análisis selectivo y aleatorio, y que podría depender incluso del Congreso Nacional. Es la discusión sobre la agencia de calidad de las políticas públicas que tenemos hace cuatro gobiernos como idea; y ésta es una oportunidad para darle un espaldarazo fuerte.

Directrices y principios constitucionales. Mantendría los principios de probidad y transparencia, claves para una buena gestión pública. En esa línea, sería muy conveniente constitucionalizar la existencia del Consejo para la Transparencia y la del Derecho al Acceso a la Información Pública como derecho fundamental explícito. En materia de transparencia hay una interpretación que dice que el artículo 8° de la Constitución es el techo de la transparencia, y me parece que eso es un sinsentido: debería ser más bien el piso que el legislador puede ampliar, siempre respetando los derechos de las personas y admitiendo otros límites legales fundamentados en el interés general.

En probidad habría que encargar al Legislador y a todos los órganos estatales la función de adoptar medidas apropiadas para resolver los conflictos de intereses, incluyendo los problemas de puerta giratoria *pre y post*; es decir, antes de entrar al sector público y al abandonarlo, para garantizar la imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas.

Establecería, también, los principios de rendición de cuentas, de coordinación y solidaridad. El primero, porque nos indica que el poder se ejerce por encargo de otros y en su beneficio. Los dos últimos, porque si aumenta la descentralización serán fundamentales para evitar nuevas asimetrías.

Otro principio que debería contemplarse es el de la participación ciudadana, pues, si alguna lección salta a la vista del estallido social es que la gestión pública debe construirse con las personas. Finalmente, establecería que la gestión pública debe ser eficaz, eficiente y con calidad, como decía en la misma columna que mencioné antes de Mario Weissbluth, exigiendo que un Ministerio deba

encargarse de ello. No quiero decir que la Constitución cree este Ministerio o le ponga un nombre. La Constitución de hoy dice, por ejemplo, que el Presidente o Presidenta de la República puede encomendar a uno o más Ministros la coordinación interministerial y las relaciones del Gobierno con el Congreso. Podría ser una fórmula de este tipo. Lo importante es que la Constitución encargue hacer seguimiento a la eficacia, la eficiencia y la calidad de la gestión pública. Fijarle un domicilio conocido a esta misión es sumamente importante para darle continuidad a estos esfuerzos.

Por último, también establecería en la Constitución la exigencia del análisis del impacto regulatorio de las normas y las políticas públicas, así como su consulta pública, por supuesto, en la forma que indique la ley. Actualmente los mensajes que hace el Gobierno cuentan con un informe financiero de la DIPRES –Dirección de Presupuestos– lo que me parece insuficiente. Cuando vayamos a regular, tenemos que analizar evidencia, sopesar costos-beneficios, hacernos responsables del análisis. No desconozco los esfuerzos hechos en esta materia a través de Instructivos Presidenciales por los últimos Gobiernos, pero, en mi opinión, son insuficientes para cambiar el estado de cosas en esta materia. Un mandato constitucional tendría mejores perspectivas.

Finalmente, recordando a uno de los maestros del derecho administrativo alemán, Otto Mayer, quien al final de su vida escribió en el prólogo de uno de sus libros, en 1923, una frase que ha hecho fortuna: *el derecho constitucional pasa y el derecho administrativo permanece*. Esta frase se entiende con facilidad considerando que le tocó vivir el camino a la unificación alemana, el imperio (1871) y la República de Weimar (1918) tras la Primera Guerra Mundial, sin que eso mermara la continuidad de la Administración Pública.

Por cierto, la frase de Otto Mayer debe relativizarse o todo el ejercicio que estoy haciendo sería inútil. La menciono porque nos pone de bruces frente a una realidad: la Administración Pública es un complejo que maneja muchos recursos y tiene una inercia enorme. Pensar que puede modificarse con ciertos ajustes constitucionales es una ilusión.

Poder incidir en la Administración Pública requiere mucho cuidado, porque esa inercia la hace poco permeable a las simples declaraciones. Debemos buscar la manera de lograr que efectivamente esas declaraciones o principios se implementen. No puedo dejar de recordar la experiencia de las Asambleas Provinciales o la de los Tribunales Contencioso Administrativos en la Constitución de 1925, o la de la carrera administrativa en la Constitución de 1980. Todos ejemplos de cosas que se dijeron y no se hicieron. Por eso digo que debemos ser cuidadosos y creativos o podemos tropezar de nuevo con las mismas piedras.

Eso era lo que había preparado, muchas gracias.

COMENTARIOS

ISABEL ANINAT

Abogada, Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Trabajó en la coordinación de la Comisión de Modernización del Estado del CEP (2016 y 2017).

Voy a partir por agradecer la invitación, es para mí un honor estar en este seminario hoy. Primero, porque me siento un poco volviendo a mi casa no solo porque es CEP - CIEPLAN, sino, también, porque se trata de un tema como éste. Pero, además, porque me toca compartir panel con Enrique y con Alejandro, y también, con Lucas, por supuesto. Enrique y Alejandro fueron y han sido muy generosos en compartir sus conocimientos y experiencias conmigo en los últimos años, en los que me tocó trabajar en los temas de modernización del Estado. Trabajamos en conjunto arduamente y siempre han sido muy apoyadores y entusiastas en generar propuestas transversales, así que les agradezco, nuevamente, y espero que ésta sea la primera de muchas conversaciones que tengamos en torno a la pregunta sobre la modernización del Estado y la Constitución.

Voy a comentar la presentación de Enrique, pero será como un comentario general para seguir conversando. Creo que su presentación cubre muchos aspectos que podrían ser tratados cada uno en sí mismo, aisladamente. Podría ser cada uno un seminario ¿no es cierto?, así es que no quiero referirme a cada punto en específico porque alargaría en exceso mi intervención. Más bien, intentaré dar una respuesta algo general, y como decía, creo que nos van a quedar todavía muchos temas por desentrañar.

El punto de partida es el siguiente: todos los que hemos trabajado en modernización del Estado creo que cargamos con una especie de desesperanza. No sé si desesperanza es la palabra precisa, pero algo tiene que ver. ¿Por qué lo digo? Porque propuestas hay muchas, transversales, acordadas, planteadas, vueltas a plantear; hay técnicos que han logrado acuerdos en una infinidad de temas específicos. Pero, al mismo tiempo, si bien ha habido algunos avances, ellos son muchos menos que los que podríamos esperar. En general, esos avances han ocurrido como respuestas a crisis, crisis de probidad en muchos casos. Estoy generalizando, pero ha sido en esos momentos cuando estas reformas han encontrado su oportunidad, su espacio.

Entonces, como decía, creo que esa suerte de desazón, de desesperanza, que solemos cargar quienes trabajamos en modernización del Estado, por querer ver más avances, por querer ver que las propuestas que se han planteado una y otra vez se tomen en cuenta; por buscar que esas reformas

lleguen a buen puerto. En ese contexto, entonces, la nueva Constitución podría ser una ventana de oportunidad para darle un nuevo impulso a la modernización del Estado.

Por supuesto, una Constitución es fundamental para ver cómo funciona el Estado. Está la estructura del Estado y los principios que deben orientar su funcionamiento, sin embargo, debemos evitar que esta ventana de oportunidad se transforme en el momento de constitucionalizar en exceso.

El riesgo es ver esta nueva Constitución a la luz de ese refrán que dice: *mejor pájaro en mano que cien volando*, y pensar que, si ahora incorporamos muchas de las cosas que hemos trabajado en el pasado, entonces ahora sí vamos a lograr que se materialicen, porque ya las pusimos en la Constitución. Creo que modernizar el Estado debe responder a preguntas sobre cómo el Estado se adecua en el tiempo, no para ahora, no para el próximo año, no para los próximos dos años, sino para una sociedad cambiante. Porque si hay algo que nos hemos dado cuenta este año, es que el mundo cambia y cada vez más rápido.

El problema que tenemos es que la modernización del Estado, como decía antes, es que ha sucedido en hitos, en saltos discretos, en reformas sectoriales o muchas veces por cambios mediante vías excepcionales. Enrique, por ejemplo, nombraba la Ley de Presupuestos. El proceso constituyente nos invita a que pensemos qué reglas o instituciones pueden facilitar que el Estado se adapte a las necesidades y actúe de forma coherente y sistemática, antes que a constitucionalizar determinados órganos y procedimientos.

Porque, en términos de modernización, los avances no son únicamente constitucionales - por supuesto hay cuestiones que son constitucionales-, pero, como dice Enrique al final de su propuesta citando a Otto Mayer, el derecho administrativo permanece por sobre los cambios del derecho constitucional. Ojalá que le dejemos gran espacio al derecho administrativo.

¿Qué debiese estar en una Constitución para estos efectos?, se pregunta Enrique. Y yo estoy de acuerdo con él en algo central: la separación de Gobierno y administración. En la Constitución actual se tratan conjuntamente y así ha sido en nuestra historia constitucional. Este tratamiento conjunto hace más difícil separar la Administración permanente, por una parte, del personal que ingresa con el Gobierno de turno, por la otra. Y si queremos avanzar hacia un modelo de empleo público que no sufra las presiones de la política partidista, ni este sujeto a los vaivenes del ciclo electoral, entonces esa distinción que mencionaba Enrique es clave.

Para ello será fundamental la discusión de régimen político. En países con regímenes parlamentaristas, con un modelo de servicio civil como, por ejemplo, Canadá, Nueva Zelanda, Australia e Inglaterra, esa separación es nítida. Pero, si bien el régimen político y la Administración del Estado

son discusiones que debemos abordar en conjunto y que solemos analizar por separado, me parece que esta distinción debe mantenerse tanto si mantenemos el régimen presidencial, como si transitamos hacia uno semi-presidencialista o parlamentario.

También estoy de acuerdo con muchas cuestiones que Enrique planteó sobre empleo público. Aunque tengo una diferencia: no incluiría a la Alta Dirección Pública en la Constitución, no porque yo no crea en la “ADP”, por el contrario, pero pienso que para que funcione bien el sistema, tenemos que dejárselo a la ley.

¿Cuánto del artículo 38° se cumple hoy por estar en la Constitución?¹⁴ Ya Enrique lo mencionaba. Creo que tenemos que aprender que no porque algo esté en la Constitución significa que va a funcionar mejor. Entonces, separemos Gobierno de la administración, seamos muy estrictos en ello, pero dejémosle a la ley el sistema para que la implementación sea efectiva.

Otro aspecto en que yo estoy de acuerdo con Enrique es introducir espacios de flexibilidad en la organización del Poder Ejecutivo. Y acá hay mucho que podemos aprender de la historia. En 1923 una ley facultó al Ejecutivo para establecer la organización definitiva de las oficinas y servicios públicos, cuatro años después pasó lo mismo. De nuevo en 1931 con la Ley N°5.005, con González Videla en 1947, con Ibáñez en 1953 y así existieron delegaciones legislativas con el objetivo de reestructurar la Administración del Estado en 1956 y 1959. Pienso que esta idea que circula a veces en el sentido de tener un organigrama fijo del Estado, de hacer el mapa definitivo de los ministerios, es una quimera. ¿Por qué? Porque si pensamos a 30 años lo que vemos es un mundo sujeto a cambio permanente, probablemente ello siempre ha sido así, el futuro siempre es incierto, pero por distintas razones, y especialmente por la tecnología, ello parece haberse acelerado y quiero poner dos ejemplos:

- Según el INE al año 2050 el 23 por ciento de la población tendrá más de 65 años y se elevará el número de personas sobre los 80 años. Tendremos más personas mayores que menores de 14 años. El envejecimiento de la población tiene efectos sobre la fuerza laboral y la productividad, pero también en el gasto público, en el sistema de pensiones y en el sistema de salud.

¹⁴ El artículo 38° de la Constitución señala: *Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.*

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

Pensemos eso en términos de servicios públicos, ¿Qué significa otorgar servicios públicos con ese tipo de población?, ¿Qué significa en términos de su impacto en lo fiscal, pero, también, en la manera como se entregan las prestaciones?

- Otro ejemplo. Chile es un país altamente vulnerable frente al fenómeno del cambio climático y ello significa que va a tener efectos sobre la agricultura, la pesca, el acceso al agua, la ubicación territorial de la población, el turismo, los grandes proyectos de infraestructura y el tipo de energía. Traduzcamos eso mismo ahora en ministerios, medioambiente, MOP, vivienda, economía, energía, agricultura y ciencias. ¿Cómo van a actuar coordinadamente para pensar en soluciones que aborden los desafíos del cambio climático con una mirada conjunta?

El punto es cómo pensar un Estado para una sociedad que será cada vez más cambiante y sujeta a mayores incertidumbres. Entonces, como bien dice Enrique, lo que hay que hacer es introducir algunos elementos de flexibilidad. La Constitución de 1980 que, ante una Administración pública que se había desarrollado anteriormente de manera heterogénea e incoherente, trató de establecer un régimen único que lo ordenara. La Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, Ley N° 18.575, justamente apunta en esa dirección. Pero ¿Cuál es la contracara de esa búsqueda de orden? ¿Cuál es el precio que se paga? La rigidez, y ¿Qué ha pasado con la rigidez? Hace que busquemos válvulas de escape. Enrique nombró una, la Ley de Presupuestos. Otra es la Ley de Reajuste del Sector Público.

Yo pensaría que un nuevo texto constitucional busque introducir dos conceptos claves para el funcionamiento del Estado: flexibilidad y coordinación, porque las demandas hoy son cada vez más interdisciplinarias y complejas y, por tanto, exigen crecientemente una acción conjunta de parte de los ministerios y servicios.

Ahora voy a aludir a otra sección de lo que mencionó Enrique, que es la descentralización. Primero, quiero mencionar muy especialmente que incluyo descentralización porque solemos hablar de modernización del Estado enfocados en el Estado central. Pero es necesario unir ambas discusiones y me parece que las nuevas reformas en curso nos ponen en una situación compleja.

La nueva Constitución será redactada con Gobernadores Regionales que estarán recién electos, y con un sistema de traspaso de competencias que ya empezó a operar en esta primera etapa en que estamos. No será fácil, por tanto, cambiar el sistema de traspaso de competencias que está en curso.

Y quiero incorporar tres elementos más:

El primero dice relación con el hecho de que, tratándose de descentralización, es urgente contar con un mecanismo de resolución de conflictos y contiendas de competencias entre los distintos niveles y

las distintas autoridades. La Constitución actual cuenta con un mandato que deja a la ley, pero esta ley no se ha dictado. En el proyecto de Ley de Rentas Regionales se incorpora una propuesta.

El segundo elemento que quiero agregar a la descentralización es uno que quedó pendiente: la descentralización fiscal. Enrique menciona la solidaridad interregional, algo de esto ya está contenido, por supuesto, en el artículo 3° de la Constitución actual¹⁵, pero creo que, como dice Enrique, hay que mirar con mayor detención cuestiones como el Fondo Común Municipal. Yo agregaría también el Fondo Nacional de Desarrollo Regional, el FNDR, ahí está la propuesta de Ley de Rentas Regionales que acaba de ingresar, y todo lo que dice relación con la distribución de los recursos. Manteniendo la responsabilidad fiscal hay un amplio espacio de reformas, no solo constitucionales, sino, también, administrativas y de gestión que podemos hacer y aquí paso un aviso, pues este libro recién publicado toca estas materias: *Más allá de Santiago: Descentralización fiscal en Chile*.¹⁶

Y el tercer elemento es la coordinación. Pareciera que hemos tratado con más profundidad la coordinación entre ministerios o entre servicios públicos, pero mucho menos entre los distintos niveles territoriales. Aquí voy a poner otro ejemplo: la futura nueva Ley de Migraciones, que debe estar pronta a terminar su procedimiento legislativo, exige la dictación de una política nacional de migraciones, y esa política la va a hacer el Gobierno central. Sin embargo, los municipios son las entidades públicas con mayor contacto cotidiano con las personas y la realidad migratoria es muy diversa si la miramos por regiones. En los últimos años, en nuestro país lo que vemos es que los inmigrantes no se distribuyen homogéneamente en el territorio. ¿Cómo aterrizar, entonces, una política nacional de migración a nivel local?, ¿Cómo dar cuenta de heterogeneidad que existe a nivel municipal? ¿Cómo se va a coordinar el Gobierno central con el nuevo gobernador regional? Y ¿Cómo se va a coordinar el gobernador regional con los alcaldes y las municipalidades que tienen, además, realidades tan heterogéneas entre sí?

¹⁵ El artículo 3° de la Constitución dispone: *El Estado de Chile es unitario.*

La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley.

Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.

¹⁶ Disponible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20200712/20200712173318/mas_alla_de_santiago_cep_centrouc.pdf

En otra materia, estoy de acuerdo con Enrique en la importancia de los principios contenidos en los artículos 6°, 7° y 8° de la actual Constitución, donde están, entre otros, los principios de legalidad, responsabilidad, probidad, transparencia. Agregaría, también, participación ciudadana en las políticas públicas.

Y si bien soy una firme convencida de la necesidad de un organismo de evaluación, de una agencia de evaluación, y también de la necesidad de mejorar las capacidades técnicas del Congreso, no pienso que éstas sean discusiones puramente constitucionales.

La Constitución importa por muchas razones y, también importa, por la modernización del Estado. Pero no deben agotarse a nivel constitucional las discusiones, ni las reformas. Hay muchas cuestiones que son de pura gestión y hay varias otras que dependen de reformas que hagamos a ciertas instituciones, incluyendo -y quiero nombrarla muy especialmente- a la Contraloría General de la República, por el impacto que su labor tiene en la administración cotidiana del Estado.

Y yo insistiría con la promesa incumplida de 1925: ahora sí hay que crear los Tribunales Contenciosos Administrativos, especialmente en relación con el debate sobre los derechos sociales y su garantía.

En fin, vuelvo al comienzo. Decía que veo este seminario como una invitación a una conversación que es mucho más larga. Con Enrique hemos tenido la oportunidad de trabajar juntos en el pasado para generar propuesta en materia de modernización.

Yo creo que la nueva Constitución nos brinda la oportunidad de volver a reunirnos y continuar trabajando sobre algo respecto de lo cual todos en este panel estamos convencidos. Algo sobre lo cual, y más allá de las diferencias puntuales que podamos tener, necesitamos seguir impulsando acuerdos transversales para las reformas que se necesitan para tener un mejor Estado para Chile. Muchas gracias.

ALEJANDRO FERREIRO

Abogado, ex ministro de Economía, ex presidente del Consejo para la Transparencia, y autor de trabajos sobre reforma del Estado en Chile.

Muchas gracias a Lucas, al CEP y a CIEPLAN por esta invitación a debatir sobre un tema tan relevante.

¿Qué debe decir la Constitución, si algo y cómo, acerca de la modernización del Estado? Va a ser difícil innovar respecto a lo que dijo Enrique y comentó Isabel, tenemos demasiadas coincidencias en los temas relevantes escogidos y en la sustancia del modo en que deben ser abordados. Con todo, trataré de poner algunos énfasis que me parecen importantes.

Un primer aspecto es el contexto. Es evidente que vamos a enfrentar mayores expectativas sobre la función pública.

Hay una demanda social por un nuevo trato con las personas. Probablemente se va a ampliar el catálogo de los derechos sociales, algunos de ellos van a contener garantías de manera que tengan mayor exigibilidad jurídica directa. Observamos una expectativa de mayor dignidad, igualdad de trato. Las encuestas relevan un déficit importante en esa dimensión y revelan que las personas no se sienten tratadas con igualdad en su relación con la Administración Pública.

Más cantidad y calidad, incluyendo atenciones más oportunas –especialmente en salud–, caracterizan las demandas y expectativas que aspiran a transformarse en derechos, con el efecto de imponer una tremenda presión sobre el Estado.

Más Estado, me parece a mí, es una consecuencia posible, probable, e incluso deseable, de esta reflexión constituyente. Pero ello sólo satisfará expectativas si es un “mejor” Estado. Va a ser imprescindible un mejor Estado porque, entre otras cosas, es muy probable que coincida el debut de esta nueva Constitución con una cierta estrechez fiscal. Y, por tanto, respecto a la función pública –y más que nunca– Chile va a enfrentar el imperativo de la eficiencia. Tendremos que hacer más con menos o similares recursos. También enfrentaremos el desafío de la eficacia: necesitaremos impactos y resultados concretos.

Así las cosas, uno esperaría que los constituyentes que van a reflexionar –probablemente con prioridad– acerca de la expansión del catálogo de derechos sociales o de las prestaciones que el Estado debe brindar a los ciudadanos, le asignen igual importancia a la verificación de las condiciones que le permitan al Estado desempeñarse plenamente, de modo de honrar en la práctica las expectativas que probablemente la nueva Constitución cristalizará por escrito.

Un segundo aspecto relevante se refiere al prestigio y confianza que inspiran las instituciones públicas. Necesitaremos recuperar esa confianza en las instituciones, tan desmejoradas, tan deterioradas en el último tiempo. Y eso requiere, como bien explican estudios de la OCDE, avanzar hacia un Estado con valores y un Estado competente.¹⁷ Un Estado que haga el bien y lo haga bien; es decir, cuyas orientaciones fundamentales sean compartidas por la ciudadanía, pero que el desempeño de sus tareas sea impecable, eficiente y eficaz, que haga bien la pega.

¿Puede una nueva Constitución favorecer la mayor eficacia y eficiencia de la gestión estatal? ¿Puede inducir valores en la función pública y competencias en su desempeño? ¿Cómo? El asunto no es fácil. Siempre se corre el riesgo de una declaración estéril, como aquella que mencionaba en su presentación el mismo Enrique. Pero la definición de objetivos y principios inspiradores, especialmente en algún capítulo introductorio de la Constitución, puede servir de orientación permanente al Legislador y a la acción de los organismos del Estado.

Una Constitución puede, como toda norma jurídica, mandar, prohibir o permitir; pero, además, en cuanto a normas fundamentales, tienen cierto carácter simbólico y orientador, y ello puede ser especialmente cierto si se logra con éxito recrear entre los chilenos un nuevo pacto social y político en una inédita deliberación constituyente democrática. Por ello, la nueva Constitución podría también inducir u ofrecer principios rectores que inspiren las conductas de los distintos actores del Estado.

En el plano directamente jurídico, las normas constitucionales que mandan, prohíben o permiten se aplican a dos campos esenciales de la función del Estado, las que responden fundamentalmente a dos preguntas: ¿Qué hace el estado? Y, en segundo, lugar, ¿Cómo lo hace, como se distribuyen las competencias públicas?

La primera refiere al rol del Estado y se responde definiendo las funciones públicas.

Tenemos las funciones tradicionales del Estado, sobre las cuales no cabe profundizar acá. Pero probablemente habrá otras a propósito de esta previsible expansión de derechos sociales que van a tener como efecto correlativo unas nuevas obligaciones de hacer por parte del Estado.

Es cierto que el perímetro estricto de la acción del Estado no está ni debiera estar definido de manera rígida en el texto de la Constitución. Esto debiera ser parte también del juego político democrático; tener un carácter dinámico, ser evolutivo y adaptativo. No obstante, lo esencial, el

¹⁷ *Trust and Public Policy: How better governance can help rebuild public trust*. OECD, Public Governance Reviews (2017).

núcleo del pacto social referido a lo que el Estado debe hacer, puede hacer y no debe hacer; sí debe estar definido en la Constitución.

En este plano entonces, será muy relevante el catálogo de derechos sociales que impongan obligaciones correlativas para el Estado, incluyendo las eventuales garantías o mecanismos de exigibilidad que permitan avanzar desde una mera aspiración hacia un derecho efectivo y concreto.

Pero junto con la definición de lo que el Estado debe hacer –núcleo en la Constitución, carácter dinámico en la ley y en las políticas públicas–, vamos a tener que preguntarnos sobre el modo en que se distribuyen las funciones públicas, sobre cómo se distribuirá el poder político. Yo creo que aquí hay tres preguntas o tres distinciones que me parecen relevantes:

La primera es la distribución del poder y competencias entre la función de gobernar, como lo hemos entendido tradicionalmente; y otras entidades con rango constitucional que puedan competir o colaborar con el Gobierno para el desempeño de ciertas funciones de Administración. ¿Cómo se va a relacionar el Gobierno, por un lado, con el Congreso, con el Poder Judicial? ¿Y cómo se va a relacionar con los demás órganos constitucionales autónomos como el Banco Central, Contraloría General de la República, SERVEL, Ministerio Público y otras eventuales agencias constitucionales independientes? Por ejemplo, el Banco Central, que es autónomo, es, en definitiva, una sustracción de una función pública desde la órbita de decisiones del Gobierno central hacia un ente diverso con propósito propio y cuya autonomía evita interferencias indebidas que amenacen el debido control de la inflación.

Bueno, de esto ¿Qué se va a preservar? ¿Qué va a retroceder? ¿Qué va a aumentar? Será fundamental resolver a nivel constitucional la esfera o perímetro de competencias del Gobierno electo y la delimitación de funciones y respeto recíproco con otras entidades estatales de carácter autónomo –y más bien independientes– del ciclo político electoral.

Una segunda cuestión que parece fundamental es la distinción entre las funciones del Gobierno a nivel central o nacional, y las funciones de los gobiernos subnacionales –regional y municipal–. Aquí se cruzan dos niveles, porque las relaciones y dilemas entre Gobierno y Administración, que bien planteaba Enrique, va a tener también una réplica en los distintos niveles de los Gobiernos.

Pero lo fundamental es precisar la nueva distribución de roles. Deberemos avanzar hacia una mayor claridad en la definición de las competencias exclusivas y concurrentes entre los distintos niveles de Gobierno. Será inevitable y, a mi juicio muy oportuno, que la nueva Constitución obligue a discernir con claridad respecto de qué hace el Gobierno nacional y qué compete a los gobiernos regionales y municipios. Ello incluye definir cómo se coordina una región con los municipios bajo la lógica de las áreas metropolitanas.

Creo que la oportunidad constitucional permite trazar con la claridad que hoy no existe la distinción de roles y competencias exclusivas; la identificación de las concurrentes o exigencias de coordinación; y las formas de abordar los gobiernos metropolitanos que trascienden fronteras municipales.

Para resolver lo anterior, nos tendremos que preguntar qué bienes y servicios públicos serán provistos por los gobiernos subnacionales. Para ello, utilizando la lógica descentralizadora de la subsidiariedad vertical, según la cual la distribución de potestades de Gobierno y Administración a nivel territorial debe apuntar a que en cada nivel de gobierno se haga aquello que pueda ser mejor resuelto, considerando las economías de ámbito, legitimidad social, complejidad de los asuntos, cercanía al territorio, etc. Por cierto, existe al respecto cierta evidencia y literatura internacional que muestra que algunas materias son más propias del ámbito regional, otras del municipal y, finalmente, algunas del nivel central o nacional. La oportunidad constituyente nos permitirá resolver esto de manera esencial, clara y racional.

Un aspecto fundamental y relacionado al anterior, consiste en definir los espacios constitucionales para una eventual descentralización fiscal. ¿Qué impuestos se pueden aplicar a nivel regional o municipal? ¿Vamos a habilitar ciertos niveles de endeudamiento autónomamente resueltos en los gobiernos subnacionales? ¿Cuáles son los límites y controles en caso de que se puedan aplicar impuestos y endeudamientos a ese nivel, para que ello no amenace la estabilidad fiscal global o valide comportamientos irresponsables a nivel subnacional? Otra vez, la experiencia internacional tiene mucho que aportar en este asunto esencial para una descentralización en serio.

Adicionalmente, creo fundamental establecer a nivel constitucional reglas básicas de transferencias fiscales a los gobiernos regionales que eviten la arbitrariedad en la materia. En efecto, el pasado nos acostumbró a la existencia de afinidad política entre el Director de Presupuestos, el Ministro de Hacienda y los Intendentes Regionales. Pues bien, cuando haya elecciones de gobierno regional, no siempre coincidirán los colores políticos de quien maneja la billetera fiscal y quienes gobiernen las regiones. En tal caso ¿Cómo evitamos la asignación arbitraria, discriminatoria o sesgada por razones partidistas? Si no queremos que esto se resuelva con la Ley de Presupuestos –dado que la Ley de Presupuestos corresponde a las mayorías circunstanciales, que no necesariamente protegerán a algún gobierno regional–, deberemos establecer reglas constitucionales que impidan la discriminación arbitraria en las transferencias presupuestarias a regiones, junto a mecanismos para reclamar y reparar esa práctica en caso de que ello ocurra.

Otro tema relevante, mencionado por Isabel y que hemos conversado en otros foros, se refiere a necesidad de regular la resolución de conflictos de competencias entre los distintos niveles de

Gobierno. Se ha soslayado hasta ahora de manera irresponsable este tema. Quizás esa indiferencia esconda una pretensión, por parte de quienes han redactado las leyes vigentes, en el sentido de negar la hipótesis de tales conflictos o de pretender que ellos se resuelvan mediante la autotutela o la ley del más fuerte. Así, todo conflicto se resolvería, de facto, a favor del Gobierno nacional. Algunos quizás piensen que las actuales competencias legales de los gobiernos regionales son tan menores que la hipótesis de conflicto con el Gobierno nacional es casi nula.

Si bien la omisión de sistemas de resolución de conflictos de competencias en el actual marco constitucional revela que no nos hemos tomado en serio la asignación de competencias y la descentralización hasta ahora, este asunto será ineludible en un nuevo marco constitucional que distribuya equilibrada y racionalmente las competencias entre los distintos niveles de Gobierno. Por ello, infiero que un nuevo Tribunal Constitucional deberá abordar el asunto, cuando el litigio verse sobre competencias asignadas en la Constitución. Si el conflicto es de carácter legal, podrá la Contraloría abordar el asunto, a menos que se establezca una jurisdicción administrativa especializada sobre el particular. Por cierto, será siempre complejo para un Contralor dirimir como juez los conflictos de clara connotación política entre el nivel central y regional, razón por la cual un órgano colegiado y especializado parece preferible.

Una derivación concreta de la necesaria distinción entre las funciones de Gobierno y Administración exige responderse qué dispositivos constitucionales se adoptarán para evitar la captura de la Administración por parte del Gobierno. En tal sentido, debiéramos aspirar al desarrollo de una carrera funcionaria que, lo decía Enrique, sea tutelada por un órgano que esté fuera del Gobierno, quizás por una Alta Dirección Pública de rango constitucional. Y quizás aquí discrepo de Isabel, porque efectivamente creo que debiera tener rango constitucional el órgano encargado de la implantación, desarrollo y evolución de la carrera funcionaria. De otra manera, muy difícilmente vamos a romper la inercia que ha permitido fusionar y confundir en la práctica al Gobierno y Administración.

Vamos a tener que establecer responsabilidades institucionales, ojalá para velar por la eficiencia y modernización permanente de la función pública administrativa. Cuando echamos de menos avances en la modernización del Estado ¿A quién le pasamos la cuenta? ¿Quién es el responsable en el organigrama actual de que el Estado sea global, transversalmente, y colectivamente más eficiente? Pues nadie. Se traslapan y diluyen finalmente las responsabilidades entre la Dirección de Presupuestos, el Ministerio de Hacienda, el Ministerio del Interior e, incluso, el Presidente de la República. Nos falta asignarle domicilio claro a la responsabilidad de modernizar el Estado. Yo creo que hay que pensar en eso para que, en la lógica de una Administración independiente, quien tenga esa responsabilidad fundamental, tenga una proyección en el tiempo que supere los ciclos

políticos electorales; pero también, las competencias y recursos adecuados para esa función tan esencial como pendiente.

Ahora bien, y no nos engañemos en esto, mientras mayor sea la autonomía o profesionalización del servicio civil, mayor deberá ser el esfuerzo para evitar el riesgo de anquilosamiento o irresponsabilidad de la burocracia.

Las elecciones al menos proveen un sistema periódico de rendición de cuentas, que no aplica ni tiene reemplazo equivalente en el caso de los órganos constitucionales autónomos. Por eso, deberemos pensar en controles recíprocos, mucha transparencia e indicadores claros que permitan alinear las exigencias del bien común con el desempeño efectivo de los órganos de administración o autónomos del Gobierno.

Frente al desafío de establecer dispositivos de control para ese riesgo de autarquía o indiferencia excesiva frente a las preferencias de los Gobiernos o de los ciudadanos, será especialmente conveniente ampliar la concursabilidad del servicio civil. Para ello, favoreciendo no solo el reclutamiento competitivo de los mayores talentos disponibles, sino la movilidad y carrera funcionaria, tanto vertical como horizontal, de modo que esa carrera pueda desplegarse en la totalidad de la Administración y no, como ocurre hoy, dentro de los estrechos límites de cada servicio público.

De igual modo, esa carrera debiera basarse en evaluaciones de desempeño serias y con consecuencias. En el caso de los altos directivos, será necesario reforzar el valor de los convenios de desempeño: si no se cumple el convenio de desempeño, se habilita la remoción, pero ésta no debiera aplicarse respecto de quien sí cumplió lo que se le pidió. No puede ser que los convenios de desempeño tengan hoy tan poco valor para resolver la continuidad de los jefes de servicios.

Un comentario en un ámbito diverso: la regulación de la actividad económica en sintonía con lo señalado antes por Enrique Rajevec. Creo que debemos mirar cómo reducir o matizar el alcance de la reserva legal en la regulación de la actividad económica, ampliando explícitamente las potestades reglamentarias de la administración. La ley protege al ciudadano del riesgo de abuso de la Administración, es cierto, pero no podemos legislarlo todo. En la práctica, el Congreso se transforma en un cuello de botella que impide la actualización de una regulación cada vez más compleja y que opera sobre contextos en permanente y vertiginoso cambio. Algo de esto puede resolverse si avanzamos hacia un régimen parlamentario con Congreso unicameral. Ello puede ayudar a una mayor eficiencia del Legislativo, aunque, en tal caso, se elimina de raíz la diferencia entre Gobierno y ley; por lo que no cabría asignarle a la intervención del Congreso una protección adicional respecto de la acción del Gobierno en un régimen presidencial.

Pero en ausencia de sistemas unicamerales y en ausencia de un sistema parlamentario que garantice el alineamiento entre Congreso y Gobierno, vamos a tener que buscar una manera de regular la actividad económica que no quede constreñida por la necesidad del cambio legal permanente. Algo de esto ya se probó, y con éxito, al constituir la Comisión del Mercado Financiero.

A cambio de una conformación colegiada y relativamente transversal –que reduce el riesgo de sesgo partidista, arbitrariedad y captura–, es posible extender el ámbito de las potestades normativas de órganos estatales llamados a regular actividades con un dinamismo, especialización y continuidad que no se condicen con la acción del Congreso.

Un aspecto básico de un Estado moderno y sometido a evaluación de desempeño son las evaluaciones de impacto o resultado de las políticas públicas. Esto no requiere necesariamente regulación mediante rango constitucional, es cierto, pero probablemente admita reflexión en ese ámbito, toda vez que pueden ser parte de un sistema integral y moderno de control respecto de la función pública. No han sido suficiente los grandes acuerdos transversales, los libros escritos, las propuestas, incluso los programas de gobierno para convencer a las Direcciones de Presupuestos de cada Gobierno, a diversos Ministros de Hacienda e incluso a los parlamentarios de oposición, en cada circunstancia, para instalar de verdad un sistema de evaluación de impacto. Y aquí hay que pensar en la doble dimensión: una *ex ante*, de evaluación de impacto –incluido el impacto regulatorio–, de los efectos esperados de programas o políticas, o de objetivos deseables y esperados de cada proyecto de ley que se plantea. Solo cuando hay una explicitación *ex ante* del impacto esperado será posible hacer un cotejo *ex-post* para contrastar lo prometido con lo logrado. La evaluación *ex post*, para que sea efectivamente creíble y validada por todos, tiene que ser vista como objetiva y neutral respecto del juego político. Por eso se requiere una agencia independiente, ojalá de rango constitucional, pero que tenga coordinación fluida con el Gobierno y el Congreso, de modo que los informes que se realicen tengan consecuencias efectivas en el debate público y presupuestario.

Es triste constatar hoy los informes que encarga la Dirección de Presupuestos a organismos académicos o de expertos, que revelan, en muchos casos, resultados manifiestamente insuficientes en ciertos programas –al punto que queda de manifiesto en muchos casos un claro despilfarro del gasto público–, y que parecen carecer de toda influencia en la continuidad presupuestaria de lo evaluado. Al parecer, pesan más las inercias, las presiones gremiales o de ciertos sectores políticos, que la evidencia del mal uso de los recursos públicos.

¿Cómo logramos que una evaluación bien hecha tenga consecuencias? ¿Cómo avanzar hacia decisiones basadas en la evidencia? Creo que hay que pensar un diseño institucional para que la

agencia de evaluación de políticas públicas tenga efecto, demostrar que los programas deban suprimirse si son mal evaluados o, al menos, que se requiera un quórum especial de insistencia en tales casos por parte del Gobierno y del Congreso.

Finalmente, la Administración Pública y la modernización del Estado supone controles, incluidos los controles políticos. Habrá que pensar cuáles se aplicarán a los distintos órganos de Gobierno y Administración. ¿Las acusaciones constitucionales? ¿Habrá revocatorias de mandato? ¿Se aplicarán estos mecanismos a los responsables de los órganos constitucionales autónomos o ello sería, por definición, un golpe letal a su pretendida autonomía?

En ese campo cabe, también, la definición de la existencia y competencias de un nuevo Tribunal Constitucional que vele por la efectiva supremacía del texto constitucional que resulte del esfuerzo constituyente de los próximos meses.

Vamos a tener que revisar, también, el marco básico del sistema de control de legalidad en manos de la Contraloría General de la República. En esto, lo que plantea Enrique va en la dirección correcta: concentrarse en lo esencial y minimizar probablemente los tipos de control paralizantes o dilatorios y que, por lo mismo, generan un dilema complejo entre control y expedición de la función pública.

La toma de razón debiera ser excepcional y reducida a lo esencial, prefiriendo, en cambio, el control social, la transparencia, la rendición de cuentas, la participación social y la aplicación de duras sanciones para quienes sean sancionados por mal uso de los recursos públicos.

Y coincido también con Enrique -quizás nuestro pasado común en el Consejo de Transparencia nos empuja a ello- en que debiera tener rango constitucional el Consejo para la Transparencia.

Todos los órganos de la Administración del Estado deben estar sometidos a las mismas exigencias en materia de transparencia y al control externo de su cumplimiento.

Las reglas de acceso a la información y las causales de excepción pueden, naturalmente, ajustarse al carácter de cada órgano, pero no es razonable que determinados órganos se autorregulen en esta materia y otros estén expuestos a control por terceros. La autorregulación no es creíble en el campo de la transparencia. Si el acceso a la información queda entregada a la voluntad de quien debe concederla, deja de ser un derecho ciudadano y pasa a ser una mera concesión graciosa del órgano público con nulo efecto sobre el control social y la prevención de malas prácticas.

En Chile tenemos hoy esta desigualdad de trato en materia de transparencia al interior del Estado, y la nueva Constitución puede y debe abordar el asunto.

Muchas gracias.