

FUNCION PUBLICA ADMINISTRATIVA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Francisco Zúñiga Urbina,
Profesor de Derecho Constitucional,
Universidad Central y Universidad La República

I. PROLEGÓMENOS

A modo de prolegómeno es menester afirmar que el examen histórico de la función pública administrativa nos remite a múltiples problemas ligados a los órganos de la Administración del Estado y su personal (reclutamiento, ascenso, disciplina, remuneración, conflictos, entre otros), por lo que la función pública es una realidad dinámica, como el concepto mismo de función, ya que es la actividad desplegada por órganos (oficios) para la realización de los fines del Estado¹.

El concepto función pública encuentra sus raíces etimológicas en la voz latina *funtio* (*fungor-fungi*), que quiere decir cumplir, ejecutar, desempeñar; y la voz latina *publici* que quiere decir lo público o relativo a la organización política. La dinamicidad de la función pública administrativa, está ligada a la concepción o la idea que cada uno se haga del Estado (M.M. Diez)². De este modo, el Estado absolutista o el Estado jacobino-napoleónico tienen modelos burocráticos o de función pública de "estructura cerrada", y en oposición a estos modelos el Estado democrático importa una cierta politización partidaria de la función pública, cuyo máximo exponente fue el *spoils system* anglosajón en la versión de A. Jackson. En este orden de ideas el modelo weberiano de "dominación legal racional", importa la recepción en el Estado de Derecho, de viejos modelos burocráticos tomados del Estado absolutista prusiano y racionalizados en relación al poder político, en una lógica instrumental de poder, calzando su legitimidad en la del Estado democrático³.

Luego, la reflexión en torno a la función pública administrativa lastra con el modelo weberiano, por lo que la burocracia civil y militar emergen como cuer-

pos con legitimidad instrumental (intereses y bienes públicos) a la del poder político democrático. Este lastre es especialmente observable en la función pública de "estructura cerrada", en que el estatuto de la función importa garantizar la situación laboral del empleo público en razón del interés público. Así, en una visión moderna del Derecho Público de la función pública administrativa como la de Luis Ortega Alvarez, se señala: "El caso concreto de la protección del funcionario frente al despido *ad nutum*, existente en determinadas etapas históricas, obedece, dentro del esquema en el que se ve un interés público en la organización administrativa, a dos razones concretas de tipo político y técnico. Así, la necesidad de una neutralización del aparato del Gobierno, como negación del *spoils system*, exige la garantía del puesto de trabajo, como asimismo, lo exige desde un plano puramente técnico, la especialización del burócrata a través de la experiencia en el empleo... Es decir, esta garantía personal de que goza el funcionario no es sino el reflejo de la necesidad de autonomía que requiere la actuación administrativa para que esta sea eficaz, manteniendo la superioridad de las razones de orden técnico sobre las de otro tipo, pues solo aquellas aseguran su subsistencia como modelo organizativo"⁴.

En la moderna Ciencia de la Administración, la función pública administrativa responde a varios modelos posibles de organización y de empleo público como es el sistema de carrera y sistemas alternativos (V. gr. sistema del *program staffing* o funcional). No cabe duda que en la materia en comento el constituyente optó por un sistema de carrera (art. 38, inciso 1º C.P.R.) que posee atributos específicos: profesionalismo, vocación de servicio, *status* individual, programación del personal, estabilidad y seguridad de la relación de empleo (Mosher-Cimmino); pero ello no supone una visión de la función pública de "estructura cerrada", ya que los sistemas de carrera y funcional son solo modelos que admiten matices y grados de combinación muy significativos, que hace de los

¹ GIANNINI, M. S.: *Derecho Administrativo* (trad. L. Ortega), Vol I, MAP, Madrid, 1991, págs. 156 y ss.

² DIEZ, Manuel María: *Derecho Administrativo*, Edit. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, Tomo III, págs. 329 y ss.

³ WEBER, Max: *Economía y Sociedad*, FCE, México, 2º edic., 1964, 7ª reimp., 1984, págs. 695 y ss, en especial 706-708 y 716-752.

⁴ PAREJO, L., ORTEGA, L. y otros: *Manual de Derecho Administrativo*, Edit. Ariel S.A., Barcelona, 1990, pág. 424.

También Frederick C. MOSHER y Salvatore CIMMINO: *Ciencia de la Administración*; Editorial Rialp S.A., págs. 494-508, Madrid, 1961.

sistemas reales o empíricos estructuras muy poco rígidas.

Nuestro comentario crítico parte del supuesto que el sistema de carrera o funcionariado en la Administración con apoyatura en la Constitución, no contiene una visión iusfundamental de la función pública administrativa de "estructura cerrada" en sus elementos específicos, permitiendo por lo tanto un amplio margen a la discrecionalidad del legislador.

Ciertamente, no es este el lugar para tratar la naturaleza de la función pública y materias conexas, objeto de importante desarrollo doctrinal en Derecho Administrativo y que es parte de la teoría del Estado en términos latos. El propósito de este trabajo se limita al comentario crítico acerca de la visión de la función pública administrativa de la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, que no termina de cuajar en una "visión" o doctrina jurisprudencial consistente. Además tienen especial interés las dos visiones de la función pública administrativa, de "estructura cerrada" y de "estructura abierta", recogidas en la prevención y disidencia de la sentencia rol N° 276 del Tribunal⁵.

En consecuencia abordaremos primero el comentario a la sentencia rol N° 276 del Tribunal Constitucional recaída en el proyecto de ley que moderniza el sistema de remuneraciones del personal del Ministerio de Obras Públicas, servicios dependientes y del Instituto Nacional de Hidráulica, que con fecha 10 de junio de 1998 fue remitido al Tribunal para que este ejerciese su competencia del art. 82 N° 1 de la Constitución, de control preventivo y obligatorio de constitucionalidad de preceptos orgánico constitucionales, habiéndose verificado cuestión de constitucionalidad previa en el *iter legis*, y cerramos el comentario con una visión sinóptica de la jurisprudencia de la Corte Suprema en sede de protección en la materia.

II. COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL N° 276, DE 1998

El Tribunal Constitucional en fallo de mayoría declaró inconstitucionales los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8° permanentes y 2° transitorio del proyecto de ley que moderniza el sistema de remuneraciones del personal del Ministerio de Obras Públicas, de sus servicios dependientes y del Instituto Nacional de Hidráulica.

En cuanto a la argumentación del Tribunal Constitucional, este vuelve a un viejo tópico jurisprudencial, la relación ley-reglamento en nuestro ordenamiento jurídico, que en otro lugar hemos comentado⁶.

Con todo, es atingente reproducir algunos de los fundamentos jurídicos de la sentencia (STC rol N° 176) en comentario, a saber:

"5° Que con el propósito de hacer operable el nuevo sistema que se consagra, el artículo 2° del proyecto dispone la creación de una nueva planta de funcionarios y contempla las disposiciones que regirán su conformación. En este precepto, en cuanto resulta atinente con el razonamiento de esta sentencia, se contienen básicamente las siguientes normas: 1) se establece una planta de personal especial de cargos críticos, de naturaleza variable; 2) se dispone que dicha planta esté compuesta por aquellos cargos de las plantas permanentes del Ministerio de Obras Públicas, sus servicios dependientes y del Instituto Nacional de Hidráulica que correspondan al desempeño de funciones calificadas como críticas y que se transfieran a ella; 3) se prescribe que los cargos traspasados de las plantas permanentes a la nueva planta denominada "especial de cargos críticos" se entenderán excluidos de sus plantas de origen y se mantendrán en aquella "en tanto las funciones a ellos asignadas conserven su condición de críticas", y 4) se expresa que si la función asignada a un cargo deja de ser crítica, dicho cargo "será repuesto en su planta de origen por el solo ministerio de la ley".

"9° Que el artículo 60, N° 14), de la Carta Fundamental dispone que "Solo son materias de ley: "Las demás que la Constitución señale leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República". Por su parte, el artículo 62, inciso cuarto, N° 2°, de la misma Carta, prescribe que "Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: "Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados sean fiscales, semifiscales, autónomos, de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones.

De la relación armónica de los preceptos antes transcritos se infiere con nitidez de la aprobación o modificación de las plantas del personal de los servicios de la administración del Estado, entre los cuales se encuentra por cierto el Ministerio de Obras Públicas y sus servicios dependientes o relacionados, solo puede efectuarse por ley, a iniciativa exclusiva del Presidente de la República. También es factible, dentro de nuestro ordenamiento constitucional, y ello es de ordinaria frecuencia, que la aprobación o modificación de dichas plantas se realice mediante decretos con fuerza de ley, a condición de que se cumplan cabalmente las exigencias que establece el artículo 61 de la Constitución".

"10° Que en suma, y en cuanto dice relación con el caso *sub-lite*, la creación, modificación o supresión de las plantas de personal en estudio como, asimismo, la fijación de las atribuciones de sus cargos o empleos es una materia de "reserva legal" que excluye la posibilidad de que ella sea establecida por decretos supremos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria, autónoma y menos todavía, de ejecución, del Presidente de la República. Al respecto cabe destacar que es la

⁵ GAZIER, François: *La Fonction Publique Dans Le Monde*, Editorial Cujas, 1972, pág. 22- 30.

⁶ ZÚÑIGA, Francisco: "Ley y Reglamento en la jurisprudencia Constitucional", Cuadernos de Análisis Jurídico (próxima publicación).

Constitución la que establece las materias que son propias de ley, de manera tal, que la ley que pretenda alterar esa competencia y disponer que por un decreto puede modificarse lo establecido en una norma legal es abiertamente inconstitucional”.

“13° Que recapitulando lo expresado y demostrado en los considerandos precedentes puede establecerse, indubitadamente, que: a) el sistema diseñado en el proyecto opera sobre la base de modificar las plantas permanentes del personal del Ministerio de Obras Públicas, de sus servicios dependientes y del Instituto Nacional de Hidráulica; b) las señaladas plantas permanentes se encuentran contenidas en decretos con fuerza de ley; c) su modificación mediante el traspaso de cargos que ellas contienen a la nueva planta de personal especial de cargos críticos, se autoriza efectuarla por medio de decretos supremos expedidos bajo la fórmula “Por orden del Presidente de la República”, y d) de acuerdo a lo prescrito en la Constitución la modificación de las plantas de personal *sub-lite* sólo es materia de ley”.

“14° Que analizado el artículo 2° del proyecto remitido, a la luz de lo expuesto en el considerando anterior, fuerza es concluir que dicho precepto es inconstitucional, pues vulnera el artículo 60, N° 14), en relación al artículo 62, inciso cuarto, N° 2° y 32 N° 8°, de la Carta Fundamental, e infringe, además, los artículos 6° y 7° de la misma Carta y el principio básico de jerarquía normativa subyacente en nuestro ordenamiento constitucional, pues autoriza modificar normas de carácter legal por medio de decretos supremos”.

“15° Que la tesis sostenida, en orden a que el proyecto de ley sería el que contiene las normas necesarias para que opere el nuevo sistema y que los decretos cuya dictación se autoriza bajo la fórmula “Por orden del Presidente de la República”, constituirían simplemente actos administrativos, expedidos en virtud de la llamada “Potestad Reglamentaria de Ejecución”, resulta definitivamente inadmisibles, pues la ley solo se limita a crear la denominada “planta especial de cargos críticos” como una estructura, hasta allí, inerte o carente de contenido. De esta manera los supuestos decretos supremos a los que la ley, mediante el sistema de remisión, les otorga el cometido de traspasar cargos, lejos de constituir meros actos de ejecución de la ley configuran verdaderas normas legales creadoras de la sustancia gracias a la cual la nueva estructura nace a la vida jurídica y modifican decretos con fuerza de ley”.

“18° Que declarado por el Tribunal que un determinado artículo de un proyecto es inconstitucional, igualmente lo son aquellas normas del mismo que se encuentren tan ligadas con aquel, que por sí solas carezcan de sentido, se tornen inoperantes o, dada la íntima conexión entre sí, se pueda presumir razonablemente que los órganos colegisladores no las hubieren aprobado. A este respecto resulta ilustrativo lo que expresa Cooley, citado por Alejandro E. Ghigliani, en su obra “Del Control Jurisdiccional de Constitucionalidad...”.

La *ratio decidendi* de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad formal y competencial descansa una vez más en una doctrina jurisprudencial del Tribunal que parecía abandonada, la *doctrina de las reservas de ley absolutas*, que exigen al legislador el apoderamiento de las materias de dominio legal en sus elementos esenciales y accidentales⁷. El Tribunal al retornar a la doctrina de la “reserva legal absoluta”, reordena el ámbito de la potestad legislativa y de la potestad reglamentaria, en particular en relación al sistema de “plantas críticas” para una categoría de funcionarios públicos. Consecuencialmente, el fallo de mayoría no profundiza en la relación reserva legal y sistema de garantías; ni en un concepto de función pública administrativa a partir del inciso primero del artículo 38 de la Carta.

Sin embargo, de la sentencia en comento tienen también interés doctrinal y jurisprudencial en relación a la función pública administrativa y los conceptos de derecho fundamental y garantía, en especial en lo consignado en la prevención de la Ministra Sra. Luz Bulnes y la disidencia de los Ministros señores Juan Colombo, Mario Verdugo y Hernán Alvarez.

III. COMENTARIO A LA PREVENCIÓN DE LA S.T.C. ROL N° 276, DE 1998

La previniente en la sentencia recoge una interesante argumentación acerca del funcionariado como garantía constitucional, esbozada con anterioridad en una disidencia del abogado integrante señor Eduardo Soto en STC rol N° 248, de 1996, y en sentencia rol N° 239, de 1996; ampliando, además, el canon o parámetro de constitucionalidad a los artículos 6°, 7°, 32 N° 8, 60, N° 14, 62, inciso cuarto N° 2 y 63 de la Constitución y artículos 1°, inciso primero, y 19 N° 2, 17 y 26, 35 y 38 de la Carta, y estimando que el proyecto modifica la Ley N° 18.575 orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Luego, cabe reproducir algunos de los fundamentos jurídicos de la prevención, a saber:

“2° Que, cabe reiterar lo expresado en la sentencia, que el contenido de las normas del proyecto constituyen en su totalidad un sistema jurídico distinto al señalado en la Ley N° 18.575, respecto a la carrera funcionaria, reglada en el Párrafo 2° de dicho cuerpo legal. Este nuevo sistema difiere fundamentalmente del establecido en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado en cuanto al ingreso a la carrera funcionaria, a las promociones, a la estabilidad en el empleo y al sistema de remuneraciones”.

⁷ Sobre el concepto de reserva legal es obligada la consulta de: OTTO PARDO, Ignacio: *Derecho Constitucional Sistema de Fuentes*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1987, pág. 135 y ss.

STARCK, Christian: *El Concepto de Ley en la Constitución Alemana*, CEC, Madrid, 1979, págs. 39 y ss., págs. 383 y ss.

“3° Que para analizar la constitucionalidad de este nuevo sistema es preciso, antes que nada, determinar cuál es el contenido del artículo 38 de la Constitución, transcrito en el considerando 1° de esta prevención.

De su texto se desprende que la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado debe referirse a las siguientes materias:

- a) la garantía de la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que debe fundarse;
- b) asegurar la igualdad de ingreso a ella, y
- c) la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes”;

“4° Que tratándose de los funcionarios de carrera de la Administración del Estado la garantía de una carrera funcionaria y la igualdad de oportunidades de ingreso a ella constituyen *derechos para los empleos públicos* que el constituyente ordena que sean regulados por una ley orgánica constitucional”.

“6° Que, como consecuencia de lo anterior, resulta que el mandato que el constituyente da al legislador orgánico constitucional consistente en garantizar una carrera que respete el derecho al ascenso, la estabilidad en el empleo y la igualdad de oportunidades de ingreso a ella”.

“9° Que de un análisis de estas disposiciones resulta que la planta variable de funciones críticas no respeta el derecho al ascenso en la planta de origen y menos aún en la de cargos críticos. Además, no se concilia con la estabilidad en el empleo, requisitos ineludibles para que se cumpla con la garantía de la carrera funcionaria que exige el artículo 38 de la Constitución”.

“10° Que el artículo 38 de la Constitución, junto con señalar al legislador orgánico que debe garantizar la carrera funcionaria, establece otro derecho para los funcionarios de carrera de la administración pública, cual es el de igualdad de oportunidades de ingreso a ella”.

“15° Que, es evidente que el *principio de igualdad* en cuanto al ingreso a la carrera funcionaria, que establece el artículo 38 de la Constitución, es un *derecho fundamental* y, en consecuencia, tanto el legislador orgánico como el intérprete no puedan afectarlo o interpretarlo de tal manera que el ingreso a la dicha carrera sea discriminatorio y no respete las reglas de racionalidad como sería si se aceptara el ingreso por designación directa para ciertos funcionarios obviando los concursos a que deben sujetarse los demás empleados de carrera”.

“16° Que el “principio de razonabilidad tiene como finalidad preservar el valor justicia, y ello en un doble sentido: tanto en cuanto justicia material, como en cuanto ese valor justicia está incorporado formalmente a la Constitución”. “En suma, la razonabilidad se controla judicialmente como contenido de todos los actos y funciones del poder-leyes, reglamentos, actos administrativos, sentencias, etc.”. (Bidart Campos, Germán. “Manual de Derecho Constitucional Argentino”. Edit. Ediar, Buenos Aires, págs. 210, 211).

“17° Que la prevalencia de los derechos fundamentales sobre las potestades públicas aparece claramente establecida en el texto expreso de nuestra Constitución Política y se desprende con claridad de las disposiciones siguientes”.

La prevención reseñada en algunos de sus fundamentos jurídicos destaca por una impropia confusión entre derechos, garantías y principios constitucionales, a propósito del principio de carrera funcionaria y de igualdad de oportunidades comprendidos en el inciso primero del artículo 38 del Constitución, que pasan a ser concebidos como “derechos fundamentales” (Cons. 4° y 15°)⁸.

Además la prevención retorna a una antigua doctrina jurisprudencial del Tribunal recogida en disidencia de la sentencia rol N° 248, de 1996 (apartado B, N° 1 a 9), y en sentencia rol N° 239 del mismo año. También esta doctrina jurisprudencial (cuyo autor es el abogado integrante Sr. Soto) concibe a la *carrera funcionaria* como “garantía” o “derecho”, la que debe fundarse en principios de carácter técnico profesional, o mejor dicho, se establece la “carrera funcionaria” como una “garantía para los funcionarios públicos, garantía que la Constitución encarga en su regulación normativa a una ley orgánico-constitucional”. Reitera esta confusión el Tribunal en sentencia rol N° 239: al concebir la “carrera funcionaria” como “un derecho fundamental de los funcionarios públicos” que para su operatividad implica “la estabilidad en la función o empleo; la promoción, es decir, la posibilidad de ir ascendiendo, grado a grado, en ese *cursus honorum* que es la carrera funcionaria, y que conlleva el derecho a que se respeten las reglas del ascenso; la calificación en el desempeño de sus cargos, que hace posible la promoción; y la capacitación y perfeccionamiento, que permiten su mejor desempeño en la función, una mejor calificación funcionaria y la consecuencial posibilidad de promoción”. (Cons. 8°).

En suma, la previniente como cierta doctrina jurisprudencial no consolidada del Tribunal se inclinan por una concepción de la función pública administrativa de “estructura cerrada” (F. Gazier), no explícita en el inciso primero del artículo 38 de la Constitución ni en la legislación estatutaria, para lo cual recurren a la confusión entre derechos, garantías y principios constitucionales, refuerzo garantístico que entronca con la doctrina de las reservas legales absolutas, recogida por el Tribunal en la sentencia comentada.

IV. COMENTARIO A LA DISIDENCIA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, ROL N° 276 DE 1998

En cuanto a la disidencia esta tiene especial valor argumentativo, ya que aplica como regla hermenéutica básica la teológica o sistémica y reconoce un margen razonable de discrecionalidad al legislador (“dig-

⁸ Tal confusión conceptual no se encamina a encuadrar el tema en la vieja doctrina germana de las garantías institucionales, sino en una “patrimonialización” del funcionariado y los derechos del funcionario frente a la Administración.

nidad" y "deferencia" con el legislador). Los fundamentos jurídicos más relevantes de la disidencia se reproducen a continuación:

"1 -Que las disposiciones contenidas en los artículos permanentes y transitorio del proyecto de ley examinado, y ya transcrito en su integridad en el cuerpo de esta sentencia, constituyen materias propias de normas orgánicas constitucionales a que se refiere el artículo 38, inciso primero, de la Constitución Política de la República".

"3 -Que la finalidad de este proyecto de ley, en cuanto crea una planta especial de profesionales definida como crítica, y confiere una asignación especial a quienes accedan a ella, según los antecedentes y motivos del Mensaje y de lo que al efecto expusieron durante su discusión legislativa el señor Ministro titular de Obras Públicas y el Ministro Subrogante de ese Ministerio, encuentra su explicación en la necesidad de evitar el éxodo de los profesionales más calificados de esa Secretaría de Estado y de sus servicios dependientes, puesto que regularmente se desplazan al sector privado dado el aumento de infraestructura que se advierte a contar del año 1992 y, además para incentivar la eficacia que le compete cumplir".

"6 -Que, para decidir cómo lo hacen y declarar la inconstitucionalidad de la totalidad de las normas consultadas del proyecto de ley examinado, los sentenciadores han considerado que el artículo 2° del proyecto, que es el que crea la planta paralela especial de cargos o funciones críticas, y autoriza su implementación y manejo mediante decretos supremos, viola los artículos 6°, N° 14 y 62, inciso cuarto, N° 2, de la Constitución, puesto que, de acuerdo con esta normativa la modificación de las plantas permanentes del personal del Ministerio de Obras Públicas y sus servicios dependientes, es materia exclusiva de ley".

"7 -Que, para emitir opinión en esta delicada materia, debe tenerse muy en cuenta que el Tribunal Constitucional es el intérprete oficial y supremo de la Constitución. Ello permite que por la vía de la hermenéutica la Constitución perdure y se proyecte, es decir que no quede anticuada en la medida que los conceptos abstractos que contiene pueden ser definidos aplicándolos y adaptándolos a la realidad de cada día".

"8 -Que, en tal sentido estos jueces no pueden desatenerse que tanto desde la perspectiva de la Ciencia Política como del Derecho Administrativo actual, la modernización del Estado pasa naturalmente por la modernización de la administración, la cual debe ir a la par con la "gestión de los recursos humanos". Los cultores de estas disciplinas, postulan la flexibilización de la gestión del personal del servicio público: reemplazo del principio de la homogeneidad por el de la heterogeneidad; diferenciación de responsabilidades y de estímulos; sistemas de incentivos, capacitación, reconocimiento de responsabilidad, concursos y reconcurros". (Tomassini, Luciano: "La Reforma del Estado y las Políticas Públicas". Del Centro de Análisis de Políticas Públicas, Universidad de Chile, Santiago, 1994; Pantoja, Rolando: "El Derecho Adminis-

trativo. Clasicismo y Modernidad", Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1994).

"En suma, la visión de una *interpretación dinámica* postula una adaptación de la Constitución a las realidades que le toca vivir y resolver."

"9 -Que la doctrina y la jurisprudencia comparada y de este propio Tribunal, han precisado con mucha claridad que la interpretación de la Constitución se rige por principios diferentes a los de la interpretación de la ley en general, todos los cuales no son del caso entrar a recapitular en esta sentencia".

"10 -Que el límite de la interpretación está en que el Tribunal Constitucional no puede hacer decir a los textos sometidos a su conocimiento lo que no dicen, ya que ello implicaría legislar y no interpretar.

Es por este motivo que el primer límite al intérprete constitucional se encuentra en la propia Constitución, pues su labor no puede encaminarse a la creación de preceptos constitucionales.

Lo anterior, en consecuencia, no obsta para que en función de la interpretación de la normativa constitucional la jurisprudencia de este Tribunal pueda colaborar en la modernización de la preceptiva de orden público básica adaptando sus disposiciones a situaciones o eventualidades no precisas ni estrictamente previstas en ella".

"11 -Que para lo que interesa, debe tenerse presente que ningún artículo de la Constitución puede interpretarse aisladamente. Toda disposición de la Constitución debe interpretarse coordinándola con las demás, evitándose la autodestrucción de ellas. Siendo así, en la interpretación de la Constitución debe cuidarse de no alterar el equilibrio de su conjunto.

En síntesis a este Tribunal Constitucional le corresponde optimizar la fuerza normativa de la Constitución.

En esta línea de pensamiento diversos autores estiman que la interpretación constitucional es dirigida por el postulado de la "eficacia o efectividad" en tanto encauza la actividad del intérprete hacia aquellas opciones hermenéuticas que optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido.

En este entendido, se menciona el principio del efecto "útil", según el cual "cuando una disposición es susceptible de dos sentidos, es preferible entenderla en aquel que le permite tener algún efecto ante que en el sentido con el cual no tendría ninguno".

"12 -Que, desde esta perspectiva debe tenerse presente:

a) El artículo 3° del Estatuto Administrativo, contenido en la Ley N° 18.834, para los efectos de su aplicación, define lo que se entiende por cargo público y por planta de personal.

"Cargo público: Es aquel que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1°, a través del cual se realiza una función administrativa".

"Planta de personal: Es el conjunto de cargos permanentes asignados por la ley a cada institución, que se conformará de acuerdo a lo establecido en el artículo 5°".

El artículo 5º, a su vez, establece que "Para los efectos de la carrera funcionaria, cada institución solo podrá tener las siguientes plantas de personal: de Directivos, de Profesionales, de Técnicos, de Administrativos y de Auxiliares".

b) De las disposiciones citadas, concordadas con las que contiene el proyecto de ley, se desprende que es la ley que crea una nueva planta en su artículo 2º, que denomina de personal especial de cargos críticos, que funcionará en forma paralela a la permanente ya establecida por los decretos con fuerza de ley que los contiene.

Por lo tanto, a juicio de los disidentes, es la ley la que crea la nueva planta, lo que se desprende del tenor literal del artículo 2º y no los decretos supremos que cumplen otros fines.

Siendo así, son los cargos de los que puede disponer el ente administrativo, al tener la atribución, de acuerdo a las facultades que le otorga la normativa, poder traspasarlos de una planta a otra.

c) La *planta* es la enumeración jerárquica permanente de los cargos y estos últimos son desempeñados por personas naturales que han sido designadas al efecto.

En el proyecto son estas personas las que se designarían para ocupar los nuevos cargos de la planta crítica y la ley es la que precisamente autoriza que dejen transitoriamente su cargo permanente y se desplacen a la planta crítica por un período determinado que no puede exceder de tres años.

Esto no significa modificar la planta respectiva del personal permanente, sino simplemente disponer traslados de cargos de una planta a otra, lo que expresamente lo señala el inciso segundo del artículo 2º, al expresar "Los cargos así traspasados se entenderán excluidos de sus plantas de origen, conservarán su denominación, grado en la escala de remuneraciones y planta específica a la que pertenecen en la planta de origen, y se mantendrán en la planta especial de cargos críticos en tanto las funciones a ellos asignadas conserven su condición de críticas".

d) Reforzando esta idea, que implica la subsistencia del cargo en la planta original, el inciso tercero del mismo artículo señala que si la función asignada es crítica, el cargo será repuesto en su planta origen por el solo ministerio de la ley.

Ello demuestra fehacientemente que no se modificó ni la planta ni el cargo, y que solo se produjo el desplazamiento de la persona con su cargo a la planta de cargos críticos.

e) Como es natural, el concepto de *planta "variable"* no se condice con el *concepto tradicional de planta*: "conjunto ordenado de grados y cargos disponibles en cada uno de ellos. Es más, como señala Zeus Aguilera González, en su escrito de téngase presente, "el concepto de 'planta variable' es un contrasentido".

Ahora bien, si se examina el proyecto en forma orgánica, se llega a la necesaria conclusión que para cumplir la finalidad legislativa la planta paralela que se establece, necesariamente debe tener el carácter de variable, en caso contrario, el sistema se torna inviable.

"14 -Que, como ya se ha expresado, sostener que se contraviene el artículo 62, N° 20, de la Constitución, debido a que se establecen y suprimen cargos por decretos en circunstancias de que ello pertenece a la reserva legal, no resulta efectivo.

Es evidente que el proyecto de ley encomienda a los decretos supremos el traspaso y exclusión de cargos, pero ello no importa la creación de cargos nuevos en la planta, ni modificación de la dotación de personal que tiene sus máximos fijados en el cuerpo legal.

En todo caso, como es fácil advertir, se trata de decretos que el Ejecutivo dicta en ejercicio de la potestad reglamentaria "de ejecución" que prevé el N° 8 del artículo 32 de la Constitución y no de la potestad "autónoma" que el mismo precepto contempla.

Consecuente con lo anterior, el *decreto dictado por mandato legislativo no se encuentra invadiendo el ámbito de la reserva legal, no está legislando, sino que se limita a hacer operativa una voluntad legislativa* que sin la actividad del acto administrativo quedaría incumplida, y como bien se sabe, de acuerdo con el N° 12 del artículo 32 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República proveer los empleos civiles en conformidad a la ley. Ahora bien, "proveer", según el diccionario de la Lengua Española importa "suministrar o facilitar lo conveniente para un fin".

"15 -Que, en virtud del principio de la reserva legal contenido en el N° 2º del artículo 62 en concordancia con el numeral 14 del artículo 60 de la Constitución Política de la República, corresponde al legislador sentar las bases de la regulación de dichas materias y configurar sus elementos esenciales, pero ello *no significa en forma alguna que el legislador deba agotar la regulación que estas materias requieren.*

Tratándose de un sistema como el que se implementa en el proyecto en examen, resulta imposible que la ley sea capaz de programar *ex ante* todas las contingencias que pueden originarse.

"16 -Que de aceptarse la tesis del cuestionamiento, ello implicaría que cada vez que se califique una función como crítica, debería obtenerse la aprobación de una ley, lo que por razones de sentido común resulta inaceptable ya que ello implica someter a los cargos a los difíciles procedimientos de la formación de la ley, situaciones que, por su contingencia, precisan ser solucionadas en forma urgente e inmediata.

En la práctica, el proyecto aprobado con quórum de ley orgánica constitucional quedaría totalmente inviable.

Esta interpretación orgánica, dinámica y finalista de la preceptiva constitucional en relación al tópico en examen, conlleva a la conclusión de que la actividad que el proyecto encomienda al ente administrativo es siempre sublegal: la voluntad legislativa aparece plenamente decantada en todas las etapas del sistema especial que se implemente y ellas sirven de límite y marco dentro del cual debe ejercerse la potestad de ejecución que el N° 8 del artículo 32 de la Carta Fundamental prevé para hacer posible la aplicación de las leyes.

"17 -Que, como bien se sabe, los decretos de ejecución son normas *secundum legem*, es decir, que tienden a facilitar la aplicación y ejecución de una ley, regulando aspectos detalle no previstos o no posibles de prever en ella, pero en modo alguno pueden contradecirla explícita o implícitamente.

Cuando los lineamientos de la política legislativa aparecen suficientemente precisados y detallados, como es el caso del proyecto en revisión, el ente administrativo cuenta, no con delegación de facultades -improcedente en el presente caso-, sino que con la habilitación para instrumentar y efectivizar la ley.

"18 -Que cabe puntualizar, que la normativa contenida en el proyecto, como una forma de asegurar que los decretos de ejecución se enmarquen dentro de su letra y espíritu dispone que ellos deben ser "fundados".

De lo anterior se infiere que el ámbito de las atribuciones discrecionales que tiene el ente administrativo es en extremo limitado -casi reglado- y puede ser controlado en forma adecuada y preventivamente por la Contraloría General de la República y represivamente por el órgano jurisdiccional e incluso ante esta sede.

"19 -Que por último, es útil recordar que la doctrina coincide en que la declaración de inconstitucionalidad de una norma requiere de una prueba clara y precisa de su oposición a la Constitución. Es la última *ratio* del ordenamiento jurídico, por lo que debe procederse con prudencia y cautela.

Ello adquiere singular relevancia cuando se trata del examen de un proyecto aprobado con quórum de ley orgánica constitucional y en que la voluntad legislativa aparece claramente manifestada".

Según reconoce la disidencia se opta por una matriz de hermenéutica constitucional "orgánica, dinámica y finalista" en que las reglas difieren de la hermenéutica legal, ya que el custodio de la Constitución no se puede sustraer a la realidad política del edificio estatal, y que se expresa en un reconocimiento a la razonable discrecionalidad del legislador⁹.

Además la disidencia se sitúa en las antípodas de la prevención, ya que omite toda referencia a la "carrera funcionaria" como "garantía" o "derecho fundamental"; respuesta que patrimonializa el contenido garantístico de la función pública y lo que rigidiza al encomendar al legislador orgánico el desarrollo de sus principios técnicos y "derechos" y su concreción al legislador ordinario; respuesta coherente con la doctrina de las reservas absolutas.

Por el contrario, la disidencia se ubica en la perspectiva de una función pública administrativa de "es-

tructura abierta" (F. Gazier), de modo implícito, ya que afincada en la doctrina de las reservas de ley relativas, se circunscribe el dominio legal a la regulación normativa de los elementos esenciales, encomendándose al dominio reglamentario la regulación de elementos accidentales, sea mediante la técnica de las remisiones al reglamento o del complemento indispensable para dotar a la voluntad del legislador de eficacia (N° 14, 15, 16).

Ciertamente, para los disidentes la actividad de los órganos de la Administración que hacen operativa la *planta variable* (plantas de cargos críticos), es una actividad *secundum legem*, ya que la voluntad del legislador aparece "plenamente decantada".

V. APOSTILLAS A JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

En cuanto a la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia acerca de los derechos y garantías de la "carrera funcionaria" o más propiamente de la función pública administrativa esta se verifica vía recurso de protección, y en especial a propósito de la tutela de los derechos fundamentales de igualdad ante la ley, igualdad ante la justicia en lo relativo a la prohibición de comisiones especiales y debido proceso, igualdad ante los cargos públicos, libertad de trabajo y de derecho de propiedad (art. 19 N°s 2, 3, 17, 16 y 24 C.P.R.)

En la materia que nos interesa, es decir, el concepto de *carrera funcionaria y sus principios y derechos, buena parte de la jurisprudencia constitucional en sede de protección extiende la garantía del derecho de propiedad al derecho de la función*. En efecto, la Corte Suprema ha sostenido que "si bien es cierto que en un sentido estricto no puede considerarse que una persona tenga la "propiedad del cargo", pues él no puede disponerse, o sea, no lleva aparejado el derecho de disposición que constituye uno de los elementos esenciales de la definición de la propiedad por el Código Civil, no es menos cierto que, en un sentido amplio, el titular de un cargo tiene derecho a gozar del mismo, o sea tiene o posee uno de los atributos del dominio o propiedad, lo que le permite exigir el pago del sueldo, el respeto al honorario, la estabilidad funcionaria, el derecho a la carrera, a la capacitación, lo que lleva a concluir que existe a su respecto una especie de propiedad sobre el derecho de goce al cargo para el cual ha sido designado, lo que le confiere acción para exigir el respeto a las normas vigentes..." (Revista Fallos del Mes N° 398, pág. 841; idem F.M. N° 433, 1994; F. M. N° 398, de 1992; F.M. N° 374, de 1990, entre otras).

Sin embargo, la Corte Suprema en una importante sentencia de 21 de marzo de 1996 introduce un conjunto de matizaciones, conformando una verdadera doctrina jurisprudencial sobre el "derecho a la función"; al revocar un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, que había acogido un recurso de protección en contra del Director(s) del Servicio de Salud

⁹ Es una doctrina jurisprudencial consolidada del Tribunal Constitucional recurrir a reglas de hermenéutica propias cuya matriz es la "interpretación sistémica" o "finalista", sobre lo cual existe abundante doctrina, v. gr. el libro de Raúl CANOSSA U.: *Interpretación Constitucional y Fórmula Política*, CEC, Madrid, 1988.

de Talcahuano, dejando sin efecto concursos para proveer cargos de jefatura de servicios clínicos, según lo prescrito en la Ley N° 19.198 y D.S. N° 811, de 1995, del Ministerio de Salud, que modifican el *status* de ciertos cargos directivos, para hacerlos concursables de forma periódica. Los fundamentos jurídicos de la sentencia están recogidos en los considerandos que se reproducen:

“3° Que la Ley N° 19.198, que contiene normas sobre concursos para profesionales funcionarios regidos por la Ley N° 15.076 (Estatuto Administrativo de los mismos), dispuso en su artículo 3° que los nombramientos en los cargos correspondientes a Jefes de Servicios Clínicos y de Unidades de Apoyo de Diagnóstico y de Apoyo Clínico Terapéutico, que pueden ser servidos exclusivamente por profesionales funcionarios en los establecimientos dependientes de los Servicios de Salud, tendrán una duración de cinco años, al cabo de los cuales deberán concursarse nuevamente”; y el artículo 1° transitorio de esa ley previó el caso de los profesionales que hubieran estado desempeñando los cargos indicados en el artículo 3°, a quienes hizo también aplicable dicho precepto, “pero los respectivos concursos –dijo la disposición transitoria– se llamarán solo cuando completen cinco años de servicio en su empleo, considerándose el tiempo servido con antelación a la vigencia de esta ley y, en todo caso, no antes de un año contado desde dicha vigencia” (18 de enero de 1993)”.

“5° Que, siendo así las autoridades administrativas se han ajustado precisamente a lo ordenado por la ley y, consecuentemente, no es posible sostener que han actuado ilegal o arbitrariamente, puesto que de modo imperativo el artículo 3° de la Ley N° 19.198, en relación con el artículo 1° transitorio de la misma, ha dispuesto que los cargos a que se refiere, entre los cuales se hallan los de los recurrentes “deberán ser concursados”, una vez transcurrido el tiempo que señala”.

“6° Que lo razonado precedentemente basta para rechazar los recursos interpuestos: pero no parece inoficioso entregar algunas consideraciones en torno a la vulneración que los recurrentes creen ver sobre su derecho al “debido proceso” y su derecho de propiedad, garantizados por los números 3 y 24 del artículo 19 de la Constitución”.

“7° Que, en relación con la garantía del “debido proceso”, cabe establecer que el artículo 20 de la Constitución, en lo pertinente, cautela solo la especificación que de esta garantía se contiene en el inciso 4° del N° 3 del artículo 19, esto es, la de no ser “juzgado por comisiones especiales”; pero en este caso nadie ha sido juzgado por tales comisiones, porque no ha habido juicio alguno, sino el ejercicio de una potestad administrativa otorgada por la ley a un órgano de la Administración del Estado (los Servicios de Salud son órganos administrativos descentralizados, según el inciso 2° del artículo 16 del D.L. N° 2.763, de 1979), que por medio de sus autoridades ha dictado las correspondientes resoluciones para cumplir el cometido administrativo y no jurisdiccional que la ley le señala”.

“8° Que, por lo que se refiere al derecho de propiedad, es preciso tener presente que la estabilidad en el empleo es un principio consagrado en la Constitución (especialmente en el artículo 38, inciso 1°), reconocido en la Ley Orgánica de Bases de la Administración del Estado, N° 18.575, y expresado estatutariamente en el denominado “derecho a la función”, que puede definirse como el derecho a permanecer en el empleo a que se ha accedido legalmente, mientras no medie una causal legal de expiración de funciones; de modo que la garantía para el funcionario consiste en que la cesación de sus funciones no queda entregada a la discrecionalidad de la Administración, sino a la determinación de la ley, y en este sentido es un derecho incorporal que la ley otorga (en este caso el Estatuto Administrativo, Ley N° 18.834, supletoriamente aplicable a los funcionarios regidos por la Ley N° 15.076), comprendido entre los que garantiza el N° 24 del artículo 19 de la Constitución; pero la propiedad no recae sobre el cargo o empleo, sino sobre el derecho a permanecer en él en tanto no se produzca una causa legal para la cesación de funciones, y no deriva de un contrato solo extinguido por acuerdo de las partes, sino que se contiene en un *status* funcionario de naturaleza legal al que se incorpora el interesado por un acto unilateral, *status* en que están predeterminados los derechos, obligaciones, responsabilidades y causales de cesación de funciones”.

“9° Que en el presente caso no se trata de un acto administrativo que haya puesto término ilegal o arbitrariamente a las funciones de los recurrentes, ni por destitución, declaración de vacancia u otra medida semejante, contrariando los procedimientos y exigencias legales, sino del cumplimiento de una disposición del legislador que, apreciando soberanamente el interés general, ha transformado en concursables, después de transcurrido cierto término, empleos que no lo eran, modificando así su naturaleza, ya que es materia propia de ley, según el N° 2 del inciso 4° y el inciso final del artículo 62 de la Carta Fundamental, la creación y supresión de los empleos y servicios públicos y la fijación de sus funciones y atribuciones; y por eso la invocación del derecho de propiedad sobre el bien incorporal, constituido por el derecho a la función, resulta en absoluto improcedente para impetrar la protección que se reclama”. (SCS, rol N° 33433).

En análogos términos una muy reciente sentencia de la Corte Suprema confirma esta doctrina jurisprudencial, para lo cual es menester reproducir el fundamento jurídico:

“2° Que al respecto cabe tener presente que la estabilidad en el empleo es un principio consagrado en la Constitución Política de la República, en su artículo 38 inciso 1°, que también se encuentra reconocido en la Ley Orgánica de Bases de Administración del Estado, N° 18.575, y expresado estatutariamente en el denominado “derecho a la función”, que puede definirse como el derecho a permanecer en el empleo a que se ha accedido legalmente, mientras no medie una causal legal de expiración de funciones; de modo que la garantía para el funcionario consiste en que la cesa-

ción de sus labores no queda entregada a la discrecionalidad de la Administración, sino a la determinación de la ley, y en este sentido es un derecho incorporal que la ley otorga, comprendido entre los que garantiza el N° 24 del artículo 19 de la Constitución; pero la propiedad no recae sobre el cargo o empleo, sino sobre el derecho a permanecer en él en tanto no se produzca una causa para la cesación de sus funciones, y no deriva de un contrato solo extinguido por acuerdo de las partes, sino que se contiene en un *status* funcionario de naturaleza legal al que se incorpora el interesado por un acto unilateral, *status* en que están predeterminados los derechos, obligaciones, responsabilidades y causas de cesación de funciones”.

(Sentencia de 26 de mayo de 1998, rol 1035-98, Gaceta Jurídica N° 215, 1998).

En este fallo es menester también recoger una interesante disidencia de los ministros señores Gálvez y Alvarez, que estuvieron por desestimar el recurso de protección, poniendo atajo a la “propietarización de derechos” vía artículo 19 N° 24 de la Carta. “En efecto —señala la disidencia— la garantía constitucional relacionada con los funcionarios y empleos públicos se encuentra contenida en el N° 17 del citado artículo y se limita a asegurar la admisión a esas ocupaciones... Respecto de considerar afectado el derecho de propiedad conviene no confundir la titularidad de un derecho con la propiedad sobre el derecho en sí, por ser instituciones jurídicas de muy distinta naturaleza: si, en todo caso, así se hiciera, se llegaría al absurdo de que derechos constitucionales —como sería incluso el ya aludido del N° 17 citado— que no gozan del amparo del recurso del artículo 20 por no ser mencionado entre las garantías cauteladas por la acción de protección, venían de hecho a serlo —indirectamente— mediante el argumento de afirmar que esa titularidad constituye un “bien incorporal” sobre el que existía “una especie de propiedad”.

Especial interés para este comentario tiene la argumentación relativa al derecho de propiedad, ya que la Corte Suprema con precisión señala que la estabilidad en el empleo es un principio de la “carrera funcionaria” o función pública administrativa consagrado en el inciso primero del artículo 38 de la Constitución y en la Ley N° 18.575; y que se expresa en el “derecho a la función”, entendido de antaño por la jurisprudencia y doctrina administrativa como el derecho a permanecer en el empleo a que se ha accedido legalmente, mientras no medie una causal legal de expiración de funciones”; sustrayendo la expiración de funciones de la discrecionalidad de la Administración, pero no a la discrecionalidad razonable del legislador, todo sin perjuicio del espinoso tema de los “derechos adquiridos” en el campo remuneratorio y previsional de la función pública. También las Cortes de Apelaciones han seguido en términos generales esta orientación (Sentencias, Cortes de Apelaciones de San Miguel, de 9 de abril de 1996, y de Santiago, de 31 de enero de 1997, Gaceta Jurídica N°s 190 y 203)

En este orden de ideas la actual jurisprudencia de la Corte Suprema sigue la línea de la jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría General de la República, en especial en lo relativo al “derecho a la función”. (Dictámenes C.G.R. N° 61.780, de 1969; N° 559, de 1984; N° 62.267; de 1968; N° 20.132, de 1992).

Ciertamente en la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema en sede protección, se observa un mayor practicismo comparada con la del Tribunal Constitucional, que reconoce un margen amplio de discrecionalidad al legislador, y al administrador con habilitación legal; que incluso de modo peligroso puede afectar a la doctrina de los “derechos adquiridos”, como es en los casos fallados en sede de protección sobre los derechos remuneratorios, derivados del desconocimiento de la asignación profesional a funcionarios públicos (art. 3° del D.L. N° 479, de 1974), por servicios públicos y Contraloría General de la República, que afecta por vía ejemplar a funcionarios que han obtenido títulos de técnico con el carácter o perfil curricular de profesional expedidos en programas especiales impartidos por Universidades del Estado.

En suma, la Corte Suprema al examinar la eventual antijuridicidad del acto lesivo de derechos fundamentales, utiliza como canon o parámetro un bloque de legalidad, que admite la inclusión de normas y actos administrativos sublegales y subreglamentarios, en su conexión con los derechos fundamentales y su cobertura tutelar.

VI. FUNCIONARIADO: PRINCIPIOS, DERECHOS Y GARANTÍAS

1. Fijación de plantas y reserva de ley

El central art. 2° del proyecto de ley declarado inconstitucional por sentencia rol N° 276 del Tribunal fijaba “una planta especial de personal de cargos críticos”, lo que fue objeto de reproche, ya que se estaba —a juicio del Tribunal— concediendo una autorización para fijar “cargos”, “readecuaciones”, “remuneraciones” por medio de decretos supremos, con infracción a lo dispuesto en el inciso cuarto, N° 2 del artículo 62 y artículo 60 N° 14 de la Constitución.

Sin embargo, el art. 1° del proyecto de ley fijaba las categorías de plantas de personal y de cargos a contrata, que con título profesional, con desempeño en MOP, servicios dependientes e Instituto Nacional de Hidráulica, pasaban a desempeñar funciones calificadas como “críticas”, término, el de “funciones críticas”, que fue definido en el proyecto en comento. Además se establece una “planta de personal especial de cargos críticos”, de naturaleza variable (art. 2), sin solución de continuidad en relación a la planta de origen. El proyecto de ley encomendaba a los decretos supremos delegados de MOP el traspaso y exclusión de cargos, sin que ello importe la creación de cargos nuevos en la planta, ni modificación de la dotación de

personal que tiene sus máximos fijados en el cuerpo legal.

En el caso en comento, ciertamente no existe una delegación de facultades o anómala concesión de autorización al Ejecutivo, sino una remisión expresa a la potestad reglamentaria de ejecución del Presidente de la República, la que puede ser objeto de delegación de firma tratándose de decretos supremos según lo confirma la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. (S.T.C. rol N° 153). Resulta incontestado que el Presidente de la República ejerce la administración económico-financiera de la nación (art. 32 N° 22 y S.T.C. rol N° 78, consid. 16, S.T.C. rol N° 254, consid. 22 y ss). En virtud de tal administración económico-financiera, la disposición de los recursos humanos incorporados en plantillas de órganos de la Administración es una potestad implícita, que se ejerce mediante la potestad reglamentaria de ejecución. Con todo, el Tribunal desestimó este argumento y repuso la doctrina de las reservas de ley absolutas.

Es cierto que las potestades del Presidente de la República, en materia económico-financiera, coexisten con reservas legales en la Constitución, como es la creación de nuevos servicios públicos o empleos rentados, suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones (art. 62 N° 2 y art. 60 N° 14 C.P.R.). Pero paradójicamente la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional se inclinaba por la doctrina de la reserva legal relativa, de modo que corresponde al legislador regular los elementos esenciales de la materia de dominio legal, encomendando a la potestad reglamentaria del Presidente de la República la ejecución de la ley y la regulación de elementos accidentales y del complemento indispensable para la debida aplicación de la ley (S.T.C. rol N° 253 y S.T.C. rol N° 254). Pero el fallo en comento repone la vieja doctrina jurisprudencial del Tribunal.

Ahora bien, esta doctrina jurisprudencial de las reservas de ley relativa, a la luz de una "interpretación sistémica" y "finalista" de la Constitución nos parece es la más conforme con el régimen político presidencialista instituido en la Carta, criterio hermenéutico utilizado recientemente por el Tribunal. En cambio, la doctrina de la reserva legal absoluta no solo es impráctica, vaciando la potestad reglamentaria, sino que contraria a la voluntad del constituyente en orden a fortalecer al órgano Presidente de la República y al Gobierno, y racionalizar el dominio legal, fijando reglas de clausuras para el dominio legal y reglamentario, e incluso una potestad reglamentaria autónoma tomada de la Constitución de la V República francesa. Pero sorprendentemente, la sentencia del Tribunal Constitucional comentada retorna a la doctrina de la reserva legal absoluta y a una "interpretación literalista" de la Constitución, que de modo muy reciente reaparece en el fallo de "ley de primarias", aunque el Tribunal declare aplicar una matriz "finalista" (STC rol N° 279, cons. 3° en contradicción con cons. 7° y ss.); a renglón seguido utiliza las reglas de interpretación de Savigny, de estirpe privatista recogidas en los artículos 19 y siguientes del Código Civil.

Sorprende aún más la sentencia del Tribunal, si se pondera el que concepto de planta "variable" es un concepto legal como lo es el de planta del art. 3° letra b de la Ley N° 18.834, ley ordinaria o común, y que admite regímenes estatutarios de la función pública especiales, congruente con lo dispuesto en el art. 45 inciso 2° de la Ley N° 18.545 orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Ello ocurre, por la vía ejemplar, con la Ley N° 15.076 sobre profesionales del sector salud y con los Estatutos de la Carrera Docente de las Universidades del Estado. Más aún, rigidizar las plantas de personal de la Administración merced quedar la materia en el campo del dominio legal, es en la práctica encomendar los elementos accidentales o de detalle de los "puestos de trabajo"¹⁰ a la ley, haciendo del reglamento un acto normativo casi superfluo.

2. Carrera funcionaria e igualdad

Según se ha expuesto, la prevención de la sentencia del Tribunal Constitucional sigue la huella del planteamiento doctrinal del abogado integrante del órgano, señor Eduardo Soto (STC rol 248, de 1996, rol 239 de 1996), que introduce la carrera funcionaria al campo de las garantías constitucionales.

En efecto, el art. 3° del proyecto de ley se singulariza y reprocha como contrario al art. 38 inciso 1° de la Constitución, por establecer un régimen sin carrera y sin estabilidad en el empleo ni ascensos.

En este contexto, carrera funcionaria e igualdad se identifican como "derechos fundamentales" o "garantías", confusión antes apuntada y que parece inducir, sin desarrollo doctrinal, a la recepción de la categoría de "garantía institucional" propia de la doctrina germana.

Así, *verbi gratia*, en el Derecho Comparado la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales (R.F.A. y España) recepcionó la doctrina de M. Wolff y C. Schmitt sobre "garantías institucionales", señalando que la carrera funcionaria, entre otras instituciones, no es una garantía ligada a derechos fundamentales, sino una garantía institucional en que el funcionario se somete a relaciones especiales de sujeción (*status subjectionis* en la terminología de Jellinek) y a derechos subjetivos públicos delimitados en la ley.

En este contexto, la confusión anotada puede inducir en adelante al encuadramiento del art. 38 inciso 1° en el campo de las "garantías institucionales", de suerte que la carrera funcionaria podría devenir en una garantía de este tipo, ya que existiría una remisión completa a la ley orgánica constitucional en la determinación de sus "elementos básicos y principios".

A nuestro juicio, la Constitución no diseña una carrera funcionaria rígida y constitutiva de una "garantía institucional", sino una función pública adminis-

¹⁰ GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Derecho Administrativo Español*, EUNSA, 2ª edición, Pamplona, 1994, Tomo II, págs. 275 y ss.

trativa de "estructura abierta" (Gazier), por la remisión amplísima al legislador orgánico constitucional y al legislador ordinario. En consecuencia, todo el régimen estatutario de la función pública administrativa general-especial es ley ordinaria, y si establece reglas diferentes a la Ley N° 18.575, dicho cuerpo legal deberá ser aprobado con quórum especial, en razón de la interpretación extensiva que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hace en esta materia (S.T.C. rol N° 115).

Del análisis del proyecto de ley no se divisan a nuestro juicio normas que infrinjan los principios técnicos de la carrera funcionaria, sino simplemente un estatuto especial de la función pública administrativa, que se suma al listado del art. 156 de la Ley N° 18.834, estatuto no completo o sistemático, pero en ningún modo inconstitucional; por lo que compartimos los argumentos de los disidentes en relación a la constitucionalidad del proyecto de ley de "plantas críticas".

En cuanto al principio de igualdad referido en el inciso 1° del art. 38 y en art. 1°, inciso final, y al correlativo derecho de igualdad ante la ley del art. 19 N° 2 de la Constitución, cabe señalar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tempranamente recepcionó un concepto relacional y no aritmético del valor y principio de igualdad, haciendo canónica la definición del tratadista argentino S. Linares Quintana. De este modo, el patrón para garantizar el derecho de igualdad ante la ley y ante los cargos públicos es la razonabilidad y proporcionalidad de los medios empleados por el legislador.

En este sentido, a nuestro juicio el proyecto de ley declarado inconstitucional por el Tribunal no contraviene el principio de igualdad y los derechos de igualdad como se sostiene en la prevención, ya que la fijación de plantas de "cargos críticos" se hace en relación a "funciones críticas", este último término definido en la ley, y que está dentro de la cobertura del art. 45 inciso 2° de la Ley N° 18.575, que admite los estatutos administrativos especiales para "*determinadas profesiones o actividades*". La raíz del trato diferenciado contenido en el proyecto de ley es el tipo de actividad (*funciones críticas*), por lo que no se divisa arbitrariedad, capricho, irracionalidad en el estatuto especial.

VII. ALGUNAS CONCLUSIONES

Como hemos sostenido en la introducción, la función pública es un ámbito temático del Derecho Público de relativo escaso desarrollo, dado que las relaciones jurídicas derivadas del empleo público y del interés público concernido en él tienen un rango de variabilidad en el derecho positivo, que hacen de la doctrina de los *status* de sujeción (relaciones especiales de sujeción) un comodín teórico no siempre adecuado.

El *status* de los funcionarios públicos puede ser situado en el citado campo de las relaciones de supremacía especial, o bien introducir la "relación funcio-

narial" en el ámbito de las relaciones orgánica y de servicio, la primera una relación estatutaria y la segunda una relación de servicio. En el fondo, late en esta cuestión la naturaleza jurídica de la relación funcionario-Administración. Esta relación para unos es contractual (R. Bielsa) y para otros es una situación legal y reglamentaria¹¹. "Para los primeros —señala Boquera Oliver— la relación entre el funcionario y la Administración nace de un acuerdo de voluntades. La Administración solicita personal para cubrir sus puestos de trabajo y los que desean entrar a su servicio se ofrecen para ser funcionarios públicos. Cuando la Administración, después de seleccionar a los que considera idóneos, acepta esta oferta, nace la relación entre ella y el particular, que se convierte así en funcionario público. (...) Los que defienden la naturaleza estatutaria de la situación de los funcionarios públicos creen que los derechos y obligaciones de éstos, con respecto a la Administración y viceversa, están previstos y derivan de las leyes y de los reglamentos, y no nacen por consiguiente, de las voluntades de unos y otra"¹². Los partidarios de esta segunda y divulgada doctrina explican que la situación legal y reglamentaria del funcionario arranca de un acto unilateral de la Administración (por regla el nombramiento o el ascenso) y solo requiere de un acto de aceptación del particular (*V. gr.* promesa o juramento en la investidura del funcionario). En el caso español la jurisprudencia constitucional se inclina por esta segunda doctrina (STC 57/1982, de 27 de julio; STC 99/1987, de 11 de junio, entre otras).

En nuestro medio la doctrina tradicional, encarnada en el administrativista Enrique Silva Cimma, descarta la doctrina de la relación contractual, en cualquiera de sus modalidades y de raíz privatista, así como la noción de contrato administrativo de prestación de servicio. Para Silva Cimma, la doctrina correcta sobre la naturaleza de la relación funcionaria está en la que explica este vínculo como "unilateral y potestativo de derecho público" o vínculo estatutario¹³. La doctrina jurisprudencial de los Tribunales de justicia y la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, igualmente se inclinan por esta doctrina del vínculo estatutario.

Ciertamente, han surgido doctrinas intermedias acerca de la naturaleza jurídica de la relación entre funcionario y la Administración, compatibilizando las posiciones privatistas y publicísticas. En este predicamento el administrativista Boquera Oliver señala: "A nadie se le impone la situación de funcionario público. Todos

¹¹ BIELSA, Rafael: *La Función Pública*, R. Depalma Editor, Buenos Aires, 1960.

¹² BOQUERA OLIVER, José María: *Derecho Administrativo*, Editorial Civitas S.A., vol I, 8ª edición actualizada, Madrid, 1991, págs. 290-293.

¹³ SILVA CIMMA, Enrique: *Derecho Administrativo Chileno y Comparada. La Función Pública*, Editorial Jurídica, Stgo., 1993.

Idem: ENTRENA CUESTA, Rafael: *Curso de Derecho Administrativo*, Edit. Tecnos S.A., Madrid, 12ª edición, 1998, vol I/2, págs. 275-276.

los particulares que participan en los procedimientos de selección de funcionarios se ofrecen a serlo. La Administración acepta su oferta al nombrarles funcionarios públicos. La relación entre estos y la Administración nace, pues, de una oferta aceptada, de un acuerdo de voluntades. La circunstancia de que los derechos y obligaciones de los funcionarios estén establecidos por las leyes y reglamentos y su configuración escape a la voluntad de los contratantes, no puede oponerse al carácter contractual del vínculo que sirve para crear la relación y para aplicar a las partes de la misma las consecuencias jurídicas queridas por las leyes y reglamentos. Esto ocurre en otros muchos contratos. Con ellos no se configuran los efectos jurídicos, sino que derechos y obligaciones legales se aplican a las partes contratantes. Los efectos de los contratos laborales, por ejemplo, en la mayor parte de su contenido, son una creación de normas superiores al trabajador y a la empresa (...) En conclusión, la relación que une al funcionario con la Administración tiene su origen contractual aun cuando su contenido, en su totalidad o en gran parte, esté fijado legal y reglamentariamente¹⁴.

La ventaja teórico-práctica de esta doctrina intermedia es reducir el margen de discrecionalidad de la Administración, no solo en virtud de la reserva legal que ampara a la función pública, sino también da cobertura a derechos patrimoniales, no disponibles por acto de autoridad administrativa; precisamente en virtud de la "ley del contrato".

Sin embargo, el centro de nuestro interés no es la naturaleza de la función pública y materias conexas, que importa a la hora de examinar el tipo de derechos subjetivos que nacen de la relación "funcionarial", sino las dos visiones acerca de la función pública administrativa recogidas en la prevención y disidencia de sentencia rol N° 270 del Tribunal Constitucional, ampliamente reproducidas en sus fundamentos, y también la practicista doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema.

Las visiones de "estructura cerrada" (prevención) y de "estructura abierta" (dissidencia) no eliminan la noción de estatuto de la función pública y sus princi-

pios técnicos, como el principio de igualdad de acceso, imparcialidad, eficacia, y carrera funcionaria, sino que se bifurcan como visiones a partir de los elementos asociados a estos principios, como por ejemplo la estabilidad en el empleo. De este modo la prevención define a la carrera funcionaria: estabilidad en el empleo (inamovilidad) e igualdad como verdaderos "derechos fundamentales" o "garantías"; y por el contrario, la disidencia examina la función pública en su dinamicidad, estableciendo una clara delimitación entre derechos y garantías, y principios técnicos de la función pública.

Un peligro que rodea a la visión de "estructura cerrada" de la función pública es patrimonializar los principios y derechos funcionarios. El peligro existe en la medida que todo estatuto funcionario supone regular derechos, deberes y obligaciones de los funcionarios, fijando protecciones en materia de ascenso, estabilidad, permanencia, remuneraciones, entre otras¹⁵; por lo que vaciar todos estos elementos técnicos en la noción de derecho subjetivo y de garantía, en conexión con los derechos fundamentales de igualdad (art. 19 N° 2 y 17), y de propiedad (art. 19 N° 24), no solo representa una impropiedad teórica, sino también una patrimonialización del contenido legal de la función pública. Luego la paradoja es que la función de "estructura cerrada" deviene en una estructura "patrimonializada" e hiperrígida¹⁶.

Por último, la dinamicidad de la función pública administrativa, que hace de la noción de "funcionariado" y "funcionario" conceptos en "tensión evolutiva expansiva" (M.M. Díez), y que nos permite identificar dos visiones, una "estructura cerrada" y otra "estructura abierta", en realidad importan dos visiones del Estado, por lo que bulle un mar de fondo, en que las ideologías en sentido fuerte y débil del término tienen mucho que decir.

La jurisprudencia constitucional examinada sobre la función pública administrativa, con independencia de la crítica teórico-práctica esbozada, deja la cuestión abierta, ya que no existe una visión de la función pública consolidada en la jurisprudencia.

¹⁵ SAYAGUES LASO, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1953, pág. 271.

¹⁶ SAYAGUES LASO, E.: Ob. cit. pág. 342. El maestro oriental nos recuerda que con el rótulo "derecho al cargo" no se designan "derechos naturales, inherentes a la personalidad, sino derechos otorgados por el ordenamiento jurídico vigente y en la medida que este determina". Esto significa, para Sayagues y en gran parte de la doctrina administrativa, que el funcionario no tiene en "derecho subjetivo a la permanencia del cargo", sino en derecho a desempeñarlo mientras subsiste el cargo público, con todos los honores, prerrogativas y retribución que correspondan al mismo.

¹⁴ BOQUERA OLIVER, J. M.: ob. cit. pág. 292.