

EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACION DE LOS REGLAMENTOS CONTEMPLADOS EN LA CONSTITUCION POLITICA DE 1980*

HUGO CALDERA DELGADO
Profesor de Derecho Administrativo

S U M A R I O

1. Perspectiva dinámica para el estudio del procedimiento que regula la elaboración de los reglamentos presidenciales. 2. Normas reguladoras del procedimiento de elaboración de los reglamentos presidenciales. 3. Potestad reglamentaria de los órganos dotados de autonomía por la Constitución Política de 1980. 3.1. Introducción. 3.2. Características de los reglamentos de los órganos dotados de autonomía por la Constitución Política de 1980. 3.3. Marco jurídico a que está sometido el ejercicio de la potestad reglamentaria de los entes autónomos. 3.4. Los reglamentos emanados de los entes autónomos no están eximidos del control jurisdiccional.

1. *Perspectiva dinámica para el estudio del procedimiento que regula la elaboración de los reglamentos presidenciales.*

La doctrina nacional incluye al reglamento dentro del concepto de "acto administrativo". El criterio de la doctrina chilena descansa en consideraciones orgánicas, al tomar en cuenta, preferentemente, al emisor del acto. El criterio señalado prevalece, no obstante estar conscientes de la similitud sustancial que existe entre el reglamento y la ley, semejanza que se ha acentuado notablemente con la creación de la potestad reglamentaria autónoma que la actual Constitución (en adelante CP) ha conferido al Presidente de la República en la primera parte el Nº 8 del art. 32, que dice: "Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 8º Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio

*El presente artículo es un párrafo de "La potestad reglamentaria en la Constitución Política de 1980", Editorial Jurídica de Chile (en prensas).

legal". Esta potestad normativa es ejercida en virtud de atribuciones conferidas de modo directo por la CP, sin la intermediación alguna de ley. Aún más, si la ley llegare a invadir la esfera de competencia que la CP reserva, de modo genérico, a la potestad reglamentaria autónoma del Jefe del Estado, dicha ley sería absolutamente inconstitucional.

Hacemos presente que no es sólo el reglamento autónomo presidencial el que tiene semejanza con la norma legal, sino que también participan de iguales características el reglamento intermedio y el de ejecución.

La exposición sobre el procedimiento previsto por la CP de 1980 en relación con la elaboración del reglamento y, en general, con el acto administrativo, puesto que el reglamento es una especie del género denominado "acto administrativo", el cual es, a su vez, una de las modalidades que asume la actividad jurídica de la Administración, se realizará desde la perspectiva del reglamento de ejecución de la ley. La perspectiva desde la cual examinaremos el procedimiento "constitucional" de la elaboración del reglamento, obedece a una causa cuya comprobación no ofrece dificultad alguna: la circunstancia que hace de la Administración una organización destinada a la realización concreta de los cometidos o tareas contenidos o indicados en las leyes. La circunstancia señalada hace de la Administración una estructura compleja creada para ejecutar a la ley, materializando las disposiciones contenidas en aquélla, disposiciones que sin la intervención de la actividad administrativa, jurídica y material, permanecerían, indefinida y perpetuamente, como simples expresiones de anhelos, como meras disposiciones programáticas, incapaces de producir consecuencias materiales de ninguna especie, es decir, se mantendrían estériles en cuanto a la producción de efectos concretos y prácticos, incapaces de materializar por sí mismas el bien común o el interés general.

Lo que hace de la Administración una ejecutora de la ley, al punto que aquélla no pueda actuar sino para cumplir lo ordenado por la norma legislativa, ha dado lugar al nacimiento del principio general de derecho denominado de la habilitación normativa previa o de la habilitación legal previa, dado que sin dicha habilitación la Administración carece de competencia para imponer obligaciones como, también, para otorgar derechos. Aún más, el referido principio ge-

neral de derecho se debe definir, con mayor propiedad, como el principio de la habilitación legal expresa y previa, en consideración a que las competencias o potestades administrativas no se presumen, sino que deben expresarse a través de habilitaciones jurídicas explícitas.

La potestad legislativa se traduce en la creación de normas, que requieren, para la producción de los efectos o consecuencias previstos por aquéllas, de la intervención de la Administración para proveer a la satisfacción de las necesidades públicas, como, asimismo, de los Tribunales de Justicia para la solución de las eventuales controversias que se susciten sobre el recto sentido de sus disposiciones o para el castigo de las perturbaciones que alteren la paz social, respectivamente. La circunstancia indicada hace tanto de la Administración como de la Administración de Justicia, órganos ejecutores de la ley, es decir, órganos encargados por la *CP* para la consistencia del contenido de las disposiciones legales.

El que rija respecto de la Administración el principio de la habilitación legal expresa y previa no se contraponen a la circunstancia de tener la Administración un origen y una función de índole constitucional.

Si las potestades jurídicas administrativas descansan sobre una habilitación legal expresa y previa, hay que tener presente que dichas potestades deben ser ejercidas dentro del fin genérico señalado por la *CP*, esto es, deben dirigirse hacia la consecución del bien común, meta que es la que justifica la existencia del Estado, como, asimismo, hacia el logro del fin específico que se encuentra implícito dentro del cometido que la ley habilitante le ha señalado como fin inmediato que la Administración debe alcanzar.

La Administración debe actuar dentro de su competencia, la que está señalada en la ley habilitante, pero para que sea válida dicha actuación o exteriorización de competencia es preciso que emane de un órgano con investidura regular. Este requisito, el de la investidura regular, se refiere a que el funcionario, en términos genéricos, "el agente público", haya sido instalado en el empleo o función encargado del ejercicio de la competencia que se dinamiza con estricta sujeción a las disposiciones contenidas en la *CP* o en la ley, según los casos.

Además de lo indicado, la exteriorización de las potestades jurídicas administrativas debe ejercerse de acuerdo con las formas que establezca la ley. Esta última expresión "en la forma que establezca la

ley" tiene un sentido genérico, puesto que dicha forma, en algunos casos, está señalada, en parte, por la *CP*, directamente, como es el caso de los decretos supremos, por ejemplo. Cuando se habla de la forma se alude, con mayor propiedad, al procedimiento administrativo.

En atención a que de acuerdo con el inc. 1º del art. 24 de la *CP* el gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado, es congruente que la norma constitucional contenida en el Nº 8 del art. 32 indique que la exteriorización de las potestades jurídicas administrativas se ejercen por el Presidente de la República a través de la dictación de reglamentos, decretos e instrucciones.

Los decretos, tanto de efectos generales como de efectos particulares, que emita el Presidente de la República, para producir efectos jurídicos requieren, como condición indispensable, ser firmados por el Ministro de Estado del departamento respectivo. El Ministro, que es un colaborador directo e inmediato del Jefe del Estado, se mantendrá en su cargo mientras cuente con la confianza del Presidente de la República. Entonces, ¿qué sentido tiene el que la *CP* exija como requisito esencial la firma del Ministro del departamento correspondiente para dar efectos jurídicos a los decretos presidenciales? La razón de la exigencia de la firma del ministro como condición indispensable para que los decretos presidenciales puedan producir efectos jurídicos se explica por la radicación de la responsabilidad que, eventualmente, pudiera surgir a consecuencia de la aplicación de los decretos u órdenes presidenciales. En efecto, tanto la actual *CP* como las que la han precedido consagran la irresponsabilidad del Jefe del Estado por los actos que emitiera en el ejercicio de su cargo. La responsabilidad que pudiere derivarse de los efectos producidos por las órdenes presidenciales se radica en el ministro o ministros que las hubieren firmado; responsabilidad que podrá ser individual o solidaria, según sea uno o varios los ministros que las hayan firmado. Las actuaciones y las órdenes que el Presidente de la República impartía no le acarrearán responsabilidad, salvo en circunstancias muy restrictivas y puntuales, en atención a que dicho magistrado, de acuerdo con nuestra tradición constitucional, es, a la vez, Jefe del Estado y Jefe del Gobierno. Como Jefe del Estado es el elemento que garantiza la permanencia y la continuidad, sin intermitencias o lagunas, de la estabilidad del gobierno y del funcionamiento de los poderes pú-

blicos, garantizando con su presencia a la cabeza del Estado que no habrán de producirse vacíos de poder, los cuales, de acontecer, sumirían al país en el mayor de los peligros, es decir, en el caos y la anarquía, dejando a la deriva, la nave del Estado y sin solución a los innumerables y graves asuntos públicos. No obstante, como la responsabilidad constituye una de las bases esenciales de un Estado de Derecho, sin la cual éste no puede existir como tal, la *CP* necesariamente la ha mantenido vigente, aunque radicándola en los Ministros de Estado, quienes si no desean contrafirmar los actos presidenciales que estimaren contrarios a derecho o contrarios al interés público, tienen libertad para rehusarse a ello, pudiendo presentar su dimisión al Jefe del Estado.

La responsabilidad que pudiere afectar a los Ministros de Estado se encuentra establecida en numerosas disposiciones de nuestra actual *CP*, responsabilidad que, por regla general, no alcanza al Presidente de la República, dignatario a quien nuestra tradición constitucional ha cuidado de mantener al margen de circunstancias que pudieren comprometer tanto su prestigio personal como su estabilidad en el mando supremo, durante toda la vigencia del período presidencial, por constituir un factor esencial para la continuidad de la dirección superior de los intereses generales de la Nación.

Si el decreto supremo es el medio del que se sirve el Presidente de la República para el ejercicio de sus funciones, la resolución es, normalmente, la forma que revisten las órdenes emitidas por las demás autoridades subordinadas al Primer Mandatario, excepto los decretos que pueden emitir los ministros con su sola firma, pero "por orden del Presidente de la República", en los casos autorizados por la *CP* o por las leyes.

Pudiera llamar la atención la circunstancia consistente en que, por regla general, las resoluciones no requieran de otra firma que la de la autoridad o funcionario que es competente para dictarlas, dado que hemos visto que los decretos supremos, sin excepción, deben llevar además de la firma del Presidente la del ministro respectivo. Esto podría aparecer ilógico, dado que siendo el Presidente el Jefe Supremo del Estado, sus órdenes no producirán efectos jurídicos sin la contrafirma de un órgano de su dependencia jerárquica inmediata, en circunstancias de que sus subordinados pueden emitir actos administrativos válidos y eficaces bajo su sola firma. La explicación de esta

aparente inconsecuencia la encontramos en que todos los agentes o funcionarios son directamente responsables por los actos que emiten, responsabilidad que puede ser individual o solidaria, según sea el número de agentes que hubieren concurrido a firmar el acto, además de que dicha responsabilidad pueda ser de naturaleza civil, penal o administrativa. Aún más, no sólo pueden ser declarados responsables los órganos que impartieren las órdenes, sino que también los que las ejecutaren, salvo que las hubieren representado previamente y que hubiere mediado insistencia de parte del superior jerárquico.

En el procedimiento de elaboración de los decretos —reglamentarios o de efectos particulares— y demás actos administrativos terminales, por mandato de la CP, debe verificarse la realización de un acto trámite para cautelar preventivamente la juridicidad del decreto o resolución, dicho examen recae tanto sobre aspectos relativos a la constitucionalidad como a la legalidad. Si el órgano encargado del control preventivo estima que el acto en gestación está conforme con el bloque de la juridicidad procederá a aprobarlo, cursándolo, esto es, tomando razón de él. En el supuesto de que el órgano de control considere que el proyecto de reglamento sometido al control de juridicidad adolece de vicios de ilegalidad, se negará a aprobarlo, no lo cursará y, en consecuencia, procederá a representarlo. En presencia de la representación por ilegalidad, la CP prevé la posibilidad de que el Presidente de la República no se conforme con las razones invocadas por el órgano de control, y decida poner en ejercicio su potestad constitucional de insistencia, en la forma prescrita en la Carta Fundamental. En presencia de la atribución constitucional de la insistencia presidencial el órgano de control deberá proceder sin más trámite a cursar el acto, aprobándolo, es decir, tomando razón de él. Como consecuencia inmediata del ejercicio de la potestad de insistir, el órgano de control preventivo de juridicidad se encuentra en la obligación de cursar el acto anteriormente representado por ilegal; sin embargo, en este caso, se deberá proceder a enviar todos los antecedentes relativos al acto insistido al órgano legislativo especial y excluyentemente encargado de fiscalizar los actos del Gobierno, es decir, a la Cámara de Diputados. El Senado, de acuerdo con el texto de la CP vigente, está excluido de toda función fiscalizadora. Con los antecedentes remitidos por el órgano encargado del control preventi-

vo de juridicidad, la Cámara de Diputados podría iniciar el procedimiento establecido para hacer efectiva la responsabilidad "política", el cual, en ciertos casos, podría hacer intervenir al Senado y, eventualmente, tener por efecto la destitución del o de los Ministros de Estado que hubieren contrafirmado el decreto de insistencia.

Llamamos la atención del lector sobre los efectos que (por disposiciones constitucionales expresas) pueden llegar a derivarse, a consecuencia de la representación, en el procedimiento de elaboración de un reglamento, de un decreto supremo o de una resolución de efectos particulares.

Puede acontecer que la representación no estuviera fundada en un vicio de ilegalidad, sino que de inconstitucionalidad. En este evento no procederá la insistencia, debido a que la CP la excluye terminantemente. Al no tener cabida alguna la insistencia tampoco puede tener lugar el envío de los antecedentes del acto representado a la Cámara de Diputados; sin embargo de que en la circunstancia señalada el Presidente de la República carezca de potestad de insistencia, ello no significa, en modo alguno, que aquél esté forzado a conformarse con el criterio en que se fundamenta la representación. La CP indica el procedimiento que el Presidente puede seguir cuando no coincida con el fundamento de la representación basada en la inconstitucionalidad. El Presidente de la República, si lo estima conveniente, puede recurrir al Tribunal Constitucional dentro del plazo de 10 días establecido en la CP.

Si el Tribunal Constitucional estima que la representación carece de base jurídica, por no existir el vicio de inconstitucionalidad invocado, lo declarará así y "la sentencia que acoja el reclamo presentado por el Presidente de la República será comunicada al Contralor General para que proceda, de inmediato, a tomar razón del decreto o resolución impugnado".

En el caso contrario "el Tribunal —Constitucional— podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad, respecto de las normas cuestionadas, en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya sido o no invocado en el requerimiento" y la sentencia que confirmare la inconstitucionalidad contenida en la representación se comunicará al Presidente de la República y a la Contraloría General de la República (en adelante CGR).

Es preciso tener presente que: "contra las resoluciones del Tribu-

nal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido". La resolución que confirme la inconstitucionalidad del reglamento, previamente representado por inconstitucional por la CGR, tendría como efecto el poner término al procedimiento de elaboración del reglamento, el cual al no poder nacer a la vida del derecho quedaría, simplemente, como un proyecto fallido.

Además de la norma establecida en el inc. 19 del art. 79 que alude al procedimiento prescrito por la ley para la validez de las actuaciones administrativas, la Carta Fundamental, al indicar las materias de la reserva legal, en el Nº 18 del art. 60, dice que "sólo son materias de ley: las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública". Este precepto entrega a los órganos legislativo y ejecutivo la regulación integral de las normas complementarias de la CR relativas al procedimiento administrativo.

Hemos bosquejado, en sus lineamientos esenciales, el procedimiento establecido por la CR de 1980 para la elaboración de los actos administrativos reglamentarios del Presidente de la República.

A continuación, indicaremos el funcionamiento positivo de los principios y aseveraciones contenidas en esta relación panorámica.

2. *Normas reguladoras del procedimiento de elaboración de los reglamentos presidenciales.*

El principio de la habilitación legal expresa y previa está establecido, preferentemente, en el inc. 19 del art. 79 de la CR, que dice: "los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley". En relación con la habilitación legal que hay que tener especialmente en cuenta, el inciso segundo del citado artículo 79 —disposición que proviene de la CR de 1833— y que expresa: "ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes"^{1,2}.

¹El artículo 151 (160) de la Constitución de 1833 decía: "Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni

La finalización de las potestades administrativas encuentra su fundamento en el inciso 4º del art. 1º, que expresa: "el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear 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"².

En cuanto a los límites que la CP ha señalado, de modo genérico, al ejercicio de las potestades públicas y, consecuentemente, también a las administrativas —no hay que olvidar que en nuestra doctrina el

aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo". El artículo 4º de la Constitución de 1925 reproduce, textualmente, el referido artículo 151 (160) de la Carta de 1833; lo mismo aconteció con el artículo 6º, inciso 2º, del Acta Constitucional Nº 2 (decreto-ley 1.551, 13/9/1976). Se resalta la principal modificación a la disposición aludida en el texto del inciso 2º del artículo 7º de la Constitución de 1980, cuya parte final expresa: "... otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes".

Es interesante hacer presente el alcance de la norma contenida en el inciso 2º del artículo 7º de la Constitución. Podría estimarse que dicha norma está referida, exclusivamente, al órgano Ejecutivo, como tradicionalmente se ha designado a aquel que detenta las funciones gubernativas y administrativas; si así se hiciera se incurriría en un error de importantes consecuencias. Nada autoriza a restringir el alcance de la referida disposición, la cual, obviamente, se refiere a toda magistratura, en el sentido de toda autoridad pública que ejerza potestades, esto es, que detente "poderes públicos". Consecuentemente, todos los órganos del Estado, incluidos los Poderes Públicos sin excepción están sometidos a la norma del inciso 2º del artículo 7º de la Constitución, con la salvedad de que el legislativo sólo está sujeto a la habilitación constitucional, circunstancia que hace que su poder pueda ser calificado de "espontáneo", según la doctrina francesa. No ocurre lo mismo con los Poderes Ejecutivo y Judicial, los cuales, además de estar sometidos a la Constitución, necesitan ser habilitados por ley.

El problema del fin está presente en todas las potestades o poderes conferidos a la Administración. Sin embargo, el tema reviste mayor importancia tratándose del ejercicio de las potestades administrativas denominadas discrecionales, las cuales confieren un poder de apreciación sumamente amplio a la Administración que, a menudo, es difícil de controlar. En todo caso, el empleo de las potestades administrativas discrecionales en un fin distinto de aquel querido por la ley viciará al acto administrativo de nulidad.

reglamento es considerado como acto administrativo—, ocupa un lugar preeminente la norma del inciso final del art. 5 de la Constitución, que dice: “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”⁴.

La investidura regular, uno de los requisitos esenciales para la validez de los actos administrativos, está prevista en el inc. 1º del art. 79, cuya primera parte comienza diciendo: “los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes...”. En cuanto a la investidura regular del Presidente de la República, a quien se ha conferido preferentemente el poder reglamentario, hay que considerar lo expresado por el inc. 1º del art. 26, que dispone: “el Presidente será elegido en votación directa y por mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos”. Directa relación con la disposición transcrita tiene lo establecido en el inciso final del artículo 27, que reza: “en este mismo acto, el Presidente electo prestará ante el Presidente del Senado, juramento o promesa de desempeñar fielmente el cargo de Presidente de la República, conservar la independencia de la Nación, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes, y de inmediato asumirá sus funciones”⁵.

⁴La norma establecida en el número 26 del artículo 19 de la Constitución complementa a aquella contenida en el inciso final del artículo 5º. Se hace presente que la disposición que contiene el número 26 del artículo 19 fue tomada de los números 1 y 2 del artículo 19 de la Constitución de la República Federal de Alemania (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania), Carta que entró en vigor el 23 de mayo de 1949. Los números 1 y 2, del artículo 19, expresan: “Artículo 19 (Restricción de derechos fundamentales).

1) Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitada al caso individual. Además deberá citar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente”.

2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia”.

⁵“Como decíamos, la legitimidad dice relación con el origen regular de la investidura que justifica ante el mundo del derecho el ejercicio de las potestades públicas, pero ella, por sí sola, no valida los actos o disposiciones ordenados por la magistratura. Para que las actuaciones emanadas del ejercicio del poder público sean válidas, esto es, regulares, se requiere que las órdenes impartidas estén, a su vez, sustentadas en normas de derecho constitucionales o legales”. Caldera: “El acto administrativo. Legalidad, Efectos e Impugnación”, Editorial Jurídica de Chile, 1981, p. 26.

El poder reglamentario presidencial, en cuanto habilitación positiva —norma de competencia— encuentra su fundamento en el número octavo del art. 32 de la Constitución, que dispone: "son atribuciones especiales del Presidente de la República: 8º Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes".

Respecto del procedimiento, además de lo dicho en relación con el inc. 1º del art. 79, tiene particular relevancia la norma del inc. 1º del art. 35, que dispone: "los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito". Habíamos indicado que la contrafirma del Ministro es un requisito indispensable para la eficacia del decreto o reglamento, anotando que, en algunos casos, era posible que los decretos se expidieran bajo la sola firma del Ministro, situación prevista en el inciso final del referido art. 35, que establece: "los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del Ministro respectivo, por orden del Presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley"⁶. Continuando con el procedimiento, el Nº 18 del art. 60 establece, con alcance general, que: "sólo son materias de ley: 18) Las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública".

La exigencia de la contrafirma del Ministro, establecida en el inc. 1º del art. 35, tiene por objeto radicar la eventual responsabilidad derivada de las consecuencias que pudieran ocasionarse de la aplicación de los actos que aquéllos suscribieren, directamente, en los Secretarios de Estado, como se indica textualmente en el art. 36, que dice: "los Ministros serán responsables individualmente de los actos que firmaren y solidariamente de los que suscribieren o adoptaren con los otros Ministros". La norma transcrita, a pesar de su claro sentido, consecuencia de su tenor literal, que convierte en superfluo todo esfuerzo interpretativo, está sin embargo, reforzada en la disposición de la parte final del Nº 22 del art. 32 cp, donde se expresa: "los Ministros de Estado o funcionarios que autoricen o den curso a gastos que contravengan lo dispuesto en este número serán responsa-

⁶Ver la ley Nº 16.436 (D. O. del 24/2/1966).

bles solidaria y personalmente de su reintegro, y culpables de delito de malversación de caudales públicos". La disposición señalada, aplicación a un caso puntual de una norma general, la del art. 36, puede tener consecuencias si se interpusiere la acusación constitucional indicada en la letra "b" del Nº 2 del art. 48, que dice: "son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados: 2) Declarar si han o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen en contra de las siguientes personas: b) De los Ministros de Estado, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, *por infringir la Constitución o las leyes o haber dejado éstas sin ejecución*, y por los delitos de traición, concusión, *malversación de fondos públicos* y soborno".

En lo que atañe al control preventivo de juridicidad sobre los reglamentos y demás actos administrativos que deban tramitarse por la CGR, tenemos, en primer lugar, la primera parte del inc. 1º del art. 87 CP, que dispone: "un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración...". Esta norma se complementa, con el art. 88, y, en orden de materias, con el inciso primero, cuya parte inicial, prescribe: "en el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer...". La disposición transcrita se coloca en dos situaciones distintas, una de ellas considera que el proyecto de acto sometido al trámite procedimental denominado toma de razón esté ajustado a la ley que ejecuta, circunstancia en que la Contraloría deberá aprobarlo, tomando razón de él; la otra, estima la posibilidad de que el citado proyecto de acto estuviera viciado de ilegalidad, evento en el cual la Contraloría no lo aprobaría, sino que debería rechazarlo, esto es, representarlo, impidiendo que dicho proyecto de acto, afectado de ilegalidad, pudiera convertirse en acto terminal y, consecuentemente, llegar a producir efectos. En la segunda parte del mencionado inciso primero, la Constitución otorga al Presidente de la República una potestad excepcional, sólo a él conferida, por ser el Jefe Supremo del Estado, cuya "autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la

El subrayado es nuestro.

República, de acuerdo con la Constitución y las leyes", dicha atribución especialísima, además de ser exclusiva y excluyente, se conoce como el derecho de insistencia, el que está expresamente reconocido en los siguientes términos: "pero deberá darles curso —a los decretos o resoluciones previamente representados por ilegalidad— cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados"⁸.

Esta potestad de insistencia que la CR confiere al Presidente de la República tiene, de acuerdo con la Carta Fundamental, una primera excepción, que la hace improcedente, como lo indica la parte final del citado inc. 1º art. 88, que prescribe: "en ningún caso —la Contraloría— dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara"⁹.

Cuando el Presidente de la República decide hacer uso de su potestad de insistencia procede a dictar un decreto por el que se ordena a la CCR tomar razón del reglamento representado. En consecuencia, al mediar la insistencia, estamos en presencia de dos decretos: el que contiene la insistencia y el insistido —representado—. Con motivo de la orden de cursar el decreto reglamentario —en el ejemplo que utilizamos—, puede originarse la acusación constitucional prevista en los artículos 48, Nº 2, letra b) y 49 Nº 1 de la Carta Fundamental¹⁰.

La segunda excepción al ejercicio de la potestad de insistencia, de acuerdo con la cual tampoco aquélla es procedente, está establecida en el inciso tercero del artículo 88 de la Constitución, que expresa: "si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberá remitir los an-

⁸Con ocasión de la insistencia puede interponerse una acusación constitucional en contra de los Ministros que hubieren contrafirmado el correspondiente decreto.

⁹Los tres últimos incisos del artículo 21 de la Constitución de 1925 fueron agregados por la ley sobre reforma constitucional Nº 7727, del 23 de noviembre de 1943.

¹⁰Vid nota 8.

tecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de éste resuelva la controversia”.

En relación directa con el contenido de la parte final del inc. 3º del art. 88, se encuentra lo dispuesto por el Nº 6 del inc. 1º del art. 82, que estatuye: “son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6º Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88”.

La ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, Nº 17.997, de 19 de mayo de 1981, en su art. 49, dispone: en el caso del Nº 6 del art. 82 de la Constitución Política, se aplicarán en lo pertinente las normas de los artículos 38 a 45, inclusive, de esta ley y las que se expresan en los incisos siguientes”; su inc. 2º agrega: “El plazo de diez días a que se refiere el inc. tercero del art. 88 de la Constitución, se contará desde que se reciba en el Ministerio de origen el oficio de representación del Contralor General de la República”, y su inc. 3º. “La sentencia que acoja el reclamo presentado por el Presidente de la República será comunicada al Contralor General para que proceda, de inmediato, a tomar razón del decreto o resolución impugnado”.

Es preciso tener en cuenta que con la dictación de la CP 1980, especialmente, con su art. 88, se modificó tácitamente el art. 10, en sus primeros incisos, de la ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República¹¹.

Como demostración de dicha derogación parcial y tácita, y a ma-

“El Art. 10º referido dice: “El Contralor General tomará razón de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría, y se pronunciará sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de que puedan adolecer, dentro del plazo de treinta días contados desde la fecha de su recepción; pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros”.

“La representación se hará con la firma del Contralor, y, en caso de insistencia, se consignará el hecho en la memoria anual que la Contraloría deberá presentar al Presidente de la República y al Congreso Nacional”.

“El Contralor deberá, en todo caso, dar cuenta al Congreso Nacional y al Presidente de la República de estos decretos, dentro de los treinta días de haber sido dictados, enviando copia completa de ellos y de sus antecedentes”.

por abundamiento, mencionaremos, en primer lugar, el inc. final del art. 88 CP, que ordena: "en lo demás, la organización, el funcionamiento y las atribuciones de la Contraloría General de la República serán materia de una ley orgánica constitucional". En directa relación con el referido inciso se encuentra la disposición quinta transitoria de la CP, que indica: "se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales".

La derogación tácita aludida recae, principalmente, en las improcedencia de insistir los decretos o resoluciones representados por vicios o defectos de inconstitucionalidad.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la CP 1980, la potestad de insistencia presidencial tenía solamente base legal, encontrándose establecida en el mencionado art. 10 de la ley orgánica de la CGR, ente que, originariamente, no fue consultado en la Constitución de 1925, texto al cual se incorporó en virtud de la reforma constitucional realizada por la ley Nº 7.747, de 1943, pasando a formar parte de los incisos segundo y siguientes del art. 21 de la citada Carta.

En consideración a la perspectiva eminentemente constitucional desde la cual hemos diseñado el procedimiento administrativo de elaboración de los reglamentos —que, como sabemos, son actos administrativos, al menos, en la dogmática chilena—, hemos dejado para el final la mención a las normas procedimentales establecidas en el art. 17 del DFL Nº 7.912, de 5 de diciembre de 1927, y en el art. 154 de la ley de la Contraloría¹².

¹²Art. 17 DFL 7912: "El trámite de los decretos supremos será el siguiente: firma del Presidente de la República, cuando corresponda, o en su caso, sólo del Ministro, numeración y anotación en el Ministerio de origen, examen y anotación en la Contraloría General de la República, y comunicación a la Tesorería General, cuando se trate de compromisos para el Estado".

"Ninguna oficina de Hacienda, Tesorería, Contaduría, etc., dará cumplimiento a decretos que no hayan pasado por el trámite antes indicado. El funcionario público que no dé cumplimiento a esta disposición perderá por este solo hecho su empleo. Para este efecto los jefes de servicios no será considerados como tales".

Con el examen de las disposiciones positivas que sirven de fundamento a la exposición doctrinaria, contenida en la primera parte del presente artículo, estimamos haber mostrado en sus líneas básicas el procedimiento administrativo con sujeción al cual deben elaborarse los reglamentos presidenciales.

3. *Potestad Reglamentaria de los Organos dotados de autonomía por la Constitución Política de 1980.*

3.1. *Introducción.*

La CP 1980 ha dotado de autonomía a diversos entes públicos distintos del Congreso Nacional y del Poder Judicial.

La incompetencia del Presidente de la República para ejercer su potestad reglamentaria respecto del Congreso Nacional es evidente en consideración al principio de la separación de los Poderes del Estado. La misma regla es aplicable respecto del Poder Judicial.

En relación con el Congreso Nacional, el inciso final del art. 53 CP, expresamente, consagra una potestad reglamentaria que es distinta de la potestad legislativa. La norma aludida, dice: "Cada una de las Cámaras establecerá en su propio reglamento la clausura del debate por simple mayoría".

En cuanto a la potestad reglamentaria de la Corte Suprema, estimamos que está implícita en la primera parte del inc. 1º del art. 79, que dice: "La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correctiva y económica de todos los tribunales de la nación". Esta potestad reglamentaria no puede ejercerse respecto de los órganos excluidos de la superintendencia de la Corte Suprema. El inc. 1º del

Art. 154 Ley 10.336: "La Contraloría velará por que se dé estricto cumplimiento a las disposiciones que prohíben la comunicación de los decretos supremos y resoluciones antes de que de ellos haya tomado razón el Contralor".

"Para este efecto, los distintos Ministerios, al enviar al Diario Oficial o a otros órganos oficiales de publicación las transcripciones de los decretos y de las resoluciones administrativas, deberán hacer estampar en ellas la constancia de que los respectivos decretos y resoluciones han sido totalmente tramitados".

"En caso de incumplimiento de lo establecido en el inciso 1º, se solicitará por la Contraloría la aplicación de las sanciones legales".

referido artículo expresa: "Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones, los tribunales electorales regionales y los tribunales militares de tiempo de guerra". En razón de que los tribunales contencioso administrativos contemplados en el inciso final del art. 38 *ce* pertenecen a la estructura del Poder Judicial, el citado inciso 1º, en su parte final, establece, textualmente, que: "Los tribunales contencioso administrativos quedarán sujetos a esta superintendencia conforme a la ley".

Los órganos públicos consagrados por la Constitución, que no tienen la calidad de Poderes del Estado, pero que, no obstante, gozan de autonomía, son los siguientes: el Tribunal Constitucional, Capítulo vii; el Tribunal Calificador de Elecciones, Capítulo viii "Justicia Electoral"; la Contraloría General de la República, Capítulo ix; el Consejo de Seguridad Nacional, Capítulo xi; y el Banco Central, Capítulo xii.

Es interesante destacar la circunstancia consistente en que la *ce* ha previsto que el desarrollo de las disposiciones constitucionales referentes a todos los órganos autónomos más arriba indicados, deba realizarse por medio de leyes orgánicas constitucionales, con la sola excepción del Consejo de Seguridad Nacional, respecto del cual, en cambio, le ha reconocido en forma expresa la potestad reglamentaria en el inciso final del art. 96, que dice: "Un reglamento dictado por el propio Consejo establecerá las demás disposiciones concernientes a su organización y funcionamiento".

La norma constitucional recién transcrita hace improcedente que el legislador pudiera entrar a regular tanto la organización como el funcionamiento del Consejo de Seguridad Nacional. En consecuencia, la ley que pretendiera innovar en la composición, en el quórum para sesionar, el derecho a voto de sus integrantes o en el procedimiento de convocatoria de este Consejo, sería manifiestamente inconstitucional.

No obstante lo expresado acerca de la incompetencia de la ley en relación con la organización y funcionamiento del Consejo de Seguridad Nacional, la letra d) del artículo 96 de la Constitución establece: "Serán funciones del Consejo de Seguridad Nacional: d) Recabar de las autoridades y funcionarios de la administración todos los antecedentes relacionados con la seguridad exterior e interior del Estado. En tal caso, el requerido estará obligado a proporcionarlos y

su negativa será sancionada en la forma que establezca la ley". ¿A cuál ley se refiere la norma señalada? Estimamos que a la ley general que sanciona la desobediencia en que pueden incurrir los funcionarios de la administración por incumplimiento de sus deberes, particularmente, por infracción del deber de obediencia.

La solución indicada no impide que el propio Consejo acuerde por la mayoría de sus miembros con derecho a voto solicitar del Jefe del Estado el envío al Congreso Nacional de un proyecto de ley que considere sanciones específicas para el caso de la renuncia o incumplimiento previsto en la parte final de la letra d) del artículo 96 de la Carta Fundamental.

3.2. *Características de los reglamentos de los órganos públicos dotados de autonomía por la Constitución Política de 1980.*

Los reglamentos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria de los entes públicos indicados en la introducción tienen en común los siguientes caracteres:

a) no tener participación alguna en su elaboración ni el Presidente de la República ni los Ministros de Estado;

b) no tener aplicación respecto de ellos el control de juridicidad que la Constitución ha colocado como atribución de la Contraloría General de la República en los arts. 87 y 88;

c) como consecuencia de lo indicado en la letra precedente, la Contraloría General de la República no podría representarlos, dado que a su respecto no rige el trámite de la toma de razón;

d) por las razones expresadas más arriba, es absolutamente inaplicable respecto de estos reglamentos la potestad de insistencia que la Constitución reconoce a favor del Presidente de la República en el art. 88;

e) no tener competencia el Tribunal Constitucional para pronunciarse acerca de los vicios de inconstitucionalidad que pudieren afectar la validez de estos reglamentos.

Los rasgos comunes que hemos puesto de relieve marcan una nítida diferencia en cuanto al procedimiento de elaboración de los reglamentos que emitan los órganos dotados de autonomía constitucional respecto de los reglamentos surgidos del ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

3.3. Marco jurídico a que está sometido el ejercicio de la potestad reglamentaria de los entes autónomos.

Los reglamentos que dicten estos órganos dotados de autonomía constitucional deben enmarcarse dentro de las normas constitucionales y de las leyes orgánicas que les sean aplicables, respectivamente. La única excepción a la regla general indicada se produce en relación con el Consejo de Seguridad Nacional, en atención a que dicho ente emana directa y exclusivamente de la Constitución y que a su respecto el legislador carece de competencia normativa. En consecuencia, este órgano al dictar el reglamento previsto en el inciso final del art. 96 sólo está normativamente subordinado a la Carta Fundamental.

El reglamento previsto en el inciso final del art. 96, como, asimismo, los demás reglamentos que emitan los entes autónomos a que hemos hecho alusión tienen un valor normativo inferior a la ley. Hay que tener presente, además, que, con excepción del Consejo de Seguridad Nacional, la potestad reglamentaria que emana de la autonomía constitucional de los órganos antes indicados está integralmente subordinada a las respectivas leyes orgánicas constitucionales.

3.4. Los reglamentos emanados de los entes autónomos no están eximidos del control jurisdiccional.

La circunstancia consistente en que en la elaboración de este tipo de reglamentos no intervenga la Contraloría General de la República ni el Tribunal Constitucional, no significa, de ninguna manera, que los tribunales de justicia no puedan conocer de los reclamos que en contra de aquéllos interpongan las personas que se consideraren atropelladas en sus derechos o intereses legítimos a consecuencia de disposiciones que estimaren inconstitucionales o ilegales.

En tanto no se dicte la ley complementaria del art. 38 inc. 2º CP, disposición que ha previsto la creación de los tribunales contencioso administrativos, la competencia para conocer de los litigios que se llegaren a suscitar pertenece a los tribunales ordinarios de justicia. La competencia señalada encuentra fundamento en principios y disposiciones de índole constitucional. El inc. 2º del art. 79 así lo reconoce al expresar que: "Reclamada su intervención —la de los tribunales es-

tablecidos por la ley— en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión". La consideración basada en los principios generales de derecho nace de la reflexión de que en un estado de derecho no pueden existir órganos públicos que gocen de inmunidad jurisdiccional, siendo el control jurídico de los actos de los entes públicos uno de los elementos esenciales del Estado regido por normas de derecho.