

CAPÍTULO II

EL GOBIERNO EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE:

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y MINISTROS DE ESTADO. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN

I. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA: SUS FUNCIONES, SU ELECCIÓN, SUS ATRIBUCIONES ESPECIALES. LOS MINISTROS DE ESTADO Y SUS COMPETENCIAS

Cabe hacer presente al iniciar el estudio del gobierno en el texto de la Constitución vigente, la modificación de estructura del texto constitucional en relación a las constituciones anteriores de 1833 y de 1925, invirtiendo el orden de precedencia entre los capítulos correspondientes al Gobierno y al Congreso Nacional, pasando el primero a ocupar el capítulo IV de la Constitución y el Congreso Nacional el capítulo V, lo que muestra en forma clara la función más relevante que le otorga la Carta de 1980 al gobierno como órgano central y vertebrador del sistema constitucional chileno, como, asimismo, el rol central que ejerce el Presidente de la República en cuanto Jefe de Estado, de gobierno y de la administración. Por último, cabe explicitar que el concepto de gobierno se utiliza en su connotación restringida equivalente a Poder Ejecutivo en términos orgánicos; pero, asimismo, explicitando sus funciones políticas de gobierno o dirección política y de función de administración del Estado.

1. Las funciones del Presidente de la República

El capítulo IV de la Constitución se encabeza con el título de "Gobierno", para inmediatamente referirse al párrafo "Presidente de la República".

La primera disposición de este capítulo que es el artículo 24 precisa las funciones del Presidente de la República señalando inequívocamente su calidad de Jefe de Estado, de gobierno y de la administración. En efecto, el

texto precisa que *"El gobierno y la administración del estado corresponden al Presidente de la República, quién es el Jefe de Estado"*.

La disposición constitucional considerada agrega genéricamente el ámbito de sus competencias, determinando que, *"Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes"*.

La Constitución explicita así la subordinación del actuar del Presidente de la República a la Constitución Política y a las leyes dictadas en conformidad a ella, por lo cual el Presidente necesariamente debe actuar respetando el principio de supremacía constitucional y fuerza normativa de la Constitución, como, asimismo, el principio de legalidad, no pudiendo sobrepasar las competencias de atribución que le fijan la Constitución y las leyes, todo ello correctamente armonizado con los artículos 6º y 7º de la Constitución.

El Presidente de la República como Jefe de Estado representa al Estado y la unidad nacional, tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional.

El Presidente de la República como jefe de gobierno tiene la potestad de la dirección política del Estado, determinando las políticas de gobierno y de cada sector del mismo, contando con la colaboración de los Ministros de Estado en la formulación de tales políticas y en su ejecución a través de los ministerios y servicios públicos.

Las competencias genéricas del Presidente de la República se complementan con la especificación de las atribuciones especiales del Presidente de la República establecidas en el artículo 32 de la Carta Fundamental, aun cuando ellas no tienen un carácter taxativo, las que le otorgan atribuciones constituyentes derivadas; atribuciones legislativas en cuanto órgano colegislador; atribuciones gubernativas, atribuciones administrativas, atribuciones judiciales específicas.

Debe tenerse presente que el cumplimiento de las funciones de Jefe de Estado y de Jefe de Gobierno y de la administración, constituyen funciones diferentes, que cada Presidente de la República conjuga poniendo mayor énfasis en una o en otras, según su propia perspectiva y su prudencia, lo que puede constituir una situación compleja cuando se privilegia en forma extrema

la función de jefe de gobierno y de una mayoría política, descuidando sensiblemente su calidad de autoridad que debe mantener la unidad y la integración del conjunto de la sociedad política, las tensiones que pueden darse en tales situaciones son de difícil solución en un régimen presidencialista donde una misma persona debe encarnar dos lógicas políticas diferentes.

2. Requisitos para ser elegido, modalidad de elección y método electoral para la elección Presidencial. Duración del mandato

2.1. Los requisitos para ser elegido Presidente de la República

El artículo 25 de la Constitución establece los requisitos para “*ser elegido Presidente de la República*”; ellos deben ser cumplidos al momento o día de la elección y no al momento de inscribir la candidatura presidencial.

Tales requisitos son los de tener la nacionalidad chilena de acuerdo a lo dispuesto en los numerales 1º y 2º del artículo 10 de la Constitución, en virtud de los principios de *ius solis* y de *ius sanguinis* que se reflejan respectivamente en dichos numerales, por lo tanto, no cumplen tales requisitos quienes se hayan nacionalizado por Carta ni por gracia de la ley, de acuerdo con la redacción del inciso 1º del artículo 25 de la Constitución. En segundo lugar, debe tenerse cumplidos treinta y cinco años de edad al día de la elección y, tercero, poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio, lo que remite a considerar el artículo 13 de la Constitución, el que agrega a los dos anteriormente señalados el de no haber sido condenado a pena aflictiva, la que en nuestro ordenamiento jurídico es una pena de al menos tres años y un día de cárcel o su equivalente.

2.2. Modalidad de la elección, método electoral, calificación de la elección presidencial y asunción del cargo

2.2.1. Elección directa del Presidente de la República por la ciudadanía por un método de escrutinio mayoritario uninominal de mayoría absoluta (Ballotage)

El artículo 26 de la Constitución precisa que el Presidente de la República será elegido por “*elección directa y por mayoría absoluta de los sufragios*”

válidamente emitidos". La elección directa es una modalidad de elección que distingue a los tipos de gobierno presidencialistas latinoamericanos, como también a diversos tipos de gobierno semipresidenciales como los de Francia, Finlandia, Polonia, Rumania, entre otros. Esta modalidad de elección presidencial distingue claramente a los presidencialismos latinoamericanos del tipo de gobierno presidencial norteamericano que se elige por un *sistema de elección popular indirecta*, ya que los ciudadanos votan para elegir electores presidenciales, los cuales son quienes eligen al Presidente de la República.

Asimismo, se ha generalizado en América Latina el método de elección mayoritaria uninominal a dos vueltas o "ballotage", establecido originalmente por la Constitución francesa de la Quinta República de 1958, conforme a su reforma de 1962, para la elección presidencial, el cual luego ha sido asumido por otros regímenes semipresidenciales (Finlandia, Polonia, Portugal, entre otros) y por un grupo importante de presidencialismos latinoamericanos (Brasil, Colombia, El Salvador, Guatemala, Perú, República Dominicana y Uruguay). Este método consiste en que será elegido Presidente de la República en la primera votación efectuada, el candidato que obtiene la mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos. Si ningún candidato logra tal mayoría, debe realizarse una segunda votación en que participen los dos candidatos que hayan obtenido mayor cantidad de sufragios válidamente emitidos, siendo elegido en esta segunda elección el candidato con mayoría absoluta que equivale a aquel de los dos que tenga mayor votación, ya que no se contabilizan los votos nulos o en blanco como válidamente emitidos, considerándose como no emitidos según determina el inciso 3º del artículo 26 en análisis. Esta segunda votación se verifica, en la forma que determina la Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios, el cuarto domingo después de efectuada la primera votación, como determina el inciso 2º del mismo artículo.

Los métodos de escrutinio de la elección presidencial de mayoría absoluta y segunda vuelta son más inclusivos porque desestimulan el voto estratégico que incentiva el sistema de mayoría relativa y, por lo tanto, favorecen las expectativas electorales de los partidos más pequeños, como señala Bouquet⁷². Sin embargo, el ballotage es criticado por algunos autores

⁷² BUQUET, Daniel. "Balotaje vs. Mayoría Simple: el Experimento Uruguayo", en MARTÍNEZ, Rafael (Ed.) *La Elección Presidencial Mediante Doble Vuelta en Latinoamérica*. Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials de Barcelona, Barcelona, 2004, pp. 483-499.

latinoamericanos, ya que consideran que refuerza aún más la concentración del Poder en el Presidente de la República como órgano de un ejecutivo monocrático, polarizando la elección presidencial y haciendo más difíciles las negociaciones políticas posteriores entre las fuerzas políticas en disputa, una de las cuales controla la presidencia de la República y otra la mayoría parlamentaria⁷³.

El método de escrutinio mayoritario uninominal a dos vueltas o dos votaciones para método de escrutinio reemplazó al existente en la Constitución de 1925, la que determinaba la elección del Presidente de la República por la mayoría absoluta de los sufragios como el texto actual, en su artículo 64, para luego determinar que en caso de que ninguno de los candidatos hubiese obtenido la mayoría requerida, correspondería al Congreso Pleno integrado por los parlamentarios que integran la Cámara de Diputados y el Senado reunidos en sesión especialmente convocada al efecto, elegir al Presidente de la República entre los dos candidatos con mayor número de sufragios válidamente emitidos en la votación popular. El artículo 64, en su inciso 2º, de la Constitución de 1925 señalaba que si ninguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos, determinando que *"si del escrutinio no resultare esa mayoría, el Congreso Pleno elegirá entre los ciudadanos que hubieren obtenido las dos más altas mayorías; pero si dos o más ciudadanos hubieren obtenido en empate la mas alta mayoría relativa, la elección se hará solo entre ellos"*. El artículo 65 de la Constitución determina que *"la elección que corresponda al Congreso Pleno se hará por más de la mitad de los sufragios en votación secreta"*.

Durante la vigencia de la Constitución de 1925 a partir de su estabilización en 1932, sólo fueron elegidos por mayoría absoluta de los ciudadanos, los Presidentes Arturo Alessandri Palma en 1932 con el 54,79 % de los votos; Pedro Aguirre Cerda en 1938, con el 50.35% de los votos; Juan Antonio Ríos Morales en 1942, con el 55.96% de los votos, y Eduardo Frei Montalba en 1964, con el 56.09% de los votos.

⁷³ SABSAY, Daniel Alberto. 1991. "El ballotage. Su aplicación en América Latina y la gobernabilidad". Cuaderno de análisis N° 34. Ed. IIDH/CAPEL, San José, pp. 74 y ss.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. 1986. *Una democracia en transición (las elecciones peruanas de 1985)*. Ed. IIDH/CAPEL, San José, p. 36.

Los Presidentes Gabriel González Videla en 1946, Carlos Ibáñez del Campo en 1952, Jorge Alessandri Rodríguez en 1958 y Salvador Allende Gossens en 1970, fueron elegidos Presidentes de la República por el Congreso Pleno⁷⁴, al no haber obtenido la mayoría absoluta de los votos de los ciudadanos en la correspondiente elección. Debe dejarse constancia que siempre el Congreso Pleno reconoció el derecho del candidato que había obtenido la mayoría relativa para ejercer la Presidencia, nunca eligió al ciudadano que obtuvo la segunda mayoría relativa. Este sistema generó la crítica de que posibilitaba un Presidente de la República de doble minoría lo que le restaba legitimidad democrática, ya que era minoritario en el cuerpo electoral y, si bien el Congreso Pleno lo elegía, los parlamentarios que lo votaban no le daban necesariamente su respaldo para su gestión presidencial, todo lo cual tendía a bloquear el funcionamiento del gobierno presidencialista o disminuir una gestión de gobierno eficaz, o generaba una tensión extrema que terminaba por destruir el sistema democrático como ocurrió con el Golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973.

Por Reforma Constitucional mediante la ley N° 20.515 de 4 de julio de 2011, se introdujo el inciso cuarto vigente del artículo 26 de la Constitución, el que se pone en la hipótesis de la muerte de uno o de ambos candidatos con mayor votación entre la primera y la segunda votación antes señalada para elegir Presidente de la República, en cuyo caso el Jefe de Estado en ejercicio debe convocar a una nueva elección dentro del plazo de diez días, contado desde la fecha del deceso. Dicha elección se realizará *noventa días después de la convocatoria*, según dispone este inciso 4°, *contado dicho plazo desde la fecha del deceso*.

Dicha disposición es adecuada para el caso en que la muerte sea de solo uno de los dos candidatos o que la de ambos ocurra simultáneamente, ya que si mueren ambos candidatos en fechas distintas, no queda claro desde que fecha se realizará el cómputo del plazo de diez días.

La nueva elección presidencial debe realizarse "*noventa días después de la convocatoria, si ese día correspondiere a un domingo*". En el caso de que no ocurriera así, la elección "*se realizará el domingo inmediatamente*

⁷⁴ Ver ANDRADE GEYWITZ, Carlos. 1971. *Elementos de derecho constitucional chileno*. Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 519-520.

siguiente”, como determina dicho inciso 4º del artículo 26 de la Constitución.

El quinto y último inciso del artículo en comento dispone que si el mandato del Presidente de la República en ejercicio expira antes de la fecha de asunción del Presidente que se elija en la nueva elección, debe atenderse a lo dispuesto en el artículo 28 inciso primero de la Carta Fundamental, lo que implica que asumirá mientras tanto como Vicepresidente de la República el Presidente del Senado, a falta de éste el Presidente de la Cámara de Diputados y, a falta de este último, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

8. La cesación en el cargo de Presidente de la República

El artículo 30 de la Constitución de 1980, mantiene el principio ya consolidado bajo la Constitución de 1925 en su artículo 68, con algunas variaciones de redacción, de que *“el Presidente cesará en el cargo el mismo día en que se complete su período y le sucederá el recientemente elegido”*.

Dicha norma establece categóricamente el deber constitucional de abandonar el cargo el Presidente de la República en ejercicio cuando se cumplen en la actualidad los cuatro años de su mandato para el cual fue elegido, no

pudiendo permanecer en el ejercicio del mismo ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, como claramente explicita el artículo 7º inciso 2º de la Constitución, debiendo entregar el mando al Presidente de la República recientemente elegido, una vez que este último es investido del cargo en el acto solemne que se concreta ante el Congreso Pleno conforme lo determinan los incisos tercero y cuarto del artículo 27 de la Constitución.

9. El estatuto constitucional de Ex Presidente de la República

Este estatuto constitucional de Ex Presidente de la República es el resultado de una Reforma Constitucional por ley N° 19.672 de 28 de abril de 2000, que coincidió con el hecho de la pérdida de la calidad de senador institucional del ex Presidente Augusto Pinochet Ugarte, en virtud de la pérdida de sus facultades mentales y el diagnóstico de demencia senil, lo que impulsó este nuevo estatuto constitucional que le otorgaría inviolabilidad e inmunidad penal de la que gozan los parlamentarios y una dieta equivalente a una remuneración de Ministro de Estado y todas sus asignaciones. Si bien dicha norma emana de dicho caso puntual ella ha permanecido en el tiempo.

Como señala el artículo 30 inciso segundo de la Constitución, el Presidente de la República que haya desempeñado el cargo por un período completo, asume, inmediatamente y de pleno derecho, la dignidad oficial de Ex Presidente de la República.

La regla constitucional se aplica solamente a los Ex Presidentes de la República que hayan desempeñado el cargo por el período completo, por lo que ella no es aplicable a aquellos presidentes que hayan ocupado el cargo en virtud de la vacancia del mismo, por cualquiera de las razones determinadas constitucionalmente. Tampoco adquiere la dignidad de Ex Presidente de la República el Presidente que durante su mandato haya sido declarado culpable y destituido por el Senado en virtud de una acusación constitucional.

El inciso 3º del artículo 30 determina escuetamente que, en virtud de esta calidad, la de Ex Presidente de la República, *“le serán aplicables las disposiciones de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 61 y el artículo 62”*.

El artículo 61 en su inciso 2° determina la existencia de un fuero o inmunidad penal por el cual no puede ser acusado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema.

El artículo 61 inciso 3°, en la parte aplicable a los Ex Presidentes de la República, determina que, *"en caso de ser arrestado por delito flagrante, será puesto inmediatamente a disposición del Tribunal de Alzada respectivo, con la información sumaria correspondiente"*. El Tribunal debe proceder, luego conforme a lo determinado por el inciso 2° ya considerado. Como señala la Carta Fundamental en el inciso 4° *"desde el momento que se declare, por resolución firme, haber lugar a formación de causa"*, queda el Ex Presidente de la República, *"sujeto al juez competente"*.

El artículo 62 otorga a los ex presidentes de la República *"una dieta equivalente a la remuneración de un Ministro de Estado incluidas todas las asignaciones que a éste correspondan"*.

El inciso 5° del artículo 30 de la Constitución, precisa una regla de excepción para la recepción de la dieta antes señalada, ya que los ex presidentes de la República que asuman alguna función remunerada con fondos públicos, dejará, en tanto la desempeñe, de percibir la dieta, manteniendo en todo caso el fuero. Se exceptúan los empleos docentes y las funciones o comisiones de igual carácter de la enseñanza superior, media o especial.

10. Las atribuciones especiales del Presidente de la República

El artículo 32 de la Constitución en sus 22 numerales, establece una enunciación no taxativa de las atribuciones presidenciales. Estas atribuciones son los medios o instrumentos a través de los cuales el Presidente de la República puede desarrollar sus funciones como jefe de Estado, jefe de gobierno y de jefe de la administración.

En todo momento el Presidente de la República debe actuar respetando la Constitución y las leyes, actuando dentro del ámbito de sus competencias, respetando las atribuciones de los demás órganos del Estado, como, asimismo, respetando y promoviendo los derechos fundamentales y las

garantías constitucionales, como, asimismo, las obligaciones jurídicas del Estado contraídas a través del derecho internacional.

10.1. Criterios de clasificación de las atribuciones especiales del Presidente de la República

Hay diversos criterios posibles para clasificar las atribuciones del Presidente de la República en el derecho comparado latinoamericano. Así, a modo ejemplar puede señalarse la clasificación realizada por el profesor *José Afonso Da Silva* de Brasil, el cual distingue las atribuciones del Presidente como Jefe de Estado, las atribuciones en cuanto jefe de gobierno y las atribuciones como jefe de la administración federal⁸⁸. El profesor argentino *Humberto Quiroga Lavie*, en forma similar clasifica las atribuciones presidenciales en cuanto Jefe de Estado, como Jefe Político de la Nación, como jefe de la administración general del país y como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas⁸⁹. Los profesores mexicanos *Héctor Fix Zamudio* y *Salvador Valencia Carmona* clasifican las atribuciones presidenciales en facultades administrativas, facultades legislativas, facultades jurisdiccionales, actos de gobierno y poderes meta-constitucionales⁹⁰. Por su parte, el destacado profesor boliviano y ex Presidente del Tribunal Constitucional de dicho país, *Pablo Dermizaky Peredo*, clasifica las atribuciones del ejecutivo en atribuciones políticas o de gobierno y administrativas, para subclasificarlas en atribuciones de gobierno y administración, de política internacional, atribuciones en conexión con el legislativo, atribuciones en conexión con el Poder Judicial, atribuciones en relación al órgano electoral y atribuciones en el ámbito militar⁹¹.

La profesora *Magda Inés Rojas* de Costa Rica clasifica las atribuciones presidenciales atendiendo ya no a las diversas funciones que desarrolla el

⁸⁸ DA SILVA, José Afonso. 1990. *Curso de Derecho Constitucional Positivo*. 6ª edición. Editorial Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, pp. 471-472.

⁸⁹ QUIROGA LAVIE, Humberto. 1991. *Derecho constitucional latinoamericano*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 272-283.

⁹⁰ FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador. (2009). *Derecho constitucional mexicano y comparado*. Sexta edición. Editorial Porrúa, Ciudad de México D.F., pp. 823-828

⁹¹ DERMIZAKY PEREDO, Pablo (2011). *Derecho Constitucional*. Décima edición, Editorial Kipus, Cochabamba, pp. 449-455.

Presidente de la República en el marco de los presidencialismos latinoamericanos, sino al ámbito específico de sus atribuciones en cuanto colegislador, atribuciones de dirección política, atribuciones político-internacionales, atribuciones administrativas, atribuciones normativas, atribuciones financieras y atribuciones en materia tributaria⁹².

En el ámbito nacional, los autores utilizan desde los estudios sistemáticos de la Constitución de 1925, una clasificación atendiendo a la naturaleza específica de las atribuciones que desarrolla el Presidente de la República. Así, *Alejandro Silva Bascuñán* distingue en la primera edición de su tratado de Derecho Constitucional las atribuciones relacionadas con el Poder legislativo, las atribuciones relacionadas con el Poder Judicial, las atribuciones de carácter administrativo, las atribuciones de carácter financiero, las atribuciones en orden a las relaciones exteriores, las atribuciones en cuanto al orden interno, las atribuciones respecto de las Fuerzas Armadas, y el derecho de gracia⁹³. A su vez, el profesor *Carlos Andrade Geywitz* realiza la clasificación atendiendo a las atribuciones en materia legislativa, atribuciones administrativas, atribuciones militares, atribuciones relativas a la soberanía exterior y atribuciones judiciales⁹⁴.

El profesor *Emilio Pffefer Urquiaga* clasifica las atribuciones del Presidente de la República ya en el marco de la Constitución vigente en atribuciones constituyentes; atribuciones legislativas; atribuciones gubernamentales de naturaleza política, de naturaleza internacional, de naturaleza militar y de naturaleza financiera; atribuciones administrativas, y atribuciones judiciales⁹⁵.

El profesor *Silva Bascuñán* en su segunda edición del *Tratado de Derecho Constitucional*, en su tomo V, revisa la clasificación antes desarrollada

⁹² ROJAS, Magda Inés. 1980. *El Poder Ejecutivo en Costa Rica*. Editorial Juricentro. San José.

⁹³ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. 1971. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile, pp. 530-549.

⁹⁴ ANDRADE GEYWITZ, Carlos. 1971. *Elementos de Derecho constitucional chileno*. Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, pp. 530-549.

⁹⁵ PFEFFER URQUIAGA, Emilio. *Manual de Derecho Constitucional*. Tomo II. Editorial Ediar ConoSur. Santiago, pp. 28 y ss.

en la primera edición de su tratado ya considerada y propone la siguiente clasificación de las atribuciones del Presidente de la República: atribuciones relacionadas con el Poder Constituyente; atribuciones relacionadas con la función legislativa; atribuciones relacionadas con el Poder Judicial; atribuciones relacionadas con las Fuerzas Armadas; atribuciones relacionadas con la organización institucional; atribuciones en materia de relaciones exteriores; atribuciones de carácter político, y atribuciones de carácter administrativo⁹⁶.

El profesor Gabriel Celis Danzinger clasifica las atribuciones presidenciales de acuerdo a la naturaleza de las funciones en siete grupos: atribuciones constituyentes, atribuciones legislativas, atribuciones de naturaleza administrativa, atribuciones judiciales, atribuciones de naturaleza internacional, atribuciones en materia de defensa y atribuciones de naturaleza financiera⁹⁷.

10.2. Nuestra clasificación de las atribuciones presidenciales en la Constitución vigente

Por nuestra parte, consideramos que es posible realizar dos tipos de clasificaciones de las atribuciones presidenciales. Una primera atendiendo a las funciones centrales que desarrolla el Presidente de la República en nuestro ordenamiento jurídico como Jefe de Estado, como Jefe de Gobierno y como jefe de la administración. La segunda clasificación que puede realizarse atiende a la naturaleza específica de las respectivas atribuciones, considerando específicamente aquéllas consignadas en el artículo 32 de la Carta Fundamental, pudiendo clasificarlas en atribuciones relacionadas con el ejercicio del poder constituyente derivado; atribuciones legislativas directas e indirectas; atribuciones gubernativas; atribuciones administrativas; atribuciones judiciales directas e indirectas, y atribuciones respecto del nombramiento de miembros de otros órganos constitucionales.

De acuerdo a la primera clasificación desarrollada pueden considerarse como atribuciones del *Presidente de la República en cuanto Jefe de Estado*

⁹⁶ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. 2000. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo V. Gobierno. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, pp. 94.

⁹⁷ CELIS DANZINGER, Gabriel Enrique. 2011. *Curso de Derecho Constitucional*. Tomo II. Editorial Punto Lex-Thomson Reuters, Santiago, p. 15.

las de dirigir las relaciones internacionales; nombrar y recibir embajadores; declarar la guerra; asumir la jefatura directa de las Fuerzas Armadas en caso de guerra; nombrar a los comandantes en jefes de las Fuerzas Armadas y al General Director de Carabineros y dispone el nombramiento, ascenso y retiro de los oficiales de las fuerzas armadas y de carabineros; otorgar indultos particulares; velar por la conducta ministerial de los jueces; nombrar magistrados y fiscales judiciales; requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en defensa del orden constitucional; nombra al Contralor General de la República con acuerdo del Senado. Las *atribuciones del Presidente de la República en cuanto Jefe de Gobierno* son aquellas que determinan la orientación política del gobierno y el desarrollo de las políticas públicas conforme con el programa de gobierno, para ello nombra y remueve a los ministros de Estado, quienes son sus colaboradores en el desarrollo e implementación de las políticas públicas específicas y jefes de los respectivos ministerios, además de nombrar a los subsecretarios, intendentes, gobernadores y funcionarios públicos de confianza; conduce las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales; lleva a cabo las negociaciones, concluye, firma y ratifica los tratados que estime conveniente para los intereses del país, los que debe someter a la aprobación del Congreso Nacional; concurre a la formación de las leyes, las sanciona y promulga; determina la urgencia y la califica respecto de los proyectos de ley en trámite parlamentario; solicita la convocatoria a sesión a cualquier rama del Congreso Nacional, indicando los motivos para ello; dicta decretos con fuerza de ley, previa delegación de facultades legislativas conforme a la Constitución; ejerce la potestad reglamentaria autónoma; decreta los estados de excepción constitucional en los casos determinados por la Carta Fundamental; dispone de las fuerzas de aire, mar y tierra, las organiza y distribuye conforme con las necesidades de la seguridad nacional; cuida de la recaudación de las rentas públicas, decretando su inversión de acuerdo con la ley y dicta los decretos de emergencia económica; convoca a plebiscito de Reforma Constitucional en los casos determinados por la Constitución; da cuenta anualmente del estado político y administrativo de la nación. Nombra a los miembros del Tribunal constitucional que le corresponde designar. *En cuanto jefe de la administración* el Presidente de la República ejerce la potestad reglamentaria de ejecución; nombra y remueve a los funcionarios públicos en conformidad con la ley; concede jubilaciones, pensiones de retiro, montepíos y pensiones de gracia, con arreglo a la ley.

10.3. Análisis en particular de las atribuciones especiales del Presidente de la República

10.3.1. Las atribuciones en cuanto órgano del Poder constituyente instituido

Si bien, formalmente, se utiliza la expresión “ley de Reforma Constitucional”, como ya lo hemos visto en el primer tomo de esta obra, las leyes de Reforma Constitucional constituyen ejercicio del poder constituyente instituido y el texto de la Reforma Constitucional válidamente concluida se incorpora al texto de la Carta Fundamental en reemplazo del texto sustituido o como nuevo enunciado normativo de la Constitución Política. Puede sostenerse entonces que la iniciativa de ley de Reforma Constitucional (mensaje) y la participación del Presidente de la República en su tramitación y formación en el Congreso Nacional si bien caben dentro del marco del artículo 32 N° 1 armonizado con el artículo 127 de la Constitución, constituyen expresión del poder constituyente derivado o instituido. Cabe explicitar que este último artículo en su inciso tercero determina que, en aquello que no está previsto en el capítulo XV de Reforma de la Constitución, se les aplicará en la tramitación de los proyectos de Reforma Constitucional las normas sobre formación de la ley, debiendo respetarse siempre los quórumos señalados en el inciso segundo del artículo 127, el cual requiere que los proyectos de Reforma Constitucional ordinaria o como regla general se aprueben con tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio. Sin embargo, existe un procedimiento especial o extraordinario para los capítulos específicos y que la disposición señala taxativamente, como son los capítulos I sobre Bases de la Institucionalidad; III sobre Derechos y Deberes Constitucionales; VIII referente a Tribunal Constitucional; XI correspondiente a Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública; XII correspondiente a Consejo de Seguridad Nacional; y, finalmente, el capítulo XV sobre Reforma de la Constitución, los cuales requieren que su innovación normativa sólo pueda concretarse por un proyecto de Reforma Constitucional que debe ser aprobado por los dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio.

No entraremos en este acápite al análisis particular del proceso de Reforma Constitucional, lo que reservamos a cuando analicemos tal materia en el tomo III de esta obra, sin perjuicio de lo cual cabe explicitar que el Presidente de la República tiene atribuciones importantes en la formación de

dichas leyes de Reforma Constitucional, pudiendo además de la iniciativa ya señalada, determinar la urgencia en la tramitación del proyecto e incluso la calificación de la misma; la participación a través de los Ministros de Estado con el uso de la palabra de éstos en Sala y comisiones de ambas ramas del Congreso; la presentación de observaciones o vetos, como, asimismo, la facultad de convocar a la ciudadanía a un plebiscito de Reforma Constitucional para resolver las diferencias entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional en la materia de un proyecto de Reforma Constitucional, conforme al artículo 128, inciso 4° de la Carta Fundamental.

10.3.2. Las atribuciones legislativas del Presidente de la República

En materia de atribuciones legislativas del Jefe de Estado consideramos adecuado subclasificarlas en atribuciones legislativas directas y atribuciones legislativas indirectas.

Las *atribuciones legislativas directas* del Presidente de la República son aquellas que dicen relación con el proceso de formación de enunciados normativos con fuerza y eficacia de ley en nuestro ordenamiento jurídico. En esta perspectiva, son atribuciones legislativas directas las establecidas en el artículo 32 N° 1 “*Concurrir a la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, sancionarlas y promulgarlas*”, y el artículo 32 N° 3 “*Dictar, previa delegación de facultades del Congreso, decretos con fuerza de ley sobre las materias que señala la Constitución*”.

Las *atribuciones legislativas indirectas* son aquellas atribuciones relacionadas con la integración y funcionamiento del Congreso Nacional, las cuales después de la Reforma Constitucional de 2005, han quedado reducidas al artículo 32 N° 2°: “*Pedir, indicando los motivos, que se cite a sesión a cualquiera de las ramas del Congreso Nacional. En tal caso la sesión deberá celebrarse a la brevedad posible*”.

10.3.2.1. La atribución legislativa de “Concurrir a la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, sancionarlas y promulgarlas”

Esta atribución otorga al Presidente de la República una función central en el proceso legislativo, convirtiéndolo en el colegislador principal de nuestro

sistema jurídico constitucional, siendo el más poderoso de los presidentes latinoamericanos en la materia.

A. La atribución presidencial de iniciativa de ley

En efecto, si entramos a considerar en particular los ámbitos que le entrega al Jefe de Estado la Constitución en el proceso formativo de enunciados legales en cuanto normas primarias de nuestro ordenamiento jurídico, cabe señalar que el Presidente de la República cuenta con iniciativa de ley denominada *mensaje* para iniciar el desencadenamiento del proceso legislativo ya sea para eliminar, modificar o adicionar disposiciones legales en nuestro ordenamiento jurídico sin ninguna limitación, toda materia de ley que consigna el artículo 63 de la Carta Fundamental en sus veinte numerales puede ser objeto de mensaje del Presidente de la República. Así lo determina claramente el artículo 65 de la Constitución, inciso 1º, al precisar que las leyes pueden ser de iniciativa presidencial mediante mensaje que el Presidente de la República dirija a la Cámara de Diputados o al Senado, según sea uno u otro la *Cámara de origen* del proyecto respectivo.

B. La atribución presidencial de iniciativa exclusiva de ley

Sin embargo, el Presidente chileno no sólo dispone de iniciativa de ley, lo que lo separa claramente del Presidente de la República del modelo presidencial norteamericano y lo hermana a diversos otros presidencialismos latinoamericanos que cuentan con tal facultad, sino que aumenta su potestad legislativa al establecerlo como *órgano* con *iniciativa exclusiva de ley*, vale decir, que cuenta con la potestad de posibilitar o impedir, el proceso legislativo en importantes materias que son centrales en la conducción y dirección política económica y social del país, como determina el artículo 65 incisos tercero y cuarto de la Carta Fundamental.

El inciso tercero precisa: “Corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con la alteración de la división política o administrativa del país, o con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos, y con las materias señaladas en los números 10 y 13 del artículo 63”. El número 10 del artículo 63 se

refiere a las materias de ley que *"fijen normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre arrendamiento o concesión"*. A su vez, el numeral 13 del artículo 63 a los proyectos de ley que *"fijen las fuerzas de aire, mar y tierra que han de mantenerse en pie en tiempo de paz o de guerra, y las normas para permitir la entrada de tropas extranjeras en el territorio de la República, como, asimismo, la salida de tropas nacionales fuera de él"*.

A dichas materias de iniciativa exclusiva de ley del Preseidente deben agregarse, además, la establecidas en el inciso cuarto del artículo 65:

"Corresponderá asimismo al Presidente de la República, la iniciativa exclusiva para:

1°. Imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer excenciones o modificar las existentes y determinar su forma, proporcionalidad o progresión;

2°. Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado, suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones;

3°. Contratar empréstitos o celebrar cualquier otra clase de operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, de las entidades semifiscales, autónomas, de los gobiernos regionales o de las municipalidades, y condonar, reducir o modificar obligaciones, intereses u otras cargas financieras de cualquier naturaleza establecidas a favor del Fisco o de los organismos o entidades referidos;

4° Fijar, modificar, conceder o aumentar remuneraciones, jubilaciones, montepíos, rentas y cualquier otra clase de emolumentos, préstamos o beneficios al personal en servicio o en retiro y a los beneficiarios de montepío, en su caso, de la Administración pública y demás organismos entidades anteriormente señalados, como, asimismo, fijar las remuneraciones mínimas de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases para determinarlos; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los numerales siguientes;

5°. Establecer las modalidades y procedimientos de la negociación colectiva y determinar los casos en que no se podrá negociar; y

6°. Establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado”.

A su vez, el inciso final del artículo 65 determina que “El Congreso Nacional sólo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que proponga el Presidente de la República”.

Mediante esta iniciativa exclusiva de ley del Presidente de la República con exclusión de la iniciativa parlamentaria sobre ellas, posibilita al Jefe de Estado el control del manejo financiero y presupuestario, como la potestad exclusiva para innovar en los principales ámbitos económicos y sociales de la institucionalidad nacional.

Puede señalarse que, en el contexto latinoamericano, el Presidente chileno es el que cuenta con mayores ámbitos de competencias para posibilitar o impedir el inicio de innovaciones legislativas en el ordenamiento jurídico respectivo.

C. La atribución presidencial que lo faculta para solicitar pronunciamiento excepcional de pasar a la otra Cámara el proyecto de ley desechado en general por la Cámara de origen si se trata de un mensaje presidencial

Conforme al artículo 68 de la Constitución, el Presidente de la República puede solicitar que un proyecto de ley iniciado por mensaje que fuere desechado en general en su cámara de origen, que, como regla general, se establece que no podrá renovarse sino después de un plazo de un año, el Jefe de Estado cuenta con la facultad de solicitar que el mensaje pasa a la otra Cámara y, si ésta lo aprueba en general por los dos tercios de sus miembros presentes, volverá a la de origen, la cual sólo podrá desecharlo con los dos tercios de los votos de sus miembros presentes. De esta manera, el Presidente puede utilizar el bicameralismo vigente para desarrollar su estrategia legislativa, si cuenta con mayoría suficiente en una Cámara y es minoría en la otra Cámara.

D. La atribución de solicitar pronunciamiento especial a la Cámara de origen respecto de proyectos rechazados en general por la Cámara revisora y la comisión mixta no haya llegado a acuerdo o éste ha sido rechazado por la Cámara de origen

La atribución otorgada por el artículo 70 de la Constitución que faculta al Presidente de la República, cuando el proyecto de ley ha sido aprobado en la Cámara de origen y rechazado en general en la Cámara revisora y la comisión mixta no llegare a acuerdo o dicho acuerdo fuere desechado por la Cámara de origen, para pedir que esta última Cámara se pronuncie sobre si insiste por dos tercios de sus miembros presentes en el proyecto que aprobó en primer trámite. Si la Cámara de origen aprueba la insistencia, el proyecto pasa a la cámara revisora que lo había rechazado y ésta sólo puede mantener la reprobación si concurren para ello las dos terceras partes de sus miembros presentes.

E. La atribución excepcional del Presidente de la República para solicitar el pronunciamiento de la Cámara de origen, cuando ésta rechaza las enmiendas a un proyecto de ley formuladas por la Cámara revisora y la comisión mixta no logra acuerdo o este es rechazado por cualquiera de ambas ramas del Congreso

La atribución del Presidente de la República, determinada en el artículo 71 de la Carta Fundamental, que la ejerce cuando el proyecto de ley aprobado por la Cámara de origen fuere enmendado en la Cámara revisora y volviera en tercer trámite a la Cámara de origen, la que rechaza las enmiendas o modificaciones concretadas por la Cámara revisora y luego de operar la comisión mixta esta no llega a acuerdo o este último fuere rechazada por alguna de las dos Cámaras, posibilitando que el Jefe de Estado la facultad de solicitar a la Cámara de origen que considere nuevamente el proyecto aprobado por la Cámara revisora en segundo trámite. Si la Cámara de origen lo rechaza por el quórum de dos tercios de sus miembros presentes no habrá sobre esa parte o la totalidad del proyecto en que existe la discrepancia ley sobre la materia, si la mayoría es menor a dos tercios de los miembros presentes, el proyecto pasará a la Cámara revisora y se entenderá aprobado si dicha Cámara lo aprueba con los dos tercios de sus miembros presentes.

F. La atribución de participar en el debate de los proyectos de ley en el Congreso a través de los Ministros de Estado

La atribución de participar con preferencia en el debate de la ley en el seno del Congreso Nacional en cualquiera de sus Cámaras o sus comisiones, a través de sus Ministros de Estado, los cuales conforme determina el artículo 37 de la Constitución, tienen derecho preferente al uso de la palabra, obviamente sin derecho a voto. Sin embargo, ellos disponen también durante la votación del respectivo proyecto de ley en análisis en la Cámara respectiva, rectificar conceptos emitidos por cualquier Diputado o Senador al fundamentar su voto.

G. La atribución presidencial de determinar y calificar la urgencia en los proyectos de ley en tramitación parlamentaria

La atribución presidencial de hacer presente la determinación de la urgencia de un proyecto de ley en uno o todos los trámites del mismo en las Cámaras del Congreso Nacional, como, asimismo, de calificar dicha urgencia, conforme lo dispone el artículo 74 de la Constitución. En efecto, la norma constitucional señalada dispone que determinada la urgencia del proyecto por el Presidente de la República, *"la Cámara respectiva deberá pronunciarse dentro del plazo máximo de treinta días"*. Asimismo, el inciso 2° del artículo 74, prescribe que *"La calificación de la urgencia corresponderá hacerla al Presidente de la República de acuerdo a la Ley Orgánica Constitucional relativa al Congreso, la que establecerá también todo lo relacionado con la tramitación interna de la ley"*.

La Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, conforme a su texto modificado por la ley N° 20.447 de 3 de julio de 2010, dispone en su Título II, artículo 26, que el Presidente de la República en el correspondiente mensaje o mediante oficio que dirigirá al Presidente de la Cámara donde se encuentre el proyecto, o al del Senado cuando el proyecto se encontrare en *comisión mixta* hará presente la urgencia de un proyecto de ley específico. La misma disposición legal dispone que, en el mismo documento se debe expresar la calificación que otorgue a la urgencia, la cual puede clasificarse como *simple*, *suma* o *discusión inmediata*, si el presidente no aplicare la calificación se entenderá que es urgencia simple.

El artículo 27 de la L.O.C. del Congreso precisa que debe darse cuenta del mensaje u oficio del Presidente de la República que requiere la urgencia, en la sesión más próxima que celebre la Cámara respectiva, y desde esa fecha comenzará a correr el plazo de la urgencia. La misma disposición se refiere a los oficios del retiro de la urgencia por el Presidente de la República, los que rigen en el acto mismo en que ellos son recepcionados en la Secretaría de la Cámara respectiva.

Como determina el artículo 27 de la L.O.C. del Congreso Nacional en consideración, cuando un proyecto sea calificado de *simple urgencia*, su discusión y votación en la Cámara respectiva deben quedar terminadas en el plazo de treinta días; si la urgencia es calificada de *suma urgencia*, el plazo de su despacho será de quince días y, si se determina la *discusión inmediata*, debe tramitarse en seis días.

El artículo 26 de la L.O.C. del Congreso regula, en su inciso 2º, cuando debe entenderse que la urgencia se hace presente a una o las dos Cámaras del Congreso en el trámite de comisión mixta, señalando que se entenderá hecha la urgencia y su calificación respecto de las dos Cámaras, cuando el proyecto respectivo se encuentre en trámite de comisión mixta en cumplimiento de lo que dispone el artículo 20 de la L.O.C. del Congreso Nacional, salvo que el Presidente de la República expresamente lo circunscriba a una Cámara.

A su vez, el inciso final del artículo 26 de la L.O.C. del Congreso Nacional determina que las regulaciones establecidas por dicha ley en sus artículos 26, 27 y 28 sobre urgencias no se aplican a la tramitación del Proyecto de Ley de Presupuestos, el que debe despacharse en los plazos previstos por la propia Constitución, los cuales están previstos en el artículo 67, inciso primero, el cual determina un plazo de sesenta días para su despacho desde el momento de la presentación del proyecto por parte del Presidente de la República, el cual debe presentarlo con a lo menos tres meses de anterioridad al momento en que éste debe entrar a regir, vale decir, debe estar presentado al último día de septiembre de cada año calendario, ya que el proyecto aprobado de Ley de Presupuestos, rige para el año que se inicia el 1º de enero siguiente, coincidiendo el año presupuestario con el año calendario.

H. La atribución presidencial de sancionar y de observar o vetar proyectos de ley

Respecto de los proyectos ya aprobados por el Congreso Nacional, el Presidente dispone de la atribución de sancionarlos u observarlos conforme determina el artículo 63 N° 1 de la Constitución.

La *sanción* consiste en el acto a través del cual el Presidente de la República presta su aprobación al proyecto de ley previamente aprobado por el Congreso Nacional, a través de dicha aprobación se conforma el acuerdo de los dos órganos colegisladores, Congreso Nacional y Presidente de la República en el texto de un proyecto de ley, lo que permite luego su promulgación y publicación como Ley de la República. Esta sanción debe concretarla el Presidente de la República dentro del plazo constitucional de treinta días según determina el artículo 75 de la Constitución, que se cuentan desde la remisión del proyecto de ley por el Congreso al Presidente de la República. Dicha sanción es expresa si el Presidente de la República explicita su aprobación dentro del plazo de los treinta días antes señalados o será tácita si deja transcurrir los treinta días sin realizar observaciones ni explicitar la aprobación del proyecto de ley. Sea la sanción expresa o tácita, transcurrido el plazo para ello, el proyecto de ley debe ser promulgado por el Presidente de la República, debiendo dictar el correspondiente decreto promulgatorio, como lo exige imperativamente la redacción del artículo 75 inciso primero de la Carta Fundamental.

La segunda atribución que puede ejercer facultativamente el Presidente de la República es el de, dentro del plazo de treinta días que dispone para sancionar el proyecto de ley, *formular las observaciones o vetos*, devolviendo el proyecto al Congreso Nacional para la tramitación de dichas observaciones, las cuales manifiestan el desacuerdo del Jefe de Estado con algunas normas del proyecto con todo el proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional conforme al mismo artículo 75 inciso 1° de la Constitución.

Cabe señalar que los vetos pueden ser teóricamente clasificados en vetos absolutos y vetos suspensivos, como, asimismo, como vetos totales o parciales.

El veto es *absoluto* cuando la observación vertida por el Presidente de la República respecto del proyecto de ley implica un poder de impedir

la continuación del proyecto en su tramitación constitucional, debiendo ser archivado. Este tipo de veto absoluto ha sido practicado en regímenes presidencialistas autoritarios de América Latina como fue el régimen de Strossner en Paraguay, como, asimismo, en el régimen autoritario de los Duvalier en Haití. El veto es *suspensivo* es un instrumento que utilizan los presidencialismos democráticos de Latinoamérica y que posibilitan al Presidente de la República suspender la tramitación del proyecto de ley mientras el Congreso, Asamblea Legislativa o Parlamento, estudia, debate y aprueba o rechaza las enmiendas del proyecto propuestas por el Presidente de la República, lo que determinará la suerte del proyecto de ley.

El veto es *total*, cuando las observaciones del Presidente de la República hacen regresar la totalidad del proyecto de ley al Congreso Nacional o Asamblea Legislativa, como, asimismo, el rechazo del veto por parte del Congreso o Asamblea Legislativa, implica el rechazo del proyecto de ley en su conjunto. En efecto, este veto total es el que se encuentra establecido en el régimen presidencial norteamericano, lo que debilita la facultad presidencial, ya que el Jefe de estado debe evaluar muy cuidadosamente la presentación del veto, si el proyecto contiene elementos centrales o vitales para el desarrollo del programa de gobierno. El veto *parcial* es aquel que posibilita al Presidente de la República observar o vetar sólo algunas disposiciones específicas de un proyecto de ley, siendo sólo sobre éstas las que debe pronunciarse el Congreso nacional, sin poner en riesgo el texto en su conjunto del proyecto de ley en tramitación. Esta es la modalidad de veto más utilizado en Latinoamérica, el que, a su vez, potencia más su utilización por parte de los Jefes de estado, ya que su uso no pone en peligro las materias del proyecto que no han sido vetadas por el Presidente.

A su vez, el veto *suspensivo parcial* puede subclasificarse en veto *supresivo*, *sustitutivo* o *aditivo*.

El veto *supresivo* constituye las observaciones del Presidente de la República destinadas a eliminar algunas disposiciones del proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional. El veto *sustitutivo* es aquel que busca modificar algunos contenidos de disposiciones del proyecto de ley aprobadas por el Congreso Nacional, reemplazando el contenido de ellas por el contenido señalado por el Jefe de Estado en sus observaciones. El veto *aditivo* es aquel a través del cual el Presidente de la República puede a través de sus observaciones o

veto agregar nuevas disposiciones normativas al proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional o Asamblea Legislativa remitiéndolas al Parlamento para su aprobación o rechazo. Estas distintas modalidades de vetos aditivo, sustitutivo o supresivo, pueden ser utilizadas complementariamente cuando un Jefe de Estado hace presente sus observaciones o veto a un proyecto de ley ya aprobado por el Congreso Nacional.

En nuestro ordenamiento constitucional vigente, las observaciones o vetos que puede presentar el Presidente de la República corresponden a las categorías de *veto suspensivo parcial* ya que implica que las observaciones específicas traducidas envetos a contenidos concretos del proyecto de ley se remiten al Congreso Nacional para su aprobación o rechazo, de lo cual dependerá la suerte de esos enunciados legales que forman parte del proyecto de ley, suspendiendo la tramitación del proyecto hasta que se pronuncie el Congreso Nacional a través de su dos ramas. A su vez, el Presidente de la República puede utilizar simultáneamente una o más modalidades de veto supresivo, sustitutivo o aditivo, según discrecionalmente éste determine.

El artículo 32 de la L.O.C. del Congreso determina que las observaciones o vetos que el Presidente de la República formule pueden ser a un proyecto de ley o a un proyecto de Reforma Constitucional aprobado por el Congreso Nacional. La misma disposición determina de conformidad con el artículo 69 de la Constitución que no se admitirán observaciones o vetos que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto de ley, a menos que las ideas contenidas en las observaciones hubieren sido consideradas en el mensaje respectivo.

El inciso 2° del artículo 32 de la L.O.C. del Congreso señala que “corresponderá al presidente de la Cámara de Origen la facultad de declarar la inadmisibilidad de tales observaciones cuando no cumplan con lo prescrito en el inciso anterior. El hecho de estimarse admisibles las observaciones en la Cámara de origen no obsta a la facultad del presidente de la Cámara revisora para declarar la inadmisibilidad”.

El inciso 3° de la L.O.C. del Congreso nacional posibilita que la Sala de la Cámara que corresponda pueda reconsiderar la declaración de inadmisibilidad hecha por su presidente. A su vez, la circunstancia de que no se haya declarado la inadmisibilidad del proyecto de ley por el presidente

de la respectiva corporación no obsta a la facultad de las comisiones de las respectivas cámaras para efectuarla, la que en todo caso, podrá ser revisada por la Sala de la corporación.

El inciso final del artículo 32 de la L.O.C. del Congreso prescribe que la declaración de inadmisibilidad puede ser realizada en todo tiempo anterior al comienzo de la votación de la correspondiente observación o veto.

El artículo 33 de la L.O.C. del Congreso Nacional se pone en la hipótesis que el veto suspensivo del Presidente de la República sea sobre la totalidad de un proyecto de Reforma Constitucional o de ley aprobado por el Congreso, en cuyo caso la Cámara respectiva votará únicamente si insiste o no en la totalidad del proyecto originalmente aprobado. El inciso 2º de dicho precepto legal dispone que se entenderá terminada la tramitación del proyecto por la sola circunstancia de que en una de las cámaras no se alcanzare la mayoría de los dos tercios de sus miembros en ejercicio para insistir.

A su vez, el artículo 34 de la L.O.C. del Congreso, regula el caso de un veto suspensivo parcial del Presidente de la República respecto de un proyecto de Reforma Constitucional o de un proyecto de ley aprobado por el Congreso, en tal caso, tendrá lugar en cada Cámara dos votaciones separadas. La primera, destinada a determinar si la respectiva Cámara aprueba o rechaza cada una de las observaciones formuladas; y, la segunda, destinada a resolver si, en caso de rechazo de alguna observación o veto, la Cámara insiste o no en la mantención de la parte observada.

El artículo 35 de la L.O.C. del Congreso Nacional establece que cada observación o veto formulado por el Presidente de la República a los proyectos de ley o de Reforma Constitucional aprobados por el Congreso, deberá ser aprobada o rechazada en su totalidad y, en consecuencia, no procedera dividir la votación para aprobar o rechazar sólo una parte.

El artículo 36 de la L.O.C. del Congreso Nacional dispone que, en el caso de que las Cámaras rechazaren todas o algunas de las observaciones formuladas a un proyecto de ley, y no reunieren quórum necesario para insistir en el proyecto aprobados por ella, no habrá ley respecto de los puntos en discrepancia entre el Congreso y el Presidente de la República.

El inciso 2° del artículo 36 en comento regula la situación especial del Proyecto de Ley de Presupuestos aprobado por el Congreso Nacional, el que puede ser observado o vetado por el Presidente de la República si desaprueba una o más disposiciones o cantidades contenidos en el mismo. En tal caso, dicho inciso 2° del artículo 36 prescribe que la parte no observada registrará como Ley de Presupuestos del año fiscal para el cual fue dictada, a partir del 1° de enero del año respectivo.

El veto presidencial es una institución usual en el presidencialismo latinoamericano con diversos matices. La Constitución de Honduras de 1982, en su artículo 216, establece el veto presidencial, el que sólo podrá ser superado por dos tercios de los votos del Congreso Nacional. La Constitución de Guatemala de 1985, en su artículo 178, otorga al Presidente de la República la facultad sólo de veto total de las leyes y únicamente previo acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, el que debe concretarse dentro del plazo de 15 días desde su recepción. El veto presidencial es superado sólo por la insistencia de los dos tercios de los miembros del Congreso.

El veto presidencial puede ser superado por la mayoría absoluta en los casos de Colombia, conforme a la Constitución de 1991 en su artículo 167; de Brasil, de acuerdo a Constitución de 1988; de Bolivia de 2009, artículo 163 N° 11, y de Perú de 1993, artículo 108; por tres quintos de los representantes en el caso de la Carta Fundamental de Uruguay de 1967 (artículo 138); o por dos tercios en el caso de las constituciones de Argentina (artículo 83), Costa Rica (artículo 127), Ecuador de 2008 (artículo 138), Honduras (artículo 216), Guatemala (artículo 178), o de México (artículo 72 literal c), para sólo señalar algunos casos a modo ejemplar.

I. La atribución presidencial de promulgar los proyectos de ley

Una vez, que el proyecto de ley ha sido sancionado ya sea expresa o tácitamente por el Presidente de la República, como dispone el artículo 72 de la Constitución, o si el Congreso mediante la insistencia respecto del proyecto de ley ha vencido la resistencia y oposición del Jefe de Estado que ha ejercido su facultad de veto, el proyecto de ley se entenderá aprobado, debiendo ser promulgado como ley de la República. Dicha promulgación debe realizarse según determina el artículo 75, inciso 2° de la Constitución “*siempre dentro del plazo de diez días, contados desde que ella sea procedente*”.

La *promulgación* es el acto jurídico mediante el cual el Presidente de la República dicta un decreto supremo promulgatorio en que se fija el texto definitivo de la ley. Dicho decreto supremo debe remitirse a la Contraloría General de la República la que dota de número a la respectiva ley de acuerdo al orden cronológico del registro de las leyes. Una vez que el decreto promulgatorio queda definitiva y completamente tramitado debe concretarse la publicación de la ley.

La Constitución dispone en su artículo 75 inciso tercero y final que “*La publicación se hará dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio*”.

10.3.2.2. *La atribución presidencial de dictar decretos con fuerza de ley*

La segunda atribución legislativa directa que detenta el Presidente de la República se encuentra precisada en el artículo 32 N° 3, consistente en “*Dictar, previa delegación de facultades legislativas, decretos con fuerza de ley sobre las materias que señale la Constitución*”, la que debe concordarse con el artículo 64 de la Carta Fundamental.

Esta última disposición, artículo 64 de la Carta Fundamental, como lo hemos ya analizado en el primer tomo de esta obra, en el capítulo de fuentes del derecho constitucional, establece límites a la atribución presidencial establecida en la disposición del artículo 32 N° 3; al precisar que dicha autorización que puede otorgar el Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley puede concretarse por un lapso que no puede exceder de un año y sobre materias que corresponden al dominio legal. El inciso 2° del artículo 64 señala que la autorización no podrá extenderse a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni al plebiscito, como tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado. El inciso 3° del artículo en consideración determina que la autorización “no podrá comprender facultades que afecten a la organización, atribuciones y régimen de funcionarios del Poder Judicial, del Congreso Nacional, del Tribunal Constitucional ni de la Contraloría General de la República”.

El artículo 64, inciso 4°, a su vez, señala que la ley que otorgue la autorización al Presidente para dictar decretos con fuerza de ley, vale decir,

la ley habilitante o delegatoria de facultades legislativas aprobada por el Congreso Nacional debe, necesariamente, señalar las materias precisas sobre las que recaerá la delegación y podrá establecer o determinar limitaciones, restricciones y formalidades que se estimen convenientes.

Como precisa, asimismo, el inciso 6° del artículo 64, corresponde a la Contraloría General de la República tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos exceden o contravienen las autorización otorganda por la ley habilitante o delegatoria.

Los decretos con fuerza de ley están sometidos a las mismas normas que rigen a las leyes en cuanto a su publicación, vigencia y efectos, como establece el inciso 7° y final del artículo 64 de la Constitución.

Esta facultad presidencial de legislar por delegación parlamentaria, convierte al Presidente de la República, donde es el jefe del partido mayoritario en el Parlamento, en el órgano predominante y debilita al Parlamento, ya que los legisladores saben que si se oponen al Presidente, sus posibilidades de éxito son casi nulas. Esta realidad es constatada, entre otros países, en México, por Jorge Carpizo⁹⁸ y Miguel de la Madrid⁹⁹ durante el período de hegemonía del PRI. Dicha realidad no es muy diferente en los años transcurridos de este siglo XXI en Venezuela.

Esta habilitación de competencia legislativa del Ejecutivo está establecida constitucionalmente en América Latina y constituye una nueva manera de ejercer la potestad legislativa, en especial en el dominio del derecho administrativo y económico.

10.3.2.3. La atribución presidencial de refundir, coordinar y sistematizar leyes cuando sea conveniente para su mejor ejecución

Sobre esta materia cabe señalar que esta constituye una nueva atribución otorgada por la Reforma Constitucional de 2005 al Presidente de la República. Ella es producto de una cierta evolución de la jurisprudencia del Tribunal

⁹⁸ CARPIZO, Jorge. 1990. *La Constitución mexicana de 1917*. 8ª Ed. México D.F.

⁹⁹ DE LA MADRID HURTADO, Miguel. 1986. *Estudios de Derecho Constitucional*. 3ª ed. México, pp. 249 y ss.

Constitucional y la Contraloría General de la República que, inicialmente utilizaron el criterio de que los textos refundidos o sistematizados de leyes podían establecerse en virtud de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cambiando luego al criterio de que ello debía concretarse en virtud de una habilitación de facultades legislativas por el Congreso Nacional que posibilitaba al Jefe de estado dictar un decreto con fuerza de ley con el texto sistematizado y refundido de cuerpo legal respectivo¹⁰⁰.

El texto constitucional del artículo 64 inciso 5° de la Constitución en el marco de la atribución del Presidente de la República para dictar decretos con fuerza de ley, determina que *"Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, el Presidente de la República queda autorizado para fijar el texto refundido, coordinado y sistematizado de las leyes cuando sea conveniente para su mejor ejecución. En ejercicio de esta facultad, podrá introducirle los cambios de forma que sean indispensables, sin alterar, en caso alguno, su verdadero sentido y alcance"*.

Esta nueva atribución presidencial de dictar estos decretos con fuerza de ley sobre cuerpos legales tiene por objeto o finalidad establecer textos legales refundidos, coordinados y sistematizados, lo que el Jefe de Estado puede ejercer sin plazo determinado, ya que la Constitución lo faculta para concretar dichos D.F.L. cuando lo crea conveniente para la mejor ejecución de las leyes. Para concretar esta atribución el Presidente de la República no requiere de una ley habilitante, ya que es el propio texto constitucional el que lo habilita directamente para ello. Tal decreto con fuerza de ley a diferencia de los demás por el hecho de que no hay un acto de confianza del legislador en el Jefe de Estado para concretar la refundición, coordinación y sistematización de los textos legales, sino que ella emana directamente del poder constituyente a través del texto constitucional en análisis, por lo cual en este tipo de decretos con fuerza de ley no hay ley habilitante o delegatoria.

El D.F.L. que concreta la tarea de refundir, coordinar o sistematizar un cuerpo legal como norma decretal formal debe ser numerada, llevar la firma del o

¹⁰⁰ Ver CARMONA SANTANDER, Carlos. 2005. "Dos nuevas potestades del Presidente de la República", en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (Coord.). *La Constitución reformada de 2005*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales de Chile y editorial Librotecnia. Santiago, especialmente pp. 220-225.

de los Ministros de Estado correspondientes, ser objeto de toma de razón por la Contraloría General de la República y publicarse en el Diario Oficial.

Esta atribución presidencial recae sobre leyes, vale decir, fuentes primarias de nuestro ordenamiento jurídico, cualquiera que sea el tipo de ley: ordinaria, de quórum calificado, orgánica constitucional, D.F.L. o decreto ley. El Jefe de Estado está habilitado sólo para introducir modificaciones formales indispensables, estableciendo nuevas numeraciones, correcciones de lenguaje, redacciones sin alterar su contenido sustantivo, modificar ubicación de artículos, párrafos y capítulos del cuerpo legal, pero tiene prohibido introducir cualquier modificación sustantiva o material del texto legal o incorporación de contenidos que no estuvieren en los cuerpos legales sistematizados, coordinados y refundidos, como, asimismo, tampoco se puede alterar el sentido y alcance de las normas legales afectadas.

Estamos así en presencia de un nuevo tipo de D.F.L., que tiene un carácter especial, el cual no requiere de habilitación legislativa, ni ceñirse a tal ley delegatoria, ya que la habilitación al Jefe de Estado es directamente constitucional y puede ejercerla cuando lo estime necesario, sin la limitación del plazo máximo establecido constitucionalmente de un año para los D.F.L. ordinarios, pudiendo dictarlos el Presidente de la República cuando discrecionalmente lo considere conveniente para la mejor ejecución de las leyes.

10.3.2.4. La atribución presidencial de pedir que se cite a sesión a cualquiera de las ramas del Congreso Nacional

En la Reforma Constitucional de 2005, el Presidente de la República pierde la facultad que tradicionalmente dispuso bajo el imperio de la Constitución de 1925 y de 1980 hasta dicha reforma de convocar al Congreso a legislatura extraordinaria y clausurarla que estaba contenida en el artículo 32 N° 2 de la Constitución. Dicha reforma elimina una facultad presidencial que posibilitaba al Jefe de Estado determinar discrecionalmente las materias que el Congreso debía de considerar, debatir y aprobar o rechazar durante dicha legislatura extraordinaria que podía ser convocada por el Presidente dentro de los últimos diez días de la legislatura ordinaria o durante el receso parlamentario. La legislatura ordinaria operaba entre el 21 de mayo de cada año y se cerraba el 18 de septiembre, como determinaba el artículo 51 de la Constitución vigente hasta la reforma de 2005.

Desde el imperio de la Constitución de 1925 y el período que rigió dicha atribución durante la Constitución de 1980 hasta la reforma de 2005, siempre fue el Presidente de la República el que convocó a legislatura extraordinaria, lo que de acuerdo con el texto de la Constitución originaria de 1980, en su artículo 52, inciso 3°, obligaba al Congreso sólo a ocuparse de los asuntos legislativos o de los tratados internacionales que el Presidente incluyere en la convocatoria, sin perjuicio del despacho de la Ley de Presupuestos y de la facultad de ambas cámaras para ejercer sus atribuciones exclusivas. La eliminación de esta atribución presidencial contribuye a establecer un mayor equilibrio en la función legislativa entre el Presidente y el Congreso Nacional, recuperando el Congreso la posibilidad de tratar las materias de ley de origen parlamentario en cualquier período en que éste sesione.

Eliminada la atribución presidencial comentada, ella fue sustituida por un nuevo artículo 32 N° 2, el cual determina que el Presidente tiene como atribución especial *“Pedir, indicando los motivos, que se cite a sesión a cualquiera de las ramas del Congreso Nacional. En tal caso, la sesión deberá realizarse a la brevedad posible”*.

La facultad de *“pedir”* se cite a sesión está prevista en los reglamentos tanto de la Cámara de Diputados y del Senado, las cuales no exigen la aprobación de esta petición, sino que ella se realiza en la oportunidad que determine la respectiva Cámara. La norma constitucional dispone que una vez solicitada la sesión por el Presidente de la República, ésta *“deberá realizarse a la brevedad posible”*. Ello implica que esta sesión debe necesariamente realizarse sin que pueda oponerse a ello ninguna de las dos ramas del Congreso Nacional, ya que la redacción de la norma establece un deber con carácter de imperatividad y no una facultad de las ramas del Congreso, lo que en la práctica se concreta por un oficio del Presidente de la República dirigido al Presidente de la respectiva corporación, el que debe indicar los motivos que justifican tal requerimiento o petición, lo que posibilita que los miembros de la respectiva rama del Congreso Nacional tengan claridad del sentido y objetivos de tal citación a sesionar y debatir la materia objeto de la convocatoria.

El Presidente de la República a través de esta facultad recupera en parte, la posibilidad de determinar el contenido y objeto de la sesión que solicita convocar, constituyendo una pequeña compensación por la facultad perdida

de convocar a legislatura extraordinaria determinando las materias de ésta. Obviamente, el Congreso Nacional a través de sus ramas, Cámara de Diputados o senado, según sea el caso, dispone de plena autonomía y libertad para pronunciarse aprobando o rechazando la materia sometida a su consideración por el Presidente de la República a través de la petición de sesión.

La materia a tratar en la sesión debe tener una unidad de objetivo y ser suficientemente precisa, no pudiendo ser miscelánea y no tener una idea matriz que le de unidad y coherencia, lo que constituye una limitación a la discrecionalidad del Presidente de la República para pedir la sesión respectiva.

La rama del Congreso a la que el Jefe de Estado pide la citación deberá celebrar la sesión a la "*brevedad posible*". Así la respectiva Cámara deberá prudentemente determinar la fecha de dicha sesión atendiendo con "*cortesía constitucional*" la petición presidencial, dentro de un lapso breve que consideramos que no debiera exceder de unos días o semanas, sin exceder el período de un mes, que es el máximo de elasticidad que puede darse al concepto de "*a la brevedad posible*", el cual coincide con la determinación de la urgencia que el Presidente determina en el caso de un proyecto de ley".

Pareciera que esta nueva norma constitucional tenga su fuente en el Reglamento del Senado de la República que a la fecha de la reforma, en su artículo 67 establecía que las sesiones especiales se pueden realizar cuando "*lo pida el Presidente de la República. En tal caso, la sesión se celebrará a la brevedad posible, en el día y hora que fije el Presidente del Senado*".

La norma constitucional posibilita que el Presidente realice tal petición, tanto a la Cámara de Diputados como al Senado de la República, pudiendo dirigirla indistintamente a cualquiera de ellas.

La petición de convocación a sesión que formula el Presidente de la República no está acotada a un número determinado de oportunidades por semana, mes o año, por lo cual no está limitada por la Constitución en la cantidad de oportunidades que puede realizar la petición el Jefe de Estado, el que puede concretarla cada vez que considere que hay motivos suficientes para ello, la calidad de estos motivos y sus fundamentos determinarán la acogida que pueda darles cada una de las ramas del Congreso Nacional, debiendo ser prudente el Presidente de la República de no abusar del uso de tales peticiones.

Cada petición del Presidente de convocar a sesión constituye una sesión especial o pedida conforme a los reglamentos de las respectivas cámaras, artículo 67 del Reglamento del Senado y artículo 75 del Reglamento de la Cámara de Diputados, respectivamente. Estas sesiones especiales deben realizarse en horarios distintos de los de sesiones ordinarias que fija anual-mente cada Cámara, las cuales requieren para entrar en sesión y adoptar acuerdos la regla general prevista en el artículo 56 de la Constitución, el cual prescribe que *“La Cámara de Diputados y el Senado no podrán entrar en sesión ni adoptar acuerdo sin la concurrencia de la tercera parte de sus miembros en ejercicio”*.

10.3.3. Las atribuciones gubernativas del Presidente de la República

Pueden considerarse atribuciones gubernativas aquellas en que el Presidente de la República dispone de un poder de impulso y de iniciativa creadora que puede ejercer discrecional y facultativamente tanto para concebir y ejecutar políticas dentro del ámbito de las funciones que le han sido fijadas constitucionalmente como Jefe de Estado y de gobierno.

10.3.3.1. Convocar a plebiscito en los casos del artículo 128 (artículo 32 N° 4)

Esta es una atribución que establece la Carta Fundamental al Presidente de la República en el marco del ejercicio del poder constituyente instituido, cuando frente a un proyecto de Reforma Constitucional vetado por el Jefe de Estado, el Congreso ha insistido en el proyecto originalmente aprobado por el mismo, en tal situación, el Presidente de la República puede libremente optar, entre promulgar la Reforma Constitucional con el texto insistido por el Congreso Nacional o convocar a un plebiscito para que el cuerpo político de la sociedad se pronuncie como árbitro definitivo en el conflicto entre el Congreso Nacional y el Presidente de la República, la decisión adoptada en la materia por la ciudadanía es la que definitivamente determinará la respectiva Reforma Constitucional respecto de los puntos en conflicto, tal como lo determina el artículo 128 de la Constitución, elemento que será analizado con mayor detenimiento al tratar de la Reforma Constitucional en el tomo III de esta obra.

10.3.3.2. Declarar los estados de excepción constitucional en los casos y formas que se señalan en esta Constitución (artículo 32 N° 5)

Sólo el Presidente de la República dispone de la facultad para determinar la necesidad o no de declarar un Estado de Excepción Constitucional, que son aquellos regulados taxativamente en los artículos 39 a 44 de la Constitución. El Jefe de Estado es quién evalúa si la situación fáctica por la que atraviesa el país o un ámbito territorial específico del mismo (situaciones de excepción de guerra internacional o interna, conmoción interior, emergencia o calamidad pública) requiere que se establezca un Estado de Asamblea, Sitio, Emergencia o Catástrofe.

El Presidente de la República tiene la potestad de determinar si cree adecuado abordar la situación de excepción a través de los medios ordinarios con que cuenta el Estado o si se hace necesario declarar uno o más estados de excepción constitucional, en cuyo caso debiera proceder a decretarlos de acuerdo con las regulaciones constitucionales pertinentes y los controles interorgánicos establecidos. Estos estados de excepción serán analizados con detenimiento en otro capítulo de este tomo de la obra.

10.3.3.3. Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones, concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N° 1. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere (artículo 32 N° 15°)

Tal como lo hacía la Carta Fundamental de 1925 en su artículo 72 N° 16, la Constitución vigente, entrega al Presidente de la República la conducción y mantención de las relaciones diplomáticas con otros estados, como, asimismo, con organismos internacionales. Dicha atribución es esencialmente gubernativa, ya que está determinada por el programa político que el Presidente de la República desarrolla durante su período presidencial, en cuanto a la mantención profundización, disminución o término de relaciones diplomáticas con otros estados, como, asimismo, el establecimiento de relaciones diplomáticas con estados con los cuales no se tenían a dicho

momento, todo lo cual está condicionado por motivos políticos, ideológicos, económicos, sociales y culturales que el Jefe de Estado busca concretar en su gobierno.

En la procura de la concreción de sus lineamientos de políticas de Estado y Gobierno, el Presidente de la República como Jefe de Estado y Gobierno conduce y lleva a cabo las negociaciones, concluye, firma y ratifica los tratados internacionales que discrecionalmente considere necesarios para los intereses del país.

Los tratados internacionales son actos jurídicos que nacen y tienen validez conforme al derecho internacional, a través de los cuales se crean, modifican o extinguen derechos y obligaciones entre dos o más estados, o entre estos y organismos internacionales o supranacionales, según sea el caso. Cabe señalar que dichos tratados o convenios internacionales cuando se concluyen entre el Estado y la Santa Sede (Estado del Vaticano), pasan a denominarse *concordatos*.

Todos los tratados o convenios internacionales son normas de derecho internacional, tienen su fuente y su validez determinada por el derecho internacional y de acuerdo a este los estados partes responden por su responsabilidad frente al cumplimiento de las obligaciones emanadas de estos instrumentos, generando la correspondiente responsabilidad internacional. En este ámbito es dable consignar que las reglas jurídicas básicas que regulan el nacimiento, validez y derechos y obligaciones emanadas de tratados internacionales se encuentra en la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969, que se encuentra debidamente ratificada y vigente en Chile habiendo sido publicada en el Diario Oficial el 22 de junio de 1981.

La Constitución sólo se refiere a la incorporación de los tratados internacionales en los artículos 32 N° 15 y 50 N° 1 de la Carta Fundamental. Los tratados se entienden válidamente celebrados e incorporados al ordenamiento jurídico nacional cuando han sido negociados, concluidos y firmados por el Presidente de la República (art. 32 N° 15), luego deben ser aprobados por el Congreso Nacional, utilizando para este solo efecto, el trámite formal de las leyes (art. 50 N° 1), para luego ser ratificados por el Presidente de la República (artículo 32 N° 15). A su vez, el mecanismo de control jurisdiccional constitucional que establece la Constitución para

la incorporación de los tratados o convenciones internacionales al orden jurídico interno, es el control preventivo de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional, ya sea de oficio o a requerimiento de las autoridades que determina la Carta Fundamental conforme a los artículos 93 N°s. 1 y 3, respectivamente.

Si se cumplen todas las etapas previstas constitucionalmente del proceso de incorporación del tratado al derecho interno, por los órganos y los procedimientos previstos en el ordenamiento constitucional, sin que el Tribunal Constitucional a través del control preventivo de constitucionalidad haya considerado la incompatibilidad entre la norma internacional y la Constitución, estamos en presencia de un tratado o convención internacional válidamente celebrado e incorporado al derecho interno y sus disposiciones sólo podrán ser derogadas o dejadas sin efecto, modificadas o suspendidas en la forma prevista en el propio tratado o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional como establece imperativamente el artículo 54 N° 1, inciso 5° de la Carta Fundamental; la que se encuentra en plena armonía con las *obligaciones de ius cogens* de los artículos 26, 27 y 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, como, asimismo, con el artículo 54 y siguientes de la misma, lo que otorga seguridad jurídica del respeto y garantía por parte del Estado chileno del cumplimiento de sus obligaciones internacionales convencionales y de *ius cogens*.

El cumplimiento de las diversas etapas previstas en la normativa constitucional determina la *incorporación válida del tratado al derecho interno*, sin que este deje de ser derecho internacional y de estar regido por el derecho internacional como fuente formal del mismo y el cual también determina su validez y eficacia jurídica.

La Constitución mediante el procedimiento de incorporación del tratado al derecho interno hace suya la norma internacional, en los términos y condiciones establecidas en el tratado y conforme a las reglas del derecho internacional, al igual que las normas internas sobre las cuales ella determina su validez, vigencia y aplicabilidad.

Una vez incorporadas válidamente al derecho interno el tratado y sus normas tienen *aplicación preferente* sobre toda norma de derecho interno, ya que éstas carecen de fuerza activa o pasiva para derogar o dejar sin

efecto, modificar o suspender la fuerza normativa de la norma contenida en el tratado ratificado y vigente, conforme determina el artículo 54 N° 1, inciso 5° de la Constitución. Esta aplicabilidad preferente de la norma de un tratado, en nuestra opinión sólo tiene una excepción, la que tiene un carácter sustantivo o material, la que, a su vez, está también contenida en los diversos tratados internacionales de derechos humanos, que es la que determina la aplicación preferente de la norma de derecho interno sobre la norma internacional válidamente incorporada al derecho interno, cuando este último establece un nivel superior a la norma internacional de aseguramiento y garantía de derechos humanos o fundamentales que la norma internacional, ello en aplicación del principio interpretativo esencial en materia de derechos humanos que es el principio o postulado pro homine o favor persona, establecido entre otros tratados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 29 literal b), el cual se aplica preferentemente a los principios formales de jerarquía, competencia o aplicabilidad preferente de carácter formal.

La Constitución es así, sólo norma superior de las normas internacionales, en la medida que estas últimas reciben de la Carta Fundamental su condición de normas aplicables. Las normas del derecho internacional integradas en el ordenamiento jurídico interno, forman parte del derecho chileno con el mismo título que cualesquiera de las normas elaboradas a través de los cauces de producción normativa directamente regulados y establecidos en la Carta Fundamental. Las constituciones no imposibilitan que ellas mismas reconozcan mayor valor a normas provenientes del derecho internacional que las establecidas por el ordenamiento jurídico interno.

A su vez, todo tratado internacional que se incorpora al derecho interno por decisión del propio Estado en el ejercicio de su soberanía representa un límite externo o heterónimo que el Estado ratificante asume y se autoimpone, con el efecto de impedir que en el futuro se dicten normas internas violatorias de dicho tratado, así sean "normas constitucionales, lo que para tal supuesto implica que un tratado inferior a la Constitución funciona como un límite al futuro poder constituyente que introduce enmiendas a dicha Constitución"¹⁰¹.

¹⁰¹ BIDART CAMPOS, Germán. 1995. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Ed. Ediar, Buenos Aires, p. 259.

El tratado actúa desde fuera del derecho interno con calidad de límite exterior y, por la teoría de los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*), el Estado que se autolimitó consciente, libre y voluntariamente con ese alcance no está habilitado para incluir después en su ordenamiento jurídico normas que contradigan su conducta internacional anteriormente comprometida jurídicamente.

La Constitución sigue siendo la fuente suprema y máxima del Estado, ya que ella ordena los niveles de prelación de cuantas normas forman parte del derecho interno y de los que derivan del derecho internacional y se incorporan al derecho interno. Así, la fuerza normativa de la Constitución no se relaciona con el lugar que la Constitución ocupa en la gradación jerárquica de las fuentes sino con el hecho de que ella es la que define la gradación jerárquica del orden jurídico interno, derivado también de ella como fuente suprema.

El Estado de Chile sólo puede excusarse del cumplimiento de un tratado internacional, cuando éste se ha celebrado en forma inválida, cuando el Estado no ha concurrido a través de las autoridades constitucionalmente establecidas para comprometer la voluntad del Estado en cada etapa prevista por la Constitución, o no se ha seguido el procedimiento formal establecido por ella, como lo establece en forma perentoria el artículo 46 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados.

Mientras no haya un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que determine la imposibilidad de incorporación del tratado al derecho interno por su conflicto con la Carta Fundamental, o con posterioridad a su entrada en vigencia, exista el caso de que la norma internacional establezca un menor nivel de aseguramiento de derechos fundamentales que el que establece la Carta Fundamental, en aplicación del principio *favor persona*, o no se haya obtenido la nulidad del tratado por la vía del artículo 46 de la Convención de Viena, mientras no se haya procedido a la denuncia del tratado por la vía internacional y éste deje de serle aplicable al Estado Parte, éste está obligado a su cumplimiento y las normas del tratado no pueden dejar de ser aplicadas por los órganos del Estado.

Si, finalmente, el tratado deja de ser aplicable, lo que sólo puede decidir el derecho internacional, el tratado dejará de formar parte del derecho in-

terno, salvo que las normas del tratado sean derechos esenciales de la persona humana, los cuales una vez reconocidos y garantizados ya no pueden desconocerse, ya que constituyen límites al ejercicio de la soberanía estatal como determina el artículo 5° inciso 2° de la Constitución.

Analizemos ahora las etapas previstas para la existencia de un tratado o convención internacional.

La primera etapa para la concerción de un tratado internacional son las *negociaciones preliminares*, ellas consisten en el conjunto de contactos que se producen entre los representantes de los estados interesados en concluir el tratado en cuanto a la conformación de la materialidad del proyecto de tratado. Estas negociaciones, de acuerdo a lo que determina el artículo 32 N° 15 es de responsabilidad del Presidente de la República, quien generalmente es representado por el Ministro de Relaciones Exteriores o un Ministro plenipotenciario o el embajador chileno competente. Tratándose de los negociaciones de un tratado multilateral las negociaciones se llevan a cabo en el marco de una conferencia de representantes con plenos poderes o en el marco de un organismo internacional o supranacional. Los plenos poderes, según determina el artículo 2°, literal c) de la Convención sobre Derecho de los Tratados de 1969, están constituidos en "un documento que emana de la autoridad competente del un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción y la autenticación del texto de un tratado. Para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado".

En el ámbito del tratado de Viena sobre Derecho de los Tratados, se utiliza la expresión *autenticación* del texto convencional consistente en el trámite notarial mediante el cual los estados negociadores señalan el cierre formal de las negociaciones y reconocen como único texto auténtico el que se acaba de aprobar.

La segunda etapa es la de *conclusión y firma del tratado*. La conclusión determina el texto del tratado concluido o acordado por los estados partes y organismos internacionales o supranacionales participantes de la negociación. La firma es de carácter provisional a la que procede el Presidente de la República o una de las autoridades o funcionarios ya señalados

anteriormente. Desde la firma del tratado o convención internacional, los estados se obligan a no realizar ninguna actuación que vaya en contra de las disposiciones establecidas en el texto convencional.

La tercera etapa está dada por la *aprobación del tratado* ya firmado, la que debe ser otorgada por el Congreso Nacional conforme al artículo 54 N° 1 de la Constitución. El Congreso Nacional, a través de su dos ramas, Cámara de Diputados y Senado, sólo puede aprobar o rechazar el tratado, sin poder introducirle ningún tipo de modificaciones al texto del mismo. Esta aprobación debe concretarse con anterioridad al proceso de ratificación del tratado o convenio internacional. Sobre esta materia nos extenderemos en su momento al tratar de las atribuciones exclusivas del Congreso Nacional y analizar concretamente el artículo 54 N° 1 de la Constitución, en el capítulo sobre Congreso Nacional de este tomo de la obra.

La cuarta etapa es la de *ratificación* del tratado o convenio internacional o la *adhesión* al mismo si éste ya se encuentra vigente. La ratificación es el acto mediante el cual el Estado manifiesta su voluntad de quedar obligado jurídicamente por el tratado, tanto en lo que dice relación con los derechos como con las obligaciones establecidas en el mismo; en caso contrario, el Estado parte incurre en responsabilidad internacional por violación del derecho internacional con las consecuencias jurídicas, políticas y económicas correspondientes en cada caso.

En ciertos casos es necesario concretar el canje o depósito de los instrumentos de notificación, en especial en aquellos tratados de carácter bilateral solemne, en tales casos los estados partes pueden convenir una fecha posterior al canje como fecha de vigencia del tratado, o éste entrar en vigencia desde la fecha del canje. En el caso de tratados multilaterales los instrumentos de notificación se depositan en un lugar previamente determinado o convenido y el tratado entrará en vigencia cuando un número de terminado de estados haya efectuado el respectivo depósito.

En el plano del derecho interno, la promulgación del tratado o convenio internacional se realiza de acuerdo a las regulaciones jurídicas expresamente previstas o en base a costumbres o prácticas nacionales, dictándose generalmente decretos promulgatorios que individualizan el tratado, el lugar

y fecha de su firma, de su aprobación y lugar y fecha de su ratificación, ordenándose su cumplimiento. Conforme a la Resolución N° 1.600 de 2008 de la Contraloría General de la República, en el artículo 10.4.1., el decreto promulgatorio de un tratado se encuentra afecto a la toma de razón de la Contraloría General de la República.

10.3.3.4. Disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuirlas de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional (artículo 32 N° 17 de la Constitución)

La Constitución vigente, a diferencia de las cartas fundamentales anteriores, establece un capítulo especial de la Constitución dedicado a las Fuerzas Armadas de Orden y Seguridad Pública, el Capítulo XI, cuyo artículo 101, determina taxativamente las ramas integrantes de la defensa nacional, las cuales son el ejército que corresponde a las fuerzas de tierra, la armada que corresponde a las fuerzas de mar y la fuerza aérea correspondiente a las fuerzas de aire. Tales fuerzas son aquellas a que se refiere el artículo 32 N° 17 de la Constitución, atribuyéndole al Presidente de la República la competencia de organizarlas y distribuirlas en el territorio nacional o autorizarlas para salir del mismo, conforme a las normas que prevé sobre la materia la Constitución y las leyes. Esta organización y distribución de las Fuerzas Armadas debe concretarse de acuerdo a las necesidades de la seguridad nacional, protegiendo adecuadamente el territorio, la población y la estructura de poder democrático constitucional que se ha dado el Estado chileno.

10.3.3.5. Asumir, en caso de guerra, la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas (artículo 32 N° 18)

En tiempos de paz, cada una de las ramas de las Fuerzas Armadas posee un Comandante en Jefe, quien tiene el mando de ellas, siendo éstas parte de la administración del Estado, dependientes del Ministerio de la Defensa Nacional, a través de las cuales reciben las órdenes del Presidente de la República. La norma constitucional considerada le otorga la atribución al Presidente de la República para que, en tiempos de guerra, si así éste lo desea, pueda dirigir directamente a las Fuerzas Armadas.

La norma constitucional vigente sustituye la norma establecida en la Constitución de 1925, la cual atribuía al Presidente de la República mandar directamente las fuerzas de mar y tierra, con acuerdo del Senado, según disponía el artículo 72 N° 14° de dicha Carta Fundamental. Las innovaciones están dadas por el hecho de que la norma constitucional actual, sólo otorga la dirección directa de las fuerzas Armadas al Presidente de la República en tiempos de guerra si así el mismo lo considera adecuado, sin requerir del control interorgánico del Senado de la República. Por otra parte, el texto constitucional vigente considera también a la Fuerzas de Aire que en texto constitucional de 1925 no contemplaba, por no existir dicha rama en dicha época histórica.

La norma constitucional no especifica si dicho mando directo lo puede asumir en caso de guerra formalmente declarada o también en el caso de una situación de guerra de hecho. Tampoco establece si ello sucede en caso de guerra externa o también en el caso de guerra interna. Consideramos que donde el constituyente no distingue no es lícito al intérprete distinguir, por lo cual consideramos que el Presidente de la República puede ejercer el mando directo de las Fuerzas armadas en cualquiera de dichas hipótesis.

10.3.3.6. Declarar la guerra, previa autorización por ley, debiendo dejar constancia de haber oído al Consejo de Seguridad Nacional (artículo 32 N° 19)

En nuestro ordenamiento jurídico, la regla general es que el Presidente de la República, pueda tomar la determinación de declarar la guerra a un Estado extranjero o varios de ellos, si previamente está autorizado por ello mediante una ley, como, asimismo, solicitando la opinión previa a la declaración de guerra del Consejo de Seguridad Nacional, organismo constitucional previsto en el capítulo XII de la Constitución. Esta es una atribución gubernativa de primera magnitud, ya que ello implica tomar la decisión de embarcar al Estado en un conflicto internacional de consecuencias imprevisibles, que significa normalmente un alto costo en vidas humanas, como, asimismo, un alto costo económico y social, el cual hipoteca transitoriamente el desarrollo del país.

10.3.4. Las atribuciones administrativas del Presidente de la República

10.3.4.1. 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

Podemos conceptualizar la potestad reglamentaria como los actos de potestad por los cuales se expresa el Presidente de la República dentro del orden jurídico. Constituyen la forma de exteriorización de los actos del Jefe de Estado.

La potestad reglamentaria presidencial se extiende en nuestro ordenamiento constitucional mucho más allá de lo que lingüísticamente parece indicar, ya que el Presidente de la República no sólo dicta reglamentos, sino también decretos e instrucciones, como explícitamente señala el texto constitucional, lo que constituye lo que tradicionalmente se conoce como potestad reglamentaria ordinaria o de ejecución de las leyes, que es la potestad reglamentaria clásica que ejerce el Presidente de la República en los presidencialismos latinoamericanos, como ya sucedía con las dos constituciones anteriores, la de 1833 y la de 1925.

Sin perjuicio de lo anterior, la Carta de 1980 introdujo una nueva potestad reglamentaria, fuera de la *potestad reglamentaria ordinaria o de ejecución de las leyes* instituyó una *potestad reglamentaria autónoma*.

Como ya lo hemos analizado en el capítulo respecto de fuentes del derecho en el capítulo III del tomo I de esta obra, la ley dejó de ser formalmente la norma de clausura del ordenamiento jurídico en la Constitución vigente, el dominio legal se convirtió en un dominio taxativamente especificado por el artículo 63 de la Carta Fundamental, inaugurando la potestad presidencial de dictar los *reglamentos autónomos*, que son aquellos que puede dictar el Jefe de Estado, como señala la primera frase del artículo 32 N° 6, "*en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal*". Dicha norma fue importada y adaptada a nuestro ordenamiento jurídico de la institución de las "ordenanzas" previstas en el artículo 37 de la V República Francesa. Cabe señalar que la potestad reglamentaria autónoma ha tenido escasa importancia en la práctica constitucional,

ya que debe tenerse presente el artículo 63 N° 20 de la Constitución que entrega al legislador la competencia para regular como materia de ley "toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico".

Así puede señalarse que la potestad reglamentaria del Presidente de la República se extiende a todo acto o decisión de carácter normativa destinada a satisfacer el amplio marco de competencias que le son atribuidas por la Constitución, en el marco jurídico de esta última, los tratados internacionales y las leyes vigentes, sin poder invadir el dominio de las materias reguladas por tratados válidamente incorporados al ordenamiento jurídico de acuerdo al artículo 54 N° 1 de la Constitución y el ámbito propio de la ley interna fijada por el artículo 63 de la Constitución. A través de esta potestad reglamentaria el Presidente de la República puede concretar sus funciones de Jefe de Estado, de gobierno y de la administración que establece el artículo 24 de la Constitución y desarrollar el conjunto de las atribuciones establecidas en el texto constitucional, como, asimismo, en los preceptos legales establecidos conforme a la Carta Fundamental.

La potestad reglamentaria ordinaria o de ejecución de las leyes la puede ejercer el Presidente de la República cuando lo estime *conveniente*, creando las normas reglamentarias que pongan en ejecución las leyes, vale decir, los preceptos normativos de derecho interno que tienen el carácter de normas primarias de nuestro ordenamiento jurídico como son las leyes ordinarias, las leyes de quórum calificado, las leyes orgánicas constitucionales, los decretos con fuerza de ley y las normas *extra ordinem* denominadas *decretos leyes* dictadas bajo los gobiernos de facto, que no han sido retiradas del ordenamiento jurídico por el legislador.

La Constitución se ocupa de la potestad reglamentaria de ejecución que es atribución del Presidente de la República, sin perjuicio de lo cual la potestad reglamentaria también es ejercida por los Ministros de Estado y otras autoridades administrativas dentro del ámbito de sus respectivas competencias. Sin embargo, el texto constitucional en la disposición analizada se ocupa sólo de los Reglamentos, Decretos e Instrucciones *Supremos*, vale decir, aquellos que emanan de la autoridad del Presidente de la República.

Se conoce con el nombre de *Reglamento Supremo* una norma dictada por el Presidente de la República de carácter general, abstracto, predeterminado, impersonal y permanente, que no se agota con su cumplimiento, firmado siempre por el Presidente de la República y por el o los Ministros de las carteras respectivas, que tiene por objeto ejecutar los preceptos legales a través de normas secundarias encaminadas a la completa, eficaz y eficiente concreción e implementación de la voluntad legislativa, que obligan a los órganos y funcionarios administrativos.

El reglamento supremo en cuanto norma secundaria de nuestro ordenamiento jurídico se encuentra subordinada a la Constitución, los tratados internacionales y las preceptos legales, sin poder contradecirlos ni invadir el ámbito regulados por ellos y debiendo someterse a los mismos.

El reglamento supremo puede generar para el órgano o autoridad administrativa encargada de ejecutarlo, la necesidad de dictar decretos constitutivos de resoluciones particulares de aplicación de los mismos.

La ausencia de reglamentos supremos para la ejecución de las leyes puede generar respecto del Presidente de la República una acusación constitucional por "*actos de su administración que hayan infringido abiertamente (...) la Constitución o las leyes*", de acuerdo con el artículo 52 N° 2 literal a) de la Constitución. En un escalón inferior está la responsabilidad por acusación constitucional por la cual responden los Ministros de Estado por "*infringir la Constitución o las leyes o haber dejado estas sin ejecución*" de acuerdo al artículo 52 N° 2 literal b).

Un decreto supremo es toda resolución emanada del Presidente de la República o de un ministro de Estado por orden del Presidente de la República, de carácter particular o especial, dictado en uso de la facultad presidencial de gobierno o administración en el ámbito de ejecución de la Constitución o las leyes.

Tales decretos supremos deben ser firmados por el Presidente de la República o por el Ministro de Estado respectivo, anteponiendo a dicha forma las expresiones por orden del Presidente de la República".

Los decretos deben cumplir determinados trámites como son la anotación y numeración, la toma de razón y su publicación o notificación. La anota-

ción y numeración se da en el ministerio de origen y tiene la importancia de permitir identificar el decreto mediante su número, fecha y ministerio del cual emana. El trámite de toma de razón está previsto en el artículo 99 de la Constitución y en el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y tiene por objeto velar por la constitucionalidad y legalidad del respectivo decreto. Sobre la publicación de los decretos no hay reglas generales sobre la materia, aunque el propio texto del decreto generalmente termina con la palabra "*publíquese*".

En su caso la ley puede ordenar publicar determinados decretos. A su vez, el decreto N° 2.710 del Ministerio del Interior, de 15 de mayo de 1942 estableció que los decretos que contengan disposiciones que afecten a particulares deben publicarse integralmente en el Diario Oficial.

En definitiva, puede sostenerse que deben publicarse todos los decretos que la ley ordena publicarse, todos los decretos que afecten derechos de los particulares, como, asimismo, la doctrina y la jurisprudencia precisan que también se publican los decretos que el Presidente de la República manda publicar por ser decretos de carácter general.

La ley puede eximir de control de toma de razón a determinados decretos, la cual debe tener rango orgánico constitucional y pasar por control preventivo obligatorio de constitucionalidad como lo ha determinado el Tribunal constitucional a través de sus sentencias Roles N° 45 de 31 de marzo de 1987 y N° 64 de 9 de enero de 1989.

La Contraloría General de la República, desde 1980, a través de su resolución N° 1.050 de 1980, decidió que ella debía señalar los decretos y resoluciones respecto de los cuales se les imponía la obligación de sujetarlos al trámite de toma de razón, el cual se mantiene hasta el presente de acuerdo con la resolución N° 520, publicada en el Diario Oficial del 14 de diciembre de 1996, que fijó el texto refundido y sistematizado de la resolución 55 del año 1992.

Por regla general, los decretos y resoluciones sólo pueden cumplirse después de su toma de razón, excepcionalmente, pueden ejecutarse antes de dicho trámite, debiendo enviarse a Contraloría dentro de treinta días, como determina el artículo 10 inciso 9° de la ley N° 10.336.

A su vez, se deben notificar los decretos que así lo determine la ley y aquellos decretos de carácter particular.

Algunos decretos supremos deben cumplir con trámites especiales. Uno de ellos es el de *refrendación*, como es el caso de los decretos que ordenan un pago imputable a una partida variable del presupuesto o de leyes especiales, en cuyo caso, además de la toma de razón, el decreto debe ser objeto de refrendación con el objeto de comprobar si en el ítem respectivo hay fondos disponibles y suficientes para el egreso señalado en el decreto. La refrendación cumple dos objetivos: determinar si la imputación está correctamente formulada y comprobar la existencia de fondos suficientes para el pago.

Los decretos refrendados están también sujetos a *visación*, la que realiza el Ministerio de Hacienda confrontando el gasto con la existencia de recursos en caja.

Otro trámite es la *comunicación*, consistente en la transcripción del decreto a la Tesorería General de la República y de ella a la correspondiente tesorería.

Finalmente, *el registro*, que es el acto por el cual se deja constancia en un rol determinado del decreto.

En efecto, mediante decretos el Presidente de la República nombra Ministros y Subsecretarios, concede indultos particulares, otorga pensiones de jubilación o montepío, promulga las leyes, ordena pagos no autorizados por la ley, denominados decretos de emergencia económica, dicta decretos de insistencia, decreta la guerra, se adoptan medidas durante los estados de excepción constitucional, se ordenan pagos por parte de la Tesorería General de la República, entre otras materias.

10.3.4.2. *Nombrar y remover a su voluntad a los ministros de Estado, subsecretarios, intendentes y gobernadores (artículo 32 N° 7)*

La Constitución se encuadra dentro de un tipo de *gobierno presidencialista puro*, como ya hemos tenido oportunidad de referirnos en este mismo tomo de la obra, lo cual implica que los Ministros de Estado son "los colaborado-

res directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y la administración del Estado” como precisa el artículo 33 de la Constitución, siendo de la exclusiva confianza de este último, como determina claramente la disposición en análisis del artículo 32 N° 7 de la Carta Fundamental, por tanto, los Ministros sólo pueden permanecer en su función mientras cuenten con la confianza presidencial, además, como lo establece el artículo 52 N° 1 de la Constitución en su literal a), inciso final, respecto de los actos de fiscalización de los actos del gobierno por la Cámara de Diputados: *“En ningún caso los acuerdos, observaciones o solicitudes de antecedentes afectarán la responsabilidad política de los Ministros de Estado”*.

El sistema de nombramiento de Ministros de Estado en el presidencialismo chileno se aparta del modelo presidencial norteamericano en esta materia, ya que el régimen norteamericano establece que los Ministros de Estado deben ser nombrados con acuerdo del Senado, desarrollándose así una especie de control interorgánico inexistente en nuestro país desde la Carta Fundamental de 1925.

Los Subsecretarios constituyen la segunda autoridad al interior de una cartera ministerial, los cuales son también de la confianza del Presidente de la República y son removidos por éste cuando han perdido dicha confianza mediante una petición de renuncia. Como determina la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 21, señala que “en cada Ministerio habrá uno o más subsecretarías, cuyos jefes superiores serán los Subsecretarios, quienes tendrán el carácter de colaboradores inmediatos de los Ministros. Les corresponderá coordinar la acción de los órganos y servicios públicos del sector, actuar como ministros de fe, ejercer la administración interna del Ministerio y cumplir las demás funciones que le señale la ley”. Así los subsecretarios son jefes superiores de servicios centralizados de la administración como son las subsecretarías.

Los subsecretarios en su calidad de colaboradores directos e inmediatos del Ministro de Estado respectivo, son funcionarios públicos y están sujetos a responsabilidad, civil, penal y administrativa. Los subsecretarios a diferencia de los ministros no pueden ser objeto de acusación constitucional.

Los Intendentes dentro del marco de Estado Unitario con descentralización administrativa territorial y funcional, son las autoridades de gobierno

interior de cada región en que se divide el territorio del Estado, siendo de exclusiva confianza del Presidente de la República, como determina el artículo 111 de la Carta Fundamental.

El *Intendente como órgano de gobierno interior* debe desarrollar sus funciones de conformidad con las orientaciones, órdenes e instrucciones que le imparta el Presidente de la República directamente o a través del Ministerio del Interior. Sus atribuciones como órgano de gobierno interior se encuentran explicitadas en el artículo 2º de la Ley Nº 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional. Todo ello sin perjuicio de que el Intendente ejerce también como órgano del Gobierno Regional junto con el *Consejo Regional*. Dicho *Gobierno Regional* constituye una corporación de derecho público con personalidad jurídica, competencias, y patrimonio propio, en que se radica la administración superior de la región con el objeto de obtener su desarrollo social, cultural y económico de la región. El *intendente ejerce la función de ejecutivo del gobierno regional* conforme determina el artículo 23 de la L.O.C. sobre Gobierno y Administración Regional, siendo sus atribuciones determinadas por el artículo 24 de la misma ley antes señalada.

Los *gobernadores* constituyen la autoridad de gobierno interior en cada provincia, constituyendo un órgano territorialmente desconcentrado del Intendente, nombrado y promovido libremente por el Presidente de la República, como determina el artículo 3º de la Ley Nº 19.175 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.

10.3.4.3. *Designar a los embajadores y ministros diplomáticos, y a los representantes ante organismos internacionales. Tanto estos funcionarios como los señalados en el Nº 7º precedente, serán de la confianza exclusiva del Presidente de la República y se mantendrán en sus puestos mientras cuenten con ella (artículo 32 Nº 8)*

El conjunto de los funcionarios a que hace mención esta disposición reciben la denominación de “*agentes diplomáticos*”, de acuerdo con lo que determina la Convención de Viena sobre Relaciones diplomáticas, diferenciándolos claramente de los “*agentes consulares*”.

Los *agentes diplomáticos* representan al Estado acreditante ante el Estado receptor, protegiendo los intereses del primero ante el segundo, negociando

con el gobierno receptor, informándose por medios lícitos de la evolución y condiciones existentes en el Estado receptor e informando de ello al estado acreditante, además de fomentar las relaciones políticas, sociales, económicas y culturales entre ambos estados y pueblos.

Los *agentes consulares*, a diferencia de los agentes diplomáticos, carecen de las facultades de ellos, son funcionarios que tienen por objeto proteger en un sector o ámbito territorial delimitado de un Estado extranjero, las personas e intereses de las personas y entidades de del Estado que los ha designado.

Dentro de los funcionarios diplomáticos se encuentran los embajadores que se acreditan con carácter permanente ante el Jefe de Estado receptor previa obtención de la complacencia o agreement del Estado receptor, siendo los jefes de la respectiva embajada; los *Ministros Diplomáticos* son funcionarios diplomáticos que se acreditan ante el Jefe de Estado para misiones específicas; asimismo, los *encargados de negocios*, son funcionarios de rango diplomático inferior que se acreditan ante el Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado Receptor.

Todos ellos son nombrados y removidos de sus funciones específicas discrecionalmente por el Presidente de la República, no requieren de concurso para acceder al cargo, como, asimismo, para su destitución no requieren de sumario administrativo, salvo el caso de los funcionarios de carrera diplomática.

10.3.4.4. Nombrar al Contralor General de la República con acuerdo del Senado (artículo 32 N° 9)

El Contralor General de la República es la máxima autoridad del organismo denominado Contraloría General de la República, regulado por el capítulo X de la Constitución, siendo un organismo autónomo que ejerce el control de legalidad de los actos de la Administración, fiscaliza el ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examina y juzga las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de estas entidades; lleva la contabilidad general de la Nación, y desempeña las demás funciones que le encomienda la Ley Orgánica Constitucional respectiva, de acuerdo con el artículo 98 de la Constitución. Dicha Ley Orgánica Constitucional no

ha sido dictada por los órganos colegisladores, cumpliendo su función de tal, la Ley Orgánica de la Contraloría N° 10.336, cuyo texto coordinado, sistematizado y refundido fue fijado por el Decreto de Hacienda N° 2.421 de 1964, publicado en el Diario Oficial del 10 de julio de 1964.

El inciso 2° del artículo 98 de la Carta Fundamental precisa los requisitos que debe contar esta autoridad para ser nombrada en el cargo: "El contralor General de la República deberá tener a lo menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio". Si bien el nombramiento lo realiza el Presidente de la República, dicha designación pasa por un control interorgánico, ya que requiere la aprobación por el Senado, el que debe ser adoptado por la mayoría calificada de los tres quintos de los senadores en ejercicio. El nombramiento se efectúa por un período de ocho años y no puede ser designado para el período siguiente. El Contralor General de la República cesa en el cargo al cumplir setenta y cinco años de edad. Todo ello, según determina el inciso 2° del artículo 98 de la Constitución Política de la República.

10.3.4.5. Nombrar y remover a los funcionarios que la ley denomina como de su exclusiva confianza y proveer los demás empleos civiles en conformidad a la ley. La remoción de los demás funcionarios se hará de acuerdo a las disposiciones que ésta determine (artículo 32 N° 10)

El Presidente de la República como jefe de gobierno y de la administración está llamado a cumplir una función de dirección y conducción de la administración civil del Estado, cuyo régimen de nombramiento está regulado constitucional y legalmente, además el ordenamiento jurídico determina su naturaleza, regímenes funcionarios, carrera funcionaria, perfeccionamiento, sus derechos y deberes y responsabilidades entre otros aspectos, estudiados con detenimiento por el derecho administrativo¹⁰².

El ordenamiento jurídico regula diversas formas de incorporación a la función pública. Una de ellas es a través de los cargos de exclusiva confian-

¹⁰² Ver sobre la materia, SILVA CIMMA, Enrique. 1993. *Derecho administrativo chileno y comparado. La función pública*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

za del Presidente de la República, los cuales sólo pueden ser nombrados y removidos por el Jefe de Estado, entre los cuales se cuentan los Ministros y Subsecretarios de Estado, los embajadores, los intendentes y gobernadores y los funcionarios que la ley regula en dicha categoría.

La Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, en su artículo 51 inciso final, determina que los funcionarios de exclusiva confianza son "aquellos sujetos a la libre designación y remoción del Presidente de la República o de la autoridad facultada para disponer el nombramiento".

A su vez, el sistema general de nombramiento de funcionarios civiles del Estado se encuentra contenido en el artículo 13 del Estatuto Administrativo, el cual determina en sus dos primeros incisos que "La provisión de los cargos se efectuará mediante nombramiento o ascenso. El nombramiento o ascenso se resolverá por los Ministros, Intendentes o Gobernadores, respecto de los empleos de su dependencia, y por los jefes superiores de los servicios públicos regidos por este Estatuto, con excepción de los nombramientos de la exclusiva confianza del Presidente de la República".

La oración final del artículo 32 N° 10 determina que "Respecto de la remoción de los "demás funcionarios" se hará de acuerdo a las disposiciones que ésta determine.

Entendemos que con la expresión *demás funcionarios* empleada por la Carta Fundamental se alude a todos los funcionarios de la administración que no tienen carácter de exclusiva confianza. Por otra parte, el pronombre "ésta" que emplea la redacción de la oración en análisis, debe entenderse referida a la ley. Sin lugar a dudas hay aquí una deficiente redacción de la disposición constitucional considerada.

La ley N° 18.575, en su artículo 48, determina que los funcionarios únicamente pueden perder su cargo o empleo "por renuncia voluntaria debidamente aceptada; por jubilación o por otra causa legal, basada en su desempeño deficiente, en el incumplimiento de sus obligaciones, en la pérdida de requisitos para ejercer la función. En el término del período legal por el cual se es designado o en la supresión del empleo". También se puede perder el empleo por la medida disciplinaria de destitución la que

la ley N° 18.575 la define como “la decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento de poner término a los servicios de un funcionario” en los casos que la respectiva norma legal señale.

10.3.4.6. Conceder jubilaciones, retiros, montepíos y pensiones de gracia, con arreglo a las leyes (artículo 32 N° 11)

Esta atribución debe ejercerla el Presidente de la República de acuerdo con la ley que regule dichas materias.

La jubilación es un beneficio concedido a las personas que se alejan de su cargo, que cumplen con el requisito de la cantidad de años de actividad laboral que determina la ley, para que perciba una remuneración sobre la base de los servicios prestados, años de servicio y causal de jubilación a la que se acoge, o a la cantidad de recursos reunidos en su fondo de pensiones. Este beneficio en el caso del personal de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad se denomina pensión de retiro.

Los *montepíos* constituyen la pensión que se otorga a los parientes más próximos del funcionario que fallece, según las condiciones establecidas por la ley.

La *pensión de gracia* puede conceptualizarse como una pensión especial que emana de una ley que regula exclusivamente su reconocimiento y pago, y por tal motivo ha sido denominada como “gracia” otorgada por el Estado a los respectivos beneficiarios, generalmente en una situación desmedrada o privada de los medios necesarios para su manutención.

10.3.4.7. Designar y remover a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea y al General Director de Carabineros en conformidad al artículo 104, y disponer los nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de Carabineros en la forma que señala el artículo 105 (artículo 32 N° 16)

La Constitución vigente innovó en esta materia en relación con la Constitución de 1925, en la Carta Fundamental que rigió durante buena parte del

siglo XX, su artículo 72 disponía que *“los grados de coroneles, capitanes de navío y demás oficiales superiores del Ejército y la Armada, deben ser concedidos por el Presidente con el acuerdo del Senado”*, agregando que *“En el campo de batalla, el Presidente puede conferir estos empleos militares superiores por sí solo”*.

La actual Carta Fundamental eliminó el control interorgánico para el nombramiento por parte del Presidente de la República de los empleos militares superiores de las ramas de las Fuerzas armadas. Por otra parte, estableció regulaciones especiales para el nombramiento de los Comandantes en Jefe de las ramas de las Fuerzas Armadas (Ejército, Armada y Fuerza Aérea) y el General Director de Carabineros. Las regulaciones especiales están directamente consignadas en la Constitución, en su artículo 104, siendo las siguientes: a) El Presidente de la República designa a los comandantes en jefe de las distintas ramas de las Fuerzas Armadas y al General Director de Carabineros de entre los cinco oficiales generales de mayor antigüedad que reúnan los requisitos o cualidades que los respectivos estatutos institucionales exigen para tales empleos; b) Los comandantes en jefe y el General Director de Carabineros nombrados permanecen en funciones por el lapso de cuatro años, sin poder ser nombrados para un nuevo período; c) Durante el desempeño de sus funciones gozan de una cierta inamovilidad relativa, pudiendo llamarlos a retiro el Presidente de la República mediante decreto fundado e informado previamente a la Cámara de Diputados y al Senado, antes de completar el respectivo período.

Cabe destacar que la Constitución exige al Presidente de la República establecer los fundamentos o razones específicas por las cuales decide llamar a retiro a uno o más comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas o al general Director de Carabineros. Dicha decisión debe ser informada a ambas ramas del Congreso Nacional con anterioridad a la adopción de la medida de llamado a retiro, lo que implica una tenue forma de control parlamentario, ya que las opiniones adversas de una o ambas cámaras no constituyen impedimento jurídico para la adopción de la medida que es una potestad del Presidente de la República. El decreto de llamado a retiro pasa por el control de juridicidad de la Contraloría General de la República, la que podría formularle reparos o representarlo por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, si ellas existieren, conforme al artículo 99 de la Constitución.

10.3.4.8. Cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley (artículo 32 N° 20)

Esta atribución le entrega al Presidente de la República la responsabilidad de la adecuada recaudación de los diferentes tipos de rentas públicas, que constituyen los ingresos del Fisco, en base a los cuales se aprueba la Ley de Presupuestos y leyes especiales que permitan llevar a cabo las políticas públicas determinadas por el gobierno, invirtiendo las rentas recaudadas de conformidad con el bien común.

La recaudación de las rentas públicas es efectuada por diversos servicios que cumplen funciones diferenciadas. El servicio de impuestos internos es el organismo especializado competente que tiene por función la liquidación y giro de los impuestos adeudados por personas e instituciones. A su vez, la Tesorería General de la República tiene la misión de recaudar y cobrar las rentas y tributos devengados.

La atribución de decretar la inversión de los fondos públicos debe concretarse en el estricto cumplimiento del principio de legalidad del gasto establecido en el artículo 100 de la Carta Fundamental, salvaguardando la integridad del patrimonio público. Es por ello que dicha disposición constitucional dispone que *“Las tesorerías del estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedido por autoridad competente, en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto. Los pagos se efectuarán considerando, además. El orden cronológico establecido en ella y previa refrendación presupuestaria del documento que ordene el pago”*.

La expresión utilizada por el texto constitucional *“con arreglo a la ley”* debe entenderse como que será el legislador el que determinará la amplitud y profundidad de la regulación legal, posibilitando un ámbito de acción en la materia a la potestad reglamentaria de ejecución de las leyes. En tal perspectiva la legalidad del gasto público implica que siempre el gasto debe estar incluido en cuanto tal en la Ley de Presupuestos en su núcleo esencial, sin perjuicio de que el Presidente de la República pueda hacer uso de las facultades que expresamente le confiere el cuerpo legal correspondiente mediante la potestad reglamentaria de ejecución. Tal perspectiva es asumida, asimismo, por sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 254 de 26 de abril de 1997, en sus considerandos 26° y 28°.

10.3.4.9. Dictar decretos de emergencia económica (artículo 32 N° 20)

Esta facultad presidencial tiene su origen en la Ley N° 7.727 de Reforma Constitucional de 1943, que modificó el artículo 72 N° 10 de la Constitución política de 1925, el que luego pasó a la carta original de 1980, en su artículo 32 N° 22, texto que finalmente ha quedado como artículo 32 N° 20 de la Constitución vigente, luego de la Reforma Constitucional de 2005.

El texto constitucional en su artículo 32 N° 20 determina que:

“El Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros de Estado, podrá decretar pagos no autorizados por ley, para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, de agresión exterior, de conmoción interna, de grave daño o peligro para la seguridad nacional o del agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no puedan paralizarse sin serio perjuicio para el país. El total de los giros que se hagan con estos objetos no podrá exceder anualmente del dos por ciento (2%) del monto de los gastos que autorice la Ley de Presupuestos. Se podrá contratar empleados con cargo a esta misma ley, pero sin que el ítem respectivo pueda ser incrementado ni disminuido mediante traspasos. Los Ministros de Estado o funcionarios que autoricen o den curso a gastos que contravengan lo dispuesto en este número serán responsables solidaria y personalmente de su reintegro, y culpables del delito de malversación de caudales públicos”.

Tal disposición permite conceptualizar los *decretos de emergencia económica* como aquellos decretos supremos que el Presidente de la República puede adoptar, ordenando pagos no autorizados legalmente, en casos excepcionales de necesidades impostergables taxativamente señalados por la Constitución, cuyo giro total no puede exceder anualmente del dos por ciento del monto de los gastos que autorice la Ley de Presupuestos, debiendo dicho decreto ser firmado por el Presidente de la República y todos sus Ministros de Estado.

Esta atribución implica una excepción al principio de legalidad del gasto expresamente contenida en la carta fundamental, de uso extraordinario y en los sólo casos taxativamente determinados por la Carta Fundamental.

Las hipótesis establecidas para esta regla excepcional que implica la atención de necesidades impostergables están constituidas por calamidades públicas, agresión exterior, conmoción interna, grave daño o peligro para la seguridad nacional o el agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no pueden paralizarse sin serio perjuicio para el país.

La responsabilidad de los Ministros que firman el decreto de emergencia económica, conforme al artículo 36 de la Constitución, es *personal y solidaria* y el uso de esta facultad fuera de las causales taxativamente determinadas puede constituir el delito de malversación de caudales públicos, generando la correspondiente responsabilidad que puede hacerse efectiva mediante la acusación constitucional, conforme al artículo 5° N° 2, literal b) de la Constitución, sin perjuicio de la consiguiente responsabilidad civil y penal.

Por otra parte, los decretos de gasto que excedan el límite del dos por ciento del monto de gastos autorizado por la Ley de Presupuestos deberán ser representados en el control de juridicidad que realice la Contraloría General de la República por razón de inconstitucional al vulnerar el artículo 32 N° 20 de la Constitución, respecto de dicha representación no cabe el decreto de insistencia conforme al artículo 99 inciso 1° de la Carta Fundamental.

10.3.5. Las atribuciones judiciales del Presidente de la República

Las atribuciones judiciales del Presidente de la República pueden clasificarse en atribuciones judiciales directas e indirectas.

Las atribuciones judiciales directas del Presidente de la República son aquellas que dicen relación con la modificación o sustitución de los efectos de una sentencia judicial que afecta a personas determinadas. En este plano nos encontramos con la atribución presidencial de otorgar indultos particulares, como determina el artículo 32 N° 14 de la Constitución.

Las atribuciones judiciales indirectas son aquellas potestades que ejerce el Presidente de la República en relación a la integración de los tribunales de justicia y al funcionamiento de ellos o en relación a la conducta de sus

miembros. En este plano encontramos las atribuciones de nombrar los magistrados y fiscales judiciales de los tribunales de justicia conforme al artículo 32 N° 12 y la atribución de velar por la conducta ministerial de los jueces y demás empleados del Poder Judicial de acuerdo con el artículo 32 N° 13 de la Carta Fundamental.

10.3.5.1. La atribución presidencial de otorgar indultos particulares en los casos y formas que determine la ley (artículo 32 N° 14)

El *indulto* es un beneficio que favorece a una persona condenada por sentencia definitiva firme, que tiene como objeto remitir, conmutar o reducir una pena a personas condenadas en materia criminal por sentencia ejecutoriada y firme, el beneficio puede concretarse a través de una ley, un decreto presidencial o un acuerdo o resolución del Congreso Nacional.

En efecto, el indulto presidencial, como señala el propio texto del artículo 32 N° 14 de la Constitución, es “improcedente en tanto no se haya dictado sentencia ejecutoriada en el respectivo proceso”.

Esta atribución presidencial constituye una potestad que proviene históricamente de los sistemas monárquicos, en que el Rey como Jefe de Estado disponía del derecho de gracia, que posibilitaba modificar o dejar sin efecto las penas establecidas por las sentencias de los jueces que obraban en su nombre, atribución que fue traspasada en el ámbito republicano a los Jefes de Estado en el marco de tipos de gobierno presidencialistas.

El indulto en nuestro ordenamiento jurídico puede ser clasificado como *indulto particular* e *indulto general*. Los *indultos generales* sólo pueden ser otorgados por ley como determina el artículo 32 N° 16 de la Constitución. Los *indultos particulares* son los únicos indultos que puede otorgar el Presidente de la República de acuerdo con los casos y formas que determina la ley, como señala la disposición constitucional en consideración. A su vez, *el indulto particular del Presidente de la República* tiene como limitación que éste no puede ser otorgado a los funcionarios acusados por la Cámara de Diputados y condenados por el Senado por acusación constitucional, los cuales sólo pueden ser indultados por el Congreso, como determina la oración final del artículo 32 N° 14 de la Carta Fundamental.

En la materia debe tenerse presente el derecho convencional internacional de derechos humanos, dentro del cual deben considerarse especialmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporado válidamente al ordenamiento jurídico, el cual en la medida que asegure derechos esenciales y sus garantías constituye una limitación al ejercicio de la soberanía estatal como determina el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su artículo 6° que asegura y garantiza el derecho a la vida, en su párrafo 4° determina: *"Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos"*. En el mismo sentido se encuentra el artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual en su párrafo 6° determina *"Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente"*.

Por regla general, el indulto procede en todo tipo de delito, con la excepción de las personas condenadas por haber cometido delitos terroristas, en cuyos casos el indulto opera solamente para conmutar la pena de muerte por el presidio perpetuo, de acuerdo con el inciso final del artículo 9° de la Constitución.

La Ley N° 18,050 fija las Normas Generales para Conceder Indultos y ella se complementa con el reglamento sobre indultos particulares contenido en el Decreto Supremo N° 1.542 de Justicia, publicado en el Diario Oficial del 7 de enero de 1982.

Según dicha normativa el indulto puede ser total o parcial, el primero exime al condenado de todas las penas impuestas; el segundo, en que se remiten algunas de las penas establecidas, se reducen éstas o se conmutan por otras penas más benignas para el condenado. Asimismo, la ley N° 18.050 determina que el indulto puede ser determinado para la pena principal o la pena accesoria.

10.3.5.2. Nombrar los magistrados y fiscales judiciales de los tribunales de justicia (artículo 32 N° 12)

El artículo 32 N° 12 de la Constitución determina como atribución del Presidente de la República “*nombrar a los magistrados y fiscales judiciales de las Cortes de Apelaciones y a los jueces letrados, a proposición de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones respectivamente; (...); y a los magistrados y fiscales de la Corte Suprema (...), a proposición de dicha Corte y con acuerdo del Senado, todo ello conforme a lo prescrito en la Constitución*”.

Dicha disposición debe ser analizada y concordada con el artículo 78 de la Carta Fundamental, en efecto, esta última disposición, en su inciso 3° determina en forma precisa el *nombramiento de ministros y fiscales judiciales de la Corte Suprema*, disponiendo que ellos “serán nombrados por el Presidente de la República, eligiéndose de una nómina de cinco personas que, en cada caso, propondrá la misma Corte, y con acuerdo del Senado. Este adoptará los respectivos acuerdos por dos tercios de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto. Si el Senado no aprobare la proposición del Presidente de la República, la Corte Suprema deberá completar la quina proponiendo un nuevo nombre en sustitución del rechazado, repitiéndose el procedimiento hasta que se apruebe un nombramiento”.

A su vez, es necesario tener presente que la Corte Suprema se integra por 21 ministros, de acuerdo a la Reforma Constitucional del 14 de enero de 1999 establecida por la Ley de Reforma Constitucional N° 19.597. Dicha reforma, junto con establecer la ampliación de la Corte Suprema, determinó que cinco de los miembros de la Corte Suprema deben ser abogados extraños a la administración de justicia, tener a lo menos quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional o universitaria y cumplir los demás requisitos que señale la Ley Orgánica Constitucional respectiva, como establece el artículo 78 inciso 4° de la Carta Fundamental.

El inciso siguiente de la misma norma constitucional, establece que cuando la Corte Suprema deba proveer un cargo que corresponda a un miembro proveniente del Poder Judicial, formará la nómina exclusivamente con integrantes de éste y deberá ocupar un lugar en ella el ministro más antiguo de Corte de Apelaciones que figure en lista de méritos, llenándose los otros cuatro lugares en atención a los merecimientos de los candidatos. En el caso de que deba

proveerse una vacante de abogados provenientes de fuera del Poder Judicial, la nómina enominada quina o cinquena se forma exclusivamente, previo concurso público de antecedentes, con abogados que cumplan los requisitos señalados en el inciso 4° de la disposición constitucional en análisis.

En el caso del nombramiento de los Ministros y fiscales judiciales de las Cortes de Apelaciones son designados por el Presidente de la República, a propuesta de una terna formulada por la Corte Suprema, como establece el inciso 6° del artículo 78 de la Constitución.

Finalmente, los jueces letrados son designados por el Presidente de la República, a propuesta en terna de la Corte de Apelaciones de la Jurisdicción respectiva.

La Constitución en el artículo 78 inciso 8° precisa que debe integrar la nómina el juez letrado en lo civil o criminal más antiguo de asiento de Corte o el juez el juez letrado civil o criminal más antiguo del cargo inmediatamente inferior al que se trata de proveer y que figure en lista de méritos y exprese su interés en el cargo. Los otros dos lugares de la terna serán llenados en atención a los méritos de los candidatos.

Así podemos señalar que el procedimiento de nombramientos de jueces, ministros y fiscales judiciales en nuestro país pasa por una primera parte de un procedimiento de conformación de ternas o quinas que establece el propio Poder Judicial, ya sea por la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema respectivamente, luego dicha terna o quina se eleva a la consideración del Presidente de la República, quien decide discrecionalmente a cuál de los integrantes de la terna desea nombrar como juez, Ministro o fiscal judicial de Corte de Apelaciones.

En el caso de los Ministros y fiscales judiciales de Corte Suprema es la propia Corte Suprema la que inicia el procedimiento de establecer la quina o cinquena de candidatos, los cuales deben provenir de dentro del Poder Judicial o de fuera del mismo, según cuál sea la vacante que debe ser llenada, luego interviene el Presidente de la República, el cual selecciona uno de los miembros de la quina o cinquena discrecionalmente, respecto del cual debe proponerlo al Senado de la República, el que debe aprobar el nombramiento por la mayoría calificada de dos tercios de sus miembros en ejercicio. Esta

última etapa del procedimiento lleva a una negociación política entre el Presidente de la República y las bancadas senatoriales de los diversos partidos políticos para logra el consenso sobre el nombre que propone el Presidente. En la práctica puede señalarse que esta negociación es compleja y que, en diversas oportunidades, el nombre propuesto por el Presidente de la República ha sido rechazado por el Senado, obligando a la Corte Suprema a reemplazar el nombre rechazado de la quina por otro nuevo, determinando nuevamente el Presidente de la República un nuevo nombre de la quina o cinquena que deberá proponer al Senado habiendo búscado en el seno de este último el consenso necesario para el nombramiento, de lo contrario el procedimiento se repetirá tantas veces hasta que el Senado apruebe por la mayoría calificada ya señalada el nombre propuesto por el Presidente de la República.

10.3.5.3. Velar por la conducta ministerial de los jueces y demás empleados del Poder Judicial (artículo 32 N° 13)

En virtud de esta atribución, el Presidente de la República puede requerir a la Corte Suprema para que, si procede, declare el mal comportamiento del juez o empleado del Poder Judicial, o en su caso, requerir al Ministerio Público, para que reclame medidas disciplinarias del tribunal competente, o para que, si hubiere mérito bastante, entable la correspondiente acusación.

Con el objeto de poder cumplir con este mandato constitucional en forma adecuada y oportuna, la Ley Orgánica Constitucional N° 19.175, determina que corresponde al Intendente, en su calidad de representante del Presidente de la República en la región dar cuenta, en forma reservada, al Presidente de la República, para efecto de lo dispuesto en el N° 13 del artículo 32 de la Constitución Política de la República, de las faltas que notare en la conducta ministerial de los jueces y demás empleados del Poder Judicial.

10.3.6. Atribuciones del Presidente de la República respecto del nombramiento de miembros de otros órganos constitucionales

El artículo 32 N° 12 entrega la atribución al Presidente de la República para nombrar miembros del *Tribunal Constitucional*, que es un órgano jurisdiccional encargado de la defensa del orden constitucional, cuya integración y competencias están precisadas en el capítulo VIII de la Carta

Fundamental; como, asimismo, de nombrar al *Fiscal Nacional*, que es la máxima autoridad del órgano constitucional denominado *Ministerio Público*, regulado por el capítulo VII de la Constitución.

10.3.6.1. *Nombrar miembros del Tribunal Constitucional*

Para estos efectos debe armonizarse y concordarse el artículo 32 N° 12 con el artículo 92 de la Constitución que dispone la existencia del Tribunal Constitucional y su integración por diez miembros. Esta última disposición contempla que el Presidente de la República designa tres de sus miembros, de entre las personas que cumplan con los requisitos de tener a lo menos quince años de título de abogado, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, no tener impedimento que lo inhabilite para desempeñarse en el cargo de juez, los cuales están sometidos también a las normas de incompatibilidad e inhabilidades establecidas de los artículos 58 y 59, no pueden ejercer la profesión de abogado, incluyendo la judicatura o incurrir en las causales de cesación en el cargo previstas en los incisos segundo y tercero del artículo 60 de la Constitución.

Cabe explicitar que el Presidente de la República no tiene ningún control interorgánico o intraorgánico para realizar tales nombramientos disponiendo de plena discrecionalidad para ello.

10.3.6.2. *Nombrar al Fiscal Nacional del Ministerio Público*

La Constitución Política de la República estatuye el órgano autónomo denominado *Ministerio Público* encargado de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley, como determina el artículo 83 de la Constitución.

La autoridad superior de este órgano es el *Fiscal Nacional*, como determina el artículo 85 de la Carta Fundamental, el cual es designado por el Presidente de la República, a propuesta en quina de la Corte Suprema y con acuerdo del Senado adoptado por dos tercios de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto. Si el Senado no aprueba la

proposición del Presidente de la República, la Corte Suprema deberá completar la quina reemplazando el nombre rechazado por un nuevo nombre, repitiéndose el procedimiento hasta que se apruebe un nombramiento.

La misma disposición constitucional del artículo 85, en su inciso segundo, señala que el Fiscal Nacional deberá tener a lo menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio, durará ocho años en el ejercicio de sus funciones y no podrá ser designado para el período siguiente. Además de acuerdo al inciso final de la misma disposición constitucional, el Fiscal nacional cesa en sus funciones al cumplir setenta y cinco años de edad por aplicación del artículo 80 de la Constitución.

10.3.7. Otras atribuciones presidenciales no precisadas en el artículo 32 de la Constitución

En efecto, puede afirmarse que el artículo 32 de la Constitución no es exhaustivo ni taxativo, ya que pueden encontrarse otras atribuciones constitucionales del Presidente de la República que no señaladas en dicha disposición constitucional, entre ellas, las de requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto de cuestiones de constitucionalidad de reformas constitucionales; de leyes; de decretos con fuerza de ley; de autos acordados; de inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de parlamentarios; todo ello conforme a los diferentes numerales de artículo 93 de la Constitución. Constituye también una atribución constitucional del Presidente de la República presidir el Consejo de Seguridad Nacional, órgano constitucional regulado en el artículo 106 de la Constitución que tiene la función de asesorar al Presidente de la República en las materias vinculadas a la seguridad nacional. Asimismo, la atribución del Presidente de la República de dimitir del cargo, regulada en el artículo 53 N° 7 de la Constitución.