

LOS MODOS DE CREACIÓN DE NORMAS EN EL DERECHO CHILENO*

§ 1. INTRODUCCIÓN

a. El concepto de sistema jurídico.

Por “sistema” se entiende, de un modo muy genérico, el orden de un conjunto de elementos o conocimientos basado en la unidad de un principio o punto de vista. Aplicada al derecho, la noción de sistema ha tenido dos significados básicos, que desde la obra del eminente jurista austriaco, Hans Kelsen (1881-1973) se denominan como “sentido estático” y “sentido dinámico” del concepto de sistema jurídico. Por sistema jurídico en sentido estático se entiende el conjunto de reglas (o de proposiciones acerca de las reglas) que en su totalidad forman el derecho vigente en un lugar y en un momento dados, bajo el presupuesto que tal conjunto cumple con tres propiedades: la coherencia, la independencia y la completitud⁴. Ésta es la noción de sistema jurídico en que usualmente piensan los juristas cuando conciben al derecho como un “cuerpo” o “un todo armónico”.

La noción anterior de sistema jurídico se denomina “estática” porque considera al derecho como un conjunto de normas válidas o de enunciados acerca de las mismas, con entera independencia de las acciones de creación y aplicación de las mismas. Cuando, por el contrario, se pone el énfasis en el proceso de creación y aplicación del derecho, y se vinculan estos actos en un procedimiento de modo que formen a su vez un “orden”, se está en el ámbito del concepto de sistema jurídico en sentido dinámico.

Sólo el concepto de sistema jurídico en sentido dinámico puede proveer -al menos parcialmente- los criterios de identificación que requiere el razonamiento jurídico, para la justificación externa de las reglas jurídicas, como premisas del silogismo jurídico (supra, núm. 10). El concepto estático de sistema jurídico provee a la argumentación jurídica de muchos recursos importantes para la aplicación de las reglas jurídicas, en especial, para solucionar conflictos entre ellas, pero no permite identificar cuáles son las reglas jurídicas vigentes. El concepto de sistema jurídico en sentido estático simplemente se limita a presuponer la vigencia de un determinado conjunto de reglas.

Por contraste, el concepto dinámico de sistema jurídico da cuenta de un factor esencial para la comprensión de la peculiaridad del derecho moderno como un sistema normativo, cual es el hecho que el derecho regula su propia producción y uso. Es precisamente en esta regulación de la producción y el uso de las normas jurídicas donde se encuentran los criterios de identificación que permiten justificar la selección de tal o cual norma como premisa del razonamiento jurídico, en tanto regla de derecho vigente. Así por ejemplo, las reglas del sistema jurídico chileno que autorizan al Presidente de la República para dictar reglamentos, constituyen el criterio de validez de las normas jurídicas creadas por el Presidente en virtud de esa autorización, y justifican al menos parcialmente, su utilización por el juez o el jurista como premisas de su razonamiento.

* Este texto corresponde a una versión resumida de los materiales de estudio preparados por el Profesor Antonio Bascañán Rodríguez (capítulos 1, 2, 3, y 4), para el uso exclusivo de los alumnos del curso “Destrezas Forenses” de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. No distribuir ni circular fuera del curso.

Los sistemas jurídicos modernos son, pues, sistemas normativos institucionalizados, es decir, sistemas de reglas que cuentan con instituciones especiales que crean y aplican las reglas del propio sistema. Siguiendo una terminología introducida por el célebre filósofo del derecho inglés, H. L. A. Hart (1907-1992), la teoría jurídica analítica denomina reglas secundarias a este tipo de reglas que se refieren a la identificación, modificación y aplicación de las demás reglas del sistema (estas últimas, denominadas reglas primarias en la terminología de Hart)

Las consideraciones anteriores llevan a comprender el Derecho -en una primera aproximación- como un complejo de relaciones entre reglas y acciones, en el cual la validez de las reglas depende del acaecimiento de ciertas acciones, que han sido a su vez realizadas de conformidad con otras reglas. La secuencia completa de reglas y acciones, que va desde una regla cualquiera de comportamiento hasta su fundamento último de validez, puede ser entendida como una “cadena de validez”, conforme al siguiente esquema.

una norma individual



una norma general



una norma de la constitución actual

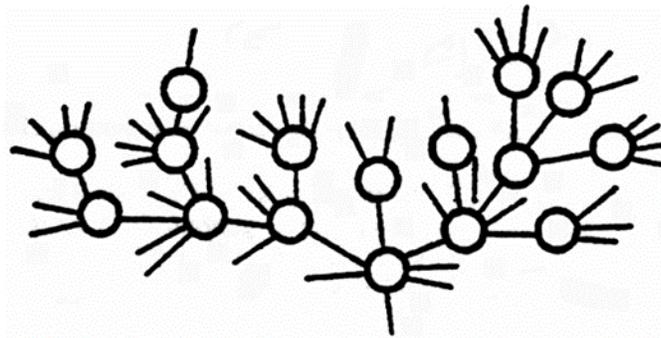


una norma de la primera constitución



la norma fundamental

El conjunto de todas las cadenas de validez que reconocen un mismo y único fundamento último de validez forman el sistema jurídico, el cual puede ser en consecuencia representado mediante el diagrama de una arborescencia:



Los teóricos kelsenianos prefieren utilizar el símil de una pirámide para representar gráficamente el sistema jurídico. Con ello se busca poner de manifiesto que el sistema jurídico tiene una estructura jerárquica (los escalones de la pirámide) y que todos los grados de la jerarquía del sistema jurídico se remontan a un mismo fundamento último de validez (la cúspide de la pirámide). La imagen de una pirámide como descripción metafórica del sistema jurídico presenta, sin embargo, varios problemas. La idea de una pirámide sugiere que todos los sistemas jurídicos tienen el mismo número de grados jerárquicos, o que una misma regla no puede autorizar al mismo tiempo la creación de reglas generales e individuales, o que las normas pertenecientes a todos los grados jerárquicos del sistema siempre pueden válidamente regular una misma materia en forma conjunta. Todas estas cuestiones son sin embargo contingentes, es decir, dependen de las reglas concretas de cada sistema jurídico.

Las ventajas de la arborescencia como modelo metafórico de representación del sistema jurídico es que no tiene las implicancias anteriores. El esquema de arborescencia es compatible con la diversidad de reglas jurídicas concretas relativas a las cuestiones que prejuzga el esquema de la pirámide.

El esquema de la arborescencia muestra además gráficamente en qué forma la teoría del sistema jurídico provee los criterios de justificación externa de las reglas jurídicas como premisas del razonamiento jurídico. La justificación externa de las reglas jurídicas se encuentra en la satisfacción de los criterios de validez del sistema, es decir, en el hecho que las reglas invocadas como premisas hayan sido creadas por actos previos, conforme a reglas preexistentes que confieren la facultad de crear reglas jurídicas.

El esquema de la arborescencia muestra sin embargo también los límites del concepto dinámico del sistema jurídico como un sistema de procedimientos de creación y aplicación de reglas conforme a reglas. Según este criterio, la validez jurídica se determina atendiendo a la satisfacción de las condiciones y requisitos de las reglas procedimentales por parte de quienes realizan los actos creadores de derecho. Pero es claro que la práctica argumentativa jurídica utiliza estándares prácticos que no pueden justificarse de ese modo. Tal es el caso de los principios de justicia política denominados también “principios jurídicos”.

b. El concepto de fuentes del derecho

Para referirse a las formas de creación de reglas jurídicas, la teoría jurídica utiliza tradicionalmente una noción metafórica, la de “fuentes del derecho”. En esta terminología, el derecho “fluye” de estas fuentes -tal como el agua de una vertiente-, se encuentra “contenido” en ellas -tal como el agua en un jarro-, o puede “extraerse” de ellas -tal como el agua de un pozo-. Esta es una metáfora que tiene una tradición muy larga en el pensamiento jurídico, pero cuyo significado sigue siendo impreciso.

La razón principal de esta imprecisión radica en que el término “fuente” es multívoco, es decir, tiene muchos significados distintos. En especial, cuando el uso del concepto tiene lugar en el contexto de una determinada teoría del Derecho, su significado cambia de acuerdo con los postulados fundamentales de cada teoría.

Una forma usual de enfrentar esta imprecisión consiste en distinguir entre los conceptos de “fuente material del derecho” y “fuente formal del derecho”. Con esta distinción se intenta diferenciar las causas que influyen en la generación del derecho (por ejemplo, intereses económicos o ideológicos: fuentes materiales) de los cauces por los cuales se genera el derecho (ley, costumbre: fuentes formales). Esta distinción ayuda en parte a mitigar la multivocidad del concepto “fuente del derecho”, pero no resulta aceptable en definitiva, porque el concepto de “fuente formal” es también equívoco.

Por “fuente formal” de la regla jurídica se entiende tanto el procedimiento de creación (formación) de la misma como la manera (forma) en que ella es expresada en el marco de la vida social. Cuando se dice, por ejemplo, que la ley es la fuente formal del derecho de mayor relevancia práctica en el sistema jurídico chileno se puede estar diciendo dos cosas distintas: (1) que la mayor y más importante cantidad de reglas jurídicas son creadas por actos de ciertos órganos del Estado mediante un cierto procedimiento, o bien, (2) que la mayor y más importante cantidad de reglas jurídicas se encuentran fijadas en ciertos textos, redactados en idioma español, que son proclamados “ley” y divulgados de una forma determinada. Así, la fuente formal en un sentido (acto creador), lo es de aquello que a su vez es fuente formal en otro sentido (modo de expresión) de la regla.

c. La creación de reglas jurídicas por parte del Estado

Para referirse a los agentes concretos que realizan los actos estatales creadores de reglas jurídicas, la teoría jurídica utiliza otra expresión metafórica, la de “órgano”. Etimológicamente considerada, la palabra “órgano” significa “instrumento” o “herramienta”, lo cual sugiere que el acto estatal es realizado por alguien en representación de otro agente, el Estado. Pero, tal como ya se ha visto, lo que en rigor se afirma mediante este confuso uso del lenguaje es que la atribución normativa se entiende conferida en razón del ejercicio de un cargo y que tal atribución constituye una potestad pública, con todas sus características distintivas. Los aspectos básicos a los cuales se refieren las reglas que confieren atribuciones a los órganos del Estado se encuentran recogidos en la siguiente oración, que constituye un principio básico del sistema jurídico chileno:

“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley” (Artículo 7° inc. primero Constitución Política de la República de Chile).

Conforme a este principio, la “validez” de las normas establecidas por el Estado, es decir, su carácter vinculante como normas de conducta para los ciudadanos y como premisa del razonamiento para el juez, depende del cumplimiento copulativo de tres requisitos básicos: la investidura regular, la competencia y las formas legales de actuación.

(a) Por “investidura regular” del integrante del órgano estatal se entiende el procedimiento de elección, nombramiento o designación de una persona para ocupar un determinado cargo, así como la aceptación de éste y su asunción del cargo o instalación en el mismo.

(b) El concepto de competencia es sin duda el más importante y el más difícil de definir de los tres requisitos. De un modo muy genérico, podemos decir que por “competencia” se entiende el alcance de las atribuciones conferidas a un determinado órgano. El discurso jurídico manifiesta este sentido del término mediante las expresiones metafóricas “ámbito” o “esfera” de competencia, queriendo con ello dar la imagen de un espacio dentro del cual el órgano actúa válidamente. La forma usual de concretar o delimitar las competencias normativas es mediante el concepto de “materia de regulación”, es decir, refiriéndose a una determinada clase o categoría de acciones o actividades humanas, cuya regulación constituye el objeto de la potestad normativa atribuida a un determinado órgano. Así por ejemplo, en Chile el Banco Central es el órgano estatal facultado para dictar normas sobre cambios internacionales, esta última es una “materia de regulación” de su “competencia”.

(c) La forma legal de actuación del órgano del Estado corresponde por lo general a un procedimiento preestablecido, que permite identificar a la norma jurídica válida como su resultado. Los procedimientos previstos por el sistema jurídico chileno son muchos y muy variados; su estructura y su mayor o menor grado de complejidad depende de la naturaleza de la discusión y acuerdo o resolución que dan origen a la norma en cuestión, así como de la importancia de ésta para el ordenamiento jurídico.

Atendiendo a los órganos competentes, al ámbito de competencia y al procedimiento preestablecido para el ejercicio de la potestad normativa, es posible distinguir en el sistema jurídico chileno cinco grandes categorías de potestades normativas -la constituyente, la legislativa, la administrativa y las potestades sui generis o de ejercicio autónomo- a las cuales se agrega la potestad jurisdiccional, de dudosa condición como potestad normativa. El siguiente cuadro ofrece una sinopsis de las potestades normativas públicas en el ordenamiento jurídico chileno, exponiendo cuáles son los órganos que las ejercen y qué denominación reciben los textos autoritativos que consagran las normas jurídicas creadas en virtud del ejercicio de dicha potestad.

POTESTADES	ÓRGANOS	TEXTOS AUTORITATIVOS
Constituyente	Cámara de Diputados y Senado Congreso Pleno Presidente de la República	Constitución Leyes de Reforma Constitucional
Legislativa	Cámara de Diputados y Senado Presidente de la República	Leyes
	Presidente de la República	Decretos con Fuerza de Ley
	Presidente de la República Congreso Nacional	Tratados Internacionales ³¹ (*)
Normativa Administrativa	Presidente de la República	Decretos Supremos, Reglamentos
	Demás órganos de la Administración Pública	Decretos, instrucciones, circulares.
Otras potestades normativas de órganos autónomos del Estado.	Banco Central	Acuerdos
	Consejo Nacional de Televisión	Acuerdos
	Municipalidades	Ordenanzas, reglamentos.
	Órganos Autónomos	Reglamentos Internos
	Tribunales Superiores de Justicia	Autos Acordados
Potestad Jurisdiccional	Tribunales de Justicia	Resoluciones (Precedentes)

§ 2. LA POTESTAD CONSTITUYENTE.

1. Introducción.

a. El concepto de potestad constituyente.

Por “potestad constituyente” se entiende la atribución de establecer normas constitucionales, es decir, normas jurídicas detentadoras del máximo rango jerárquico dentro del sistema jurídico estatal (es decir, nacional o interno, por oposición al sistema jurídico internacional).

Detrás de definición aparentemente tan simple se encuentra un intrincado problema teórico. Si la atribución de establecer normas constitucionales es una auténtica potestad, entonces ella se encuentra a su vez regulada por otras normas. Estas últimas tienen que ser necesariamente normas constitucionales, es decir, normas establecidas en virtud del ejercicio de la potestad constituyente. Pero esto nos remite a su vez a normas constitucionales preestablecidas, y así indefinidamente.

La solución tradicional de la teoría política para este problema consiste en distinguir entre la potestad constituyente en sentido estricto o propio, también denominada potestad constituyente originaria, y las potestades constituidas, dentro de las cuales estaría la potestad de modificar la Constitución, o potestad constituyente en sentido impropio, también denominada potestad constituyente derivada. La diferencia estaría en que la potestad de reformar la Constitución es una potestad constituida, una atribución conferida por reglas y cuyo ejercicio también está reglamentado, de modo que se puede retrotraer hasta la primera Constitución histórica; en cambio, la potestad constituyente sería un poder normativo no sujeto a reglas preestablecidas, ya que es en virtud de su ejercicio que se establece la primera Constitución histórica: por eso sería una “potestad originaria”. Según las teorías surgidas durante la revolución francesa, esta potestad constituyente originaria correspondería al pueblo, o a la nación, o a la asamblea de sus representantes.

2. Marco regulatorio del ejercicio de la potestad constituyente.

Las reglas fundamentales sobre el ejercicio de la potestad constituyente se encuentran en la propia Constitución: el Capítulo XIV -el último- de la Constitución contiene las reglas sobre “Reforma de la Constitución” (Arts. 127 a 129).

El Art. 127 inciso tercero C.Pol. se remite a las reglas del procedimiento establecido por la Constitución para la formación de las leyes como regulación supletoria, es decir, aplicable en todas aquellas materias no previstas por las reglas del Capítulo XIV4.

Por su parte, el Art. 128 inciso final C.Pol. se remite a la LOC del Congreso Nacional (18.918) para la regulación de los aspectos relativos a los vetos de los proyectos de reforma y a su tramitación ante el Congreso.

Finalmente, el funcionamiento interno de las Cámaras es regulado por el Reglamento de cada Cámara, establecido por ellas en virtud de la potestad otorgada por la propia LOC 18.918 (Art. 4º) y reconocida por la Constitución (Art. 53 inciso segundo).

3. Órganos competentes.

Los órganos del Estado llamados a intervenir en el procedimiento de reforma de la Constitución son los mismos órganos que intervienen en el procedimiento de formación de la ley, esto es, la Cámara de Diputados, el Senado y el Presidente de la República (Arts. 127 y ss. C.Pol.)⁵.

Eventualmente, puede darse el caso que la ciudadanía intervenga directamente en el procedimiento de reforma de la Constitución, manifestando su voluntad a través de un plebiscito convocado por el Presidente de la República (Arts. 128, 129 C.Pol.). Esta es una diferencia central respecto del procedimiento de formación de la ley: el plebiscito sólo se encuentra contemplado por la Constitución tratándose de las leyes de reforma constitucional.

4. Ámbito de competencia.

A diferencia de todas las demás potestades normativas del Estado, la potestad constituyente no recibe de su marco regulatorio una determinación de su ámbito de competencia. El Art. 127 C.Pol. simplemente se refiere a los “proyectos de reforma de la Constitución” como los actos sometidos al procedimiento especial regulado en el Capítulo XIV de la Constitución.

No obstante, es evidente que por “reforma” cabe entender al menos la modificación y la abrogación (derogación expresa) de las normas constitucionales actualmente vigentes. Por lo mismo, parece fuera de duda que también la creación de nuevas normas constitucionales sólo puede ser efectuada válidamente en ejercicio de la potestad constituyente. Puesto que hoy en día todas las normas constitucionales pertenecen a un mismo texto autoritativo –“la Constitución Política de la República de Chile”-, desde un punto de vista pragmático, lo anterior significa que cualquier alteración de este texto debe efectuarse mediante el ejercicio de la potestad constituyente. Éste es el ámbito de competencia necesario de la potestad constituyente.

5. Procedimiento.

El ejercicio de la potestad constituyente se realiza conforme a reglas que establecen un procedimiento cuya estructura está inspirada en el procedimiento establecido para el ejercicio de la potestad legislativa, aunque estableciendo ciertos requisitos especiales.

La iniciativa corresponde tanto al Presidente de la República como a cualquier diputado o senador, con las limitaciones generales establecidas en el Art. 65 C.Pol. en razón del número de patrocinantes de la moción, y de iniciativa exclusiva presidencial (Art. 127 inciso primero C.Pol.).

Las reglas generales sobre origen de la moción o mensaje son aplicables sin excepciones a la iniciación de un proyecto de reforma constitucional (Art. 127 inciso primero C.Pol.; Art. 12 LOC 18.918).

1 El proyecto de reforma constitucional debe ser presentado separadamente de cualquier proyecto de ley. En caso contrario, será declarado inadmisibile (Art. 15 LOC 18.918).

2 La aprobación de un proyecto de reforma de la Constitución requiere, tal como la aprobación de un proyecto de ley, el voto conforme tanto de la Cámara de origen como de la Cámara revisora. Sin embargo, tratándose de la aprobación de leyes de reforma constitucional se requiere satisfacer un quórum más exigentes (Art. 127 inciso segundo C.Pol.):

a) si la reforma recae en los Capítulos I (Bases de la institucionalidad), III (Derechos y deberes constitucionales), VII (Tribunal Constitucional), X (Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública), XI (Consejo de Seguridad Nacional), o XIV (Reforma de la Constitución), necesitará en cada Cámara la aprobación por el voto conforme de las dos terceras partes de sus miembros en ejercicio;

b) las demás reformas constitucionales deben ser aprobadas por el voto conforme de las tres quintas partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara.

La exigencia de un quórum superior a la mayoría de los representantes del pueblo en el Congreso representa un arreglo institucional contramayoritario, y en tal carácter se encuentra en tensión con el principio de la mayoría (Art. 4° C.Po.l). Un arreglo contramayoritario privilegia la posición de la minoría, otorgándole un poder de control de la decisión política que no puede legitimarse conforme al principio democrático.

Una vez aprobado el proyecto de reforma por ambas Cámaras, es enviado al Presidente de la República, quien puede rechazarlo totalmente, observarlo parcialmente o aprobarlo (Art. 128 C.Pol.).

El proyecto rechazado por el Presidente es enviado al Congreso, para permitir a cada Cámara la aprobación del voto de insistencia, sujetándose su tramitación a reglas diversas, según si el rechazo presidencial fue total o parcial (Art. 128 incisos segundo y tercero C.Pol., Arts. 33 inciso segundo, 34 y 35 LOC 18.918). En caso de rechazo parcial, antes de votarse la insistencia, se vota la aprobación o rechazo, y en este último caso se vota la insistencia.

El voto de insistencia requiere la conformidad de las dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara (Art. 128 inciso cuarto C.Pol.). Si no se logra este quórum, no hay reforma constitucional en todo o en la parte en que existe discrepancia entre el Congreso y el Presidente. Lográndose dicho quórum, el Presidente queda obligado a promulgar el proyecto, salvo que decida convocar a plebiscito (Art. 128 inciso cuarto C.Pol.).

La convocatoria a plebiscito debe efectuarse dentro de treinta días a contar de la insistencia del Congreso. Transcurrido ese plazo sin que haya convocatoria, debe ser promulgado el proyecto aprobado por el Congreso. La convocatoria a plebiscito se ordena mediante decreto supremo, el cual debe fijar la fecha de la votación -no antes de treinta días ni después de sesenta días contados desde la publicación del decreto- y contener los textos sometidos a plebiscito (Art. 129 inciso primero C.Pol.).

Si se trata de la insistencia frente a un rechazo total del Presidente, el decreto debe contener el texto aprobado por el Congreso. Si se trata de la insistencia frente a observaciones parciales, el decreto debe contener cada una de las cuestiones insistidas por el Congreso, y someterlas separadamente a votación (Art. 129 inciso segundo C.Pol.).

Tratándose de la insistencia frente a vetos parciales del Presidente, se suscita la duda de si la ciudadanía debe optar entre el proyecto del Congreso y el proyecto del Presidente, o si la cuestión sometida a consulta consiste simplemente en la aprobación o rechazo del proyecto del Congreso. La segunda alternativa es la correcta. La regla constitucional ordena publicar solamente “las cuestiones del proyecto en las que el Congreso haya insistido” (Art. 129 inciso segundo C.Pol.). El plebiscito no tiene por finalidad imponer la voluntad del Presidente sobre la del Congreso, sino solamente otorgar al Presidente una alternativa a la obligación de someterse a la decisión del Congreso. El resultado del plebiscito, ratificado por el Tribunal Calificador de Elecciones, determina el texto del proyecto de reforma constitucional, el cual debe ser promulgado por el Presidente dentro de los cinco días siguientes a la comunicación del Tribunal Calificador (Art. 129 inciso tercero C.Pol.).

§ 3. LA POTESTAD LEGISLATIVA.

1.- Precisiones conceptuales.

a.- El concepto de ley.

La definición de Portalis, con su connotación voluntarista, es una antecesora de la definición legal de “ley” que existe en el sistema jurídico chileno, consagrada en el Artículo 1° del Código Civil, que es del siguiente tenor:

“La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.”

Esta definición legal del concepto de ley se puede descomponer en los siguientes elementos:

- a) la ley es una declaración de la voluntad soberana: conforme a esta definición, existirían otras declaraciones de la voluntad soberana, además de la ley;
- b) la ley es una declaración de la voluntad soberana: conforme a esta definición, no existen leyes tácitas o implícitas en el sistema jurídico chileno, cuyo descubrimiento y formulación paulatina sea tarea del pensamiento de juristas y jueces; las leyes son siempre el resultado de un acto de voluntad de un grupo de personas, cuyo sentido normativo es explicitado;
- c) la ley es una declaración de la voluntad soberana: la ley es expresión del de la voluntad normativa del soberano del sistema jurídico, que en el caso del derecho chileno correspondería a la actuación coincidente del Congreso Nacional y el Presidente de la República⁶;
- d) la ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prescrita por la Constitución: el ejercicio de la potestad legislativa debe ser efectuado conforme a las reglas constitucionales; estas reglas se refieren como mínimo (a) a los órganos competentes, (b) al ámbito material de competencia, y (c) al procedimiento.
- e) la ley es una declaración de la voluntad soberana que manda, prohíbe o permite: esta clasificación tripartita de los posibles alcances de la ley tiene raíces remotas, pero no es una característica exclusiva de la ley -declaración de la voluntad soberana- sino de cualquier precepto de conducta. Por otra parte, cabe observar que la ley puede producir otro efecto que mandar, prohibir o permitir, como es el de definir palabras, o el de derogar otras normas.

La definición de ley del Código Civil corresponde a una concepción voluntarista y jurídico- política, en los términos de Portalis. Es además una definición abierta o incompleta, pues ella se remite a las reglas constitucionales para identificar aquella declaración de la voluntad soberana que corresponde designar con el término ‘ley’.

b. El concepto de legislación.

El concepto de legislación es utilizado en diversos sentidos, que podemos calificar como amplísimo, amplio y estricto.

En sentido amplísimo, se entiende por legislación todas las normas jurídicas establecidas mediante actos declarativos de voluntad conforme a un procedimiento preestablecido y que reciben una formulación expresa y en lo posible exhaustiva, siendo por lo general fijadas en un texto autoritativo (formulación escriturada).

En sentido amplio se entiende por legislación todas las normas jurídicas que cumplan con las propiedades anteriores, y además con el hecho de haber sido establecidas por órganos estatales en ejercicio de potestades normativas públicas, con exclusión de los actos de adjudicación, es decir, de los actos realizados en ejercicio de la potestad jurisdiccional (resoluciones judiciales) o de las normas deducibles de tales actos (precedentes judiciales).

En sentido estricto, se entiende por legislación todas las normas jurídicas que cumplan con las propiedades anteriores, y además con la de haber sido establecidas sólo por determinados órganos del Estado, en el ejercicio de una determinada potestad normativa pública, conforme a un determinado procedimiento. La legislación en este sentido estricto se distingue de la Constitución y de los reglamentos; o, en otras palabras, la potestad legislativa en sentido estricto es opuesta a la potestad constituyente y a la potestad normativa administrativa o -en la terminología clásica- al poder ejecutivo.

El concepto de legislación aquí expuesto es un concepto formal, ya que utiliza como criterios definitorios una referencia al órgano y al procedimiento de establecimiento de la norma jurídica, sin referirse a su contenido. Pero también existe un concepto material de legislación como norma obligatoria de carácter general, abstracto y permanente, establecida en ejercicio de una potestad normativa pública. Conforme a este concepto, el rasgo esencial de la legislación - además de su distinción frente a las resoluciones jurisdiccionales- es la generalidad de su contenido, la inespecificidad de sus destinatarios y la permanencia de sus efectos.

El concepto material de ley tiene relevancia en el sistema jurídico chileno. Este concepto que corresponde a un ideal político-jurídico de la Constitución de 1980, la cual manifiesta la preocupación de diferenciar la actividad legislativa de las actividades gubernativa y administrativa. Aun así, el concepto material de ley no es sostenible como definición general, ya que algunas reglas constitucionales expresamente confieren el carácter de 'ley' a normas jurídicas de alcance particular, como lo son aquellas que conceden honores públicos a distintas personas (Art, 63 N° 5 C.Pol.). Asimismo, en el sistema jurídico chileno la mayor o menor duración de la vigencia de una norma jurídica no altera ni confiere el carácter de legislación.

c. Legislación, leyes y normas con fuerza de ley.

En el sistema jurídico chileno, la forma usual de manifestación de la legislación es la ley, es decir, el acto normativo realizado (o la norma jurídica establecida) en conjunto por el Congreso y el Presidente de la República, actuando conforme a las reglas del así denominado 'procedimiento de formación de

la ley'. Ésta es, en sentido propio y estricto, aquella forma constitucional de manifestación de la voluntad soberana a que el art. 1º del Código Civil alude con su definición de ley.

En el sistema jurídico chileno existen además otras dos formas especiales de manifestación de la legislación, que tienen en principio el mismo rango jerárquico que la ley, y que por lo mismo se dice que tienen 'fuerza de ley'. Ésta es una expresión metafórica para indicar dos consecuencias: (1) que estas formas especiales de legislación pueden válidamente modificar o derogar leyes, y (2) que las normas establecidas mediante estas formas especiales de legislación sólo pueden válidamente ser modificadas o derogadas por ellas mismas o por leyes. Tal es, en primer término, el así denominado "decreto con fuerza de ley", que en lo esencial consiste en un acto normativo del Presidente de la República realizado en virtud de una delegación de la potestad legislativa conferida mediante una ley en sentido estricto, denominada "ley delegatoria". En segundo lugar, tienen también -al menos- este rango los tratados internacionales, que se sujetan a un procedimiento especial de negociación internacional y ratificación realizadas por el Presidente de la República, además de su aprobación por el Congreso Nacional.

Finalmente, es necesario examinar otro modo de creación de normas jurídicas consideradas como parte integrante de la legislación actualmente vigente, denominado en nuestro medio como 'decretos leyes'. Ésta no es una forma de establecimiento de normas legislativas que sea actualmente válida, sino que ha sido practicada en Chile en ciertos períodos excepcionales.

d. Concepto de potestad legislativa.

De lo expuesto anteriormente se deduce que el concepto de potestad legislativa puede ser usado en un sentido estricto o amplio. Por potestad legislativa en sentido estricto debe entenderse la potestad de establecer leyes en sentido estricto, y, en sentido amplio, la potestad de establecer normas con rango o fuerza de ley.

Salvo por el caso de los decretos leyes, en el sistema jurídico chileno el ejercicio de la potestad legislativa se caracteriza por ser siempre imprescindible la intervención del Congreso Nacional en alguna etapa para la validez de las normas jurídicas establecidas en su ejercicio.

2. La Ley.

a. 'Ley' como precepto y como texto autoritativo.

Aun en su sentido más estricto, el concepto de ley sigue siendo ambiguo, pues se aplica por igual tanto a cada precepto jurídico establecido por el Congreso y el Presidente en ejercicio de la potestad legislativa, como asimismo al texto autoritativo que contiene uno o más de esos preceptos y que existe como una unidad identificable con independencia de otros textos autoritativos.

El uso corriente del término 'ley' corresponde al segundo sentido arriba apuntado. Así por ejemplo, en el sistema jurídico chileno existe un registro de leyes, conforme al cual cada ley recibe un número correlativo⁹. En este registro, lo enumerado no es cada uno de los preceptos aprobados en ejercicio

de la potestad legislativa, sino determinados textos autoritativos, compuestos de un número variable de preceptos.

No obstante, en varios contextos de análisis el uso correcto del término ley corresponde al primer sentido expuesto, es decir, en el sentido de precepto jurídico. Así por ejemplo, cuando la Constitución exige que determinadas materias sean reguladas por una 'ley orgánica constitucional' o una 'ley de quórum calificado', no exige que se apruebe un solo y único texto autoritativo cumpliendo con determinadas características, sino que exige que los preceptos que regulen tal materia deben ser establecidos cumpliendo con determinados requisitos, cualquiera sea el texto autoritativo del cual ellos en definitiva formen parte.

b. Clases de leyes.

Conforme a la actual Constitución, el Derecho chileno conoce cuatro clases de leyes en sentido estricto: (a) las leyes interpretativas de la Constitución, (b) las leyes orgánicas constitucionales, (c) las leyes de quórum calificado y (d) las leyes ordinarias.

Tal como recién se hizo ver, estas denominaciones son usadas corrientemente para designar ciertos textos autoritativos. Así, se habla de la 'Ley 19.198, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional', refiriéndose con ello al conjunto de todos los preceptos incluidos en un texto determinado, aprobado en cumplimiento de reglas especiales y promulgado como 'ley orgánica'. Sin embargo, como también se observó, la categoría constitucional de 'orgánica constitucional', 'de quórum calificado' y 'ordinaria' no se refiere al texto autoritativo en su totalidad, sino a cada precepto legal y a su correspondiente disposición o disposiciones en el texto. En rigor, no existen 'leyes orgánicas constitucionales' -en el sentido usual del término-, sino únicamente "preceptos legales orgánicos constitucionales". Por esto, una ley-texto orgánica constitucional puede también contener leyes- preceptos ordinarias, y, a la inversa, una ley-texto común puede contener leyes-preceptos orgánicos constitucionales. En uno y otro caso, es la aprobación de cada ley-precepto orgánico constitucional lo que debe satisfacer las exigencias procedimentales especiales.

(a) Las leyes interpretativas de la Constitución son normas legales establecidas en ejercicio de la potestad legislativa con el fin de declarar como generalmente obligatoria una determinada interpretación de una o más normas constitucionales.

e trata en consecuencia de normas doblemente anómalas. En primer lugar, por ser una ley interpretativa, es decir, por tener como objetivo fijar la interpretación de otras disposiciones en vez de perseguir el objetivo usual de las normas jurídicas, que es el de regular comportamientos humanos. En segundo lugar, por interpretar el sentido de una norma de rango jerárquico superior. Como se ha dicho, una de las diferencias más importantes entre la potestad constituyente y la potestad legislativa radica en las exigencias más estrictas del procedimiento establecido para el ejercicio de la primera. Mediante la aprobación de leyes interpretativas de la Constitución se fija válidamente el sentido de normas constitucionales sin satisfacer esas exigencias.

Por sus características tan particulares, el establecimiento de las leyes interpretativas de la Constitución se encuentra sujeto a dos reglas especiales: (1) la exigencia de un quórum estricto de aprobación, correspondiente a los 3/5 de los diputados o senadores en ejercicio (Art. 66 inciso primero C.Pol.)¹¹,

y (2) la exigencia de un trámite adicional, entre su sanción y su promulgación, consistente en el control preventivo de su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional (Art. 93 N° 1 C.Pol.).

(b) Las leyes orgánicas constitucionales son normas legales que por expreso mandato de la Constitución deben regular ciertas materias cumpliendo el papel de complementar la regulación constitucional.

El establecimiento de las leyes orgánicas constitucionales se encuentra sujeto a dos requisitos particulares: (1) la exigencia de un quórum especial, correspondiente a los 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio (Art. 66 inciso segundo C.Pol.), y (2) el trámite adicional de control previo de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional (Art. 93 N° 1 C.Pol.).

Varios son los mandatos de regulación por ley orgánica constitucional consagrados en la Constitución. Estos mandatos establecen que tal o cual aspecto de la vida social debe ser regulado de esta forma especial, pero no delimitan con precisión el ámbito de competencia material de cada regulación. Así por ejemplo, la Constitución ordena que una ley orgánica constitucional deberá “establecer los requisitos mínimos” de la enseñanza básica y media, “señalar las normas objetivas, de general aplicación” para que el Estado pueda velar por el cumplimiento de los requisitos mínimos, y “establecer los requisitos” para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales (Art. 19 N° 11, inciso final C.Pol.). Éstas son todas fórmulas generales que no permiten determinar con precisión, para cada regla legal relativa al sistema de enseñanza, si esa regla ha de ser orgánica constitucional u ordinaria.

Para resolver el problema recién expuesto, el Tribunal Constitucional desarrolló ya en su jurisprudencia temprana una tesis que elude las dos posturas extremas. Por una parte, sostiene que corresponde que sea regulado por ley orgánica no sólo el “contenido imprescindible” de cada materia señalada por la Constitución, sino también los “elementos complementarios indispensables” de la misma, formado por todos los elementos que deben entenderse lógicamente incorporados en su regulación¹³. Pero por otra parte insiste en que la interpretación anterior no debe llevar a extender excesivamente el ámbito de competencia de la ley orgánica constitucional, lo cual privaría al sistema jurídico de “una equilibrada y conveniente flexibilidad”, en razón del alto quórum que exige la aprobación de las leyes orgánicas constitucionales.

No es, sin embargo, una cuestión de “flexibilidad” lo que se encuentra comprometido en la mayor o determinación del alcance del mandato de regulación por ley orgánica constitucional. La calificación de una materia como objeto de ley orgánica constitucional implica exigir para su regulación una aprobación contramayoritaria. Luego, lo que se encuentra comprometido es la vigencia del principio democrático en la práctica legislativa. En su jurisprudencia sobre la delimitación del ámbito propio de las leyes orgánicas constitucionales el Tribunal Constitucional nunca ha reparado en la tensión existente entre esta institución y el principio democrático. Esto ha llevado al Tribunal a expandir generosamente el ámbito reservado a dichas leyes, muy especialmente el de la ley de bases generales de la administración del Estado (C.Pol., art. 38) y el de la ley de organización de los tribunales de justicia (C.Pol., art. 77).

En todo caso, es claro que el parámetro que permite reconocer la calidad de ‘ley orgánica constitucional’ de un determinado precepto legal es el mandato constitucional y no la pertenencia a un texto autoritativo denominado ‘Ley Orgánica Constitucional’. De aquí la práctica del Tribunal Constitucional, de dejar constancia que ciertos preceptos legales incluidos en textos autoritativos aprobados como Leyes Orgánicas Constitucionales no tienen tal carácter.

(c) Las leyes de quórum calificado son, como su nombre lo indica, normas legales cuya aprobación por ambas cámaras del Congreso requiere por mandato constitucional la satisfacción de un quórum especial, correspondiente a la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio (Art. 66 inciso tercero C.Pol.).

Los mandatos de regulación por ley de quórum calificado consagrados en la Constitución también son varios. Lo dicho respecto de la indeterminación de los mandatos de regulación por leyes orgánicas constitucionales (supra, núm. 31) es asimismo aplicable a estos preceptos.

(d) Finalmente, las leyes ordinarias o comunes son todas las demás normas legales establecidas en ejercicio de la potestad legislativa con sujeción a las reglas generales del procedimiento legislativo.

Las leyes ordinarias exigen para su aprobación la mayoría de los miembros presentes en la sesión (Art. 66 inciso final C.Pol.), siendo el quórum para sesionar válidamente de 1/3 de los miembros en ejercicio (Art. 56 C.Pol.).

Es importante tener presente que la distinción entre leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado y leyes ordinarias no supone el reconocimiento de tres potestades normativas diversas. Aunque tengan denominaciones particulares, las leyes orgánicas constitucionales y las leyes de quórum calificado son reglas establecidas en ejercicio de la misma potestad que las leyes ordinarias, esto es, son todas leyes por igual. Ellas se diferencian entre sí en razón de los requisitos procedimentales para su aprobación. Pero esto no significa que las leyes reforzadas tengan un rango jerárquico superior que la ley ordinaria.

Distinto es el caso de la ley interpretativa de la Constitución. Pues en este caso, si bien se ejerce la potestad legislativa, sus efectos son más bien propios de la potestad constituyente. Aquí hay un caso de “interpretación auténtica” de una disposición, es decir, interpretación generalmente obligatoria por ser el intérprete a la vez el autor de la disposición interpretada. Sin embargo, la interpretación ha sido establecida mediante un procedimiento diverso del procedimiento seguido en el establecimiento de la disposición interpretada. De aquí que se pueda sostener que, según cuál sea la perspectiva desde la cual se las analice, las leyes interpretativas de la Constitución pueden tener distinto rango jerárquico. Analizadas en relación con la disposición constitucional interpretada, tienen un rango inferior, como es el legal (supra, núm. 27). Analizadas en relación con el resto de las normas de rango legal del sistema jurídico, tienen un rango jerárquico superior, pues se entienden formar parte de la norma correspondiente a la disposición constitucional interpretada.

Marco de regulación del ejercicio de la potestad legislativa (en sentido estricto).

Las reglas fundamentales relativas al ejercicio de la potestad legislativa se encuentran en la Constitución (Arts. 32 N° 1, 46, 54 a 56, y 63 a 75). Además de estas reglas, la Constitución se remite a la ley orgánica constitucional relativa al Congreso para la regulación de “todo lo relacionado con la tramitación interna de la ley” (Art. 74 inciso segundo C.Pol.). Esta regulación se encuentra en la LOC 18.918, del Congreso Nacional, la cual contiene normas generales (Arts. 1° a 11), normas básicas de la tramitación interna de los proyectos de ley (Arts. 12 a 31) y reglas relativas a la tramitación de las observaciones o vetos del Presidente de la República a los proyectos de ley (Arts. 32, 35 y 36). Finalmente, la Constitución (Art. 53 inciso segundo) y la LOC 18.918 (Art. 4°) facultan a cada Cámara para establecer normas reglamentarias relativas a su funcionamiento interno.

c. Órganos competentes.

Los órganos competentes para ejercer la potestad legislativa son, en primer lugar, las dos ramas de Congreso, es decir, la Cámara de Diputados y el Senado (Art. 46 C.Pol.). La Cámara de Diputados es un órgano integrado por 120 miembros elegidos por votación directa, que duran cuatro años en su cargo (Art. 47 C.Pol.). El Senado es un órgano compuesto por una pluralidad de miembros, cuyo número es determinado por ley orgánica constitucional atendiendo a la división del territorio nacional en regiones; sus miembros son elegidos por votación directa, duran ocho años en el cargo y se renuevan alternadamente cada cuatro años (Art. 49 C.Pol.).

Cualquier actuación de la Cámara de Diputados o del Senado requiere siempre como quórum mínimo la concurrencia de la tercera parte de sus miembros en ejercicio (Art. 56 C.Pol.). Este es el quórum de sesión de las Cámaras, en relación a cual se aplica la regla de mayoría.

Junto con las dos ramas del Congreso, interviene como colegislador el Presidente de la República (Art. 32 N° 1 C.Pol.), es decir, el ciudadano mayor de treinta y cinco años de edad elegido por votación directa para ejercer dicho cargo por un período de cuatro años (Art. 25 C.Pol.), que tiene a su cargo el gobierno y la administración del Estado y que es además el Jefe de Estado (Art. 24 C.Pol.).

En el procedimiento legislativo, la ciudadanía no interviene, ni siquiera eventualmente, para aprobar o rechazar un proyecto de ley. A diferencia del procedimiento de reforma de la Constitución el procedimiento de formación de la ley no prevé la posibilidad de convocar a un plebiscito para resolver las discrepancias entre el Congreso y el Presidente de la República.

d. Ámbito de competencia.

La regulación del ámbito de competencia de la potestad legislativa es la más extensa y compleja de la Constitución. Su Art. 63 señala -directa e indirectamente- en sus 20 numerandos cuáles son las ‘materias de ley’, es decir, los aspectos de la vida social que han de ser regulados por normas legales, o bien el tipo de normas que han de ser establecidas o derogadas en ejercicio de la potestad legislativa.

(a) Las materias de ley directamente señaladas en el Art. 63 C.Pol. corresponden a sus numerandos 3° a 13 y 15 a 19. En general, se trata de menciones que permiten identificar ámbitos más o menos precisos de regulación. Una excepción a lo anterior se encuentra sin embargo en el numerando 3°, conforme al cual son “materias de ley”:

“Las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra”.

El hecho de ser ‘objeto de codificación’ no es una propiedad relacionada con el contenido de la norma, sino con la forma de su establecimiento, es decir, en textos autoritativos relativamente exhaustivos (‘códigos’), que en lo que respecta a su posible extensión son indeterminados. Por otra parte, además de las reglas incorporadas a los ‘códigos’, existen innumerables reglas sobre las mismas materias incorporadas a otros textos autoritativos, que temáticamente pertenecen a esta ‘materia de ley’²¹, y que también son susceptibles de ampliación indefinida. Finalmente, nada impide la creación de nuevos códigos (como lo han sido el Código del Trabajo, el Código Tributario o el Código de Minería). Por

estas razones, se puede sostener que el numerando 3° del Art. 63 no establece un límite preciso al ejercicio de la potestad legislativa.

(b) Las materias de ley indirectamente mencionadas en el Art. 63 corresponden a los numerandos 1° (“las que en virtud de la Constitución deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales”), 2° (“las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley”) y 14 (“las demás que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República”). La imprecisión de las reglas constitucionales que mencionan el primer grupo de materias de ley ya ha sido expuesta (supra, núm. 31); la precisión de las disposiciones constitucionales correspondientes al segundo y tercer grupo de materias no es mayor. Lo más notable de las materias indirectamente mencionadas en el Art. 63 es sin embargo su enorme número: aparte de los mandatos de regulación por leyes reforzadas, la Constitución señala numerosas materias como de iniciativa exclusiva del Presidente de la República y menciona a lo largo de su articulado en casi cien oportunidades a la ley como marco regulatorio de ciertas materias. Mediante esta técnica de remisiones, el Art. 63 aumenta, en consecuencia, de veinte a más de cien -es decir, más que quintuplica- el número de materias de ley.

(c) El numerando 20 del Art. 63 C.Pol. cierra el catálogo de materias de ley, señalando como tal:

“Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”.

Esta disposición transforma la enumeración de materias de ley del Art. 63 C.Pol., que a primera vista tendría un carácter taxativo, en una lista abierta, pues ella manifiestamente prescinde de una delimitación del ámbito de competencia en razón del objeto de regulación. Los elementos delimitadores contemplados en esta regla se refieren a propiedades de la norma jurídica - generalidad y carácter fundamental- que son por completo independientes de cuál sea la materia regulada.

En consecuencia, tomando en consideración los numerandos 3°, 4° y 20 del Art. 63 C.Pol., puede sostenerse que los límites constitucionales del ámbito de competencia de la potestad legislativa son tan imprecisos que las consecuencias jurídicas de la distribución de competencias intentada por la Constitución entre ésta y la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República resultan escasamente operativas.

e. Procedimiento.

El procedimiento de formación de la ley es el principal procedimiento para el establecimiento de normas jurídicas por parte de varios órganos del Estado, actuando conjuntamente. De aquí que él sirva también como marco de referencia para el establecimiento de otras normas jurídicas, distintas de la ley en sentido estricto, como las leyes de reforma constitucional o los tratados internacionales. Tradicionalmente se distingue seis etapas en el procedimiento de formación de la ley: la iniciativa, la discusión, la aprobación, la sanción, la promulgación y la publicación.

(a) *Iniciativa.*

La etapa inicial del procedimiento de formación de la ley se extiende desde que es ingresado un proyecto de ley ante una de las dos cámaras de Congreso hasta que el presidente de la cámara de origen da cuenta del mismo en sesión se sala, admitiéndolo a tramitación. La atribución de presentar proyectos de ley corresponde a muy pocas personas: al Presidente de la República, a los diputados, individualmente o en grupos de hasta diez de ellos, y a los senadores, individualmente o en grupos de hasta cinco de ellos; en el primer caso se dice que el proyecto es presentado por ‘mensaje’, en los demás casos, que es presentado por ‘moción’ (Art. 65 inciso primero C.Pol.). El proyecto se presenta ante la Cámara de Diputados o el Senado; la cámara donde se lo presenta se denomina -respecto de ese proyecto- ‘cámara de origen’, y la otra, ‘cámara revisora’. Como principio general, el Presidente de la República puede presentar mensajes sobre cualquier materia de ley en cualquiera de las dos cámaras, y los diputados y senadores pueden presentar mociones sobre cualquier materia de ley, pero sólo en su respectiva cámara (Art. 12 LOC 18.918). Existen sin embargo tres importantes excepciones:

a) materias de origen exclusivo en el Senado: los proyectos de ley sobre amnistía e indulto general sólo pueden ser iniciados por mociones de senadores o por mensaje presidencial al Senado (Art. 65 inciso segundo C.Pol.); b) materias de origen exclusivo en la Cámara de Diputados: los proyectos de ley sobre tributos, presupuesto de la Administración Pública y reclutamiento, sólo pueden ser iniciadas por mensaje presidencial a la Cámara de Diputados o -teniendo presente lo que se indica a continuación- por mociones de diputados (Art. 65 inciso segundo C.Pol.);

c) materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República: los proyectos de ley sobre determinadas materias relacionadas con aspectos básicos de gobierno, finanzas públicas, administración, bienestar social y administración comunal sólo pueden ser presentados por mensaje presidencial; los senadores y diputados carecen de atribuciones para presentar un proyecto de ley sobre esas materias (Art. 65 incisos tercero, cuarto y final, e inciso segundo del Art. 121 C. Pol.).

Todo proyecto de ley debe presentarse acompañado de sus fundamentos, en los cuales se debe indicar los gastos que pudiere implicar la aplicación de sus normas, la fuente de los recursos para solventar tales gastos y su monto estimado (Art. 14 LOC 18.918). La admisión a tramitación del proyecto de ley, mediante su cuenta en la sala, sólo se produce una vez verificado el cumplimiento de las reglas anteriores, así como de la prohibición de presentación conjunta de proyectos de reforma constitucional y legal.

(b) *Discusión.*

La segunda etapa del procedimiento de formación de la ley se extiende desde la admisión a tramitación del proyecto de ley hasta su aprobación o rechazo por parte del Congreso, y tiene por finalidad permitir el análisis de proyecto, el intercambio de opiniones sobre el mismo y la formulación de enmiendas a su texto originario.

Al interior de cada cámara la discusión se realiza tanto en sala como en comisión. A la sesión en sala tienen derecho de asistir y participar la totalidad de los miembros en ejercicio de la cámara respectiva, y es por lo general una sesión pública. Cada cámara tiene además diversas comisiones, integradas por un número reducido de miembros de la cámara, y especializadas en temas específicos. Las sesiones de

las comisiones son por lo general reservadas, y es usual invitar a especialistas para que concurran a ellas a dar su opinión sobre el proyecto de ley en examen.

La discusión es general o particular. Discusión general es aquella que se relaciona solamente con las 'ideas matrices o fundamentales' del proyecto y tiene por objeto admitirlo o desecharlo en su totalidad. Discusión particular es aquella que tiene por objeto el examen y la votación del proyecto en todos sus detalles (Art. 23 LOC 18.918).

El acto más importante que tiene lugar en la etapa de discusión es la formulación de indicaciones. Por 'indicación' se entiende la proposición de adiciones (incorporación de nuevas disposiciones), supresiones (eliminación de disposiciones) o enmiendas (alteración de disposiciones) al texto de un proyecto de ley (Art. 69 C.Pol.). La facultad de formular indicaciones la tienen los mismos titulares de la atribución de presentar proyectos de ley, pesando sobre diputados y senadores la misma restricción relativa a los proyectos de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (supra, núm 63). Es decir, los parlamentarios no se encuentran autorizados para formular indicaciones que impliquen la adición de normas que incidan sobre tales materias, debiendo limitarse -en los proyectos presentados por mensaje- a aceptar, rechazar o 'disminuir' las proposiciones del Presidente (Arts. 65 inciso final C.Pol., 24 inciso tercero LOC 18.918). Aparte de esta restricción, toda formulación de indicaciones debe cumplir con los siguientes requisitos: (1) tener relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto (Art. 69 C.Pol., Art. 24 inciso primero LOC 18.918), (2) no ser contraria a la Constitución (Art. 24 inciso segundo LOC 18.918), (3) indicar fuente de financiamiento, en caso de importar gastos públicos (Art. 24 inciso segundo LOC 18.918).

El control del cumplimiento de los requisitos anteriores corresponde al presidente de cada comisión o al presidente de cada cámara, durante toda la fase de discusión, pudiendo la comisión o cámara respectiva reconsiderar la decisión de aquél. Verificado el incumplimiento, se debe declarar inadmisibles las indicaciones, excluyéndoselas en consecuencia de la tramitación del proyecto de ley. La omisión del control por parte del presidente de la cámara no obsta a la declaración de inadmisibilidad por parte del presidente de la comisión, ni obsta la declaración de admisibilidad por parte del presidente de la comisión a la posterior declaración de inadmisibilidad por el presidente de la cámara (Art. 25 LOC 18.918).

(c) *Aprobación.*

Esta etapa corresponde a la votación del proyecto en una y otra cámara, y por lo tanto su correcta denominación sería la de 'decisión' o 'resolución'; en efecto, esta etapa corresponde por igual a la aprobación (voto favorable) o al rechazo (voto desfavorable) del proyecto de ley.

Para que un proyecto de ley sea aprobado por el Congreso se requiere el voto favorable de ambas cámaras. El quórum de aprobación es por regla general la mayoría de los miembros presentes en la sesión (Art. 66 inciso final C.Pol.). Las excepciones a este principio de la mayoría simple se encuentran en los quórum especiales requeridos por la Constitución para la aprobación de las leyes reforzadas (supra, núms. 29, 33 y 34). Si un mismo proyecto de ley contiene disposiciones cuya aprobación requiera distintos quórum, debe procederse a una votación separada, produciendo el rechazo de una de estas disposiciones el rechazo de todas las demás que sean consecuencia de ella (Art. 30 LOC 18.918).

En su tramitación en ambas cámaras pueden surgir discrepancias entre éstas, ya sea parciales, como por ejemplo si la cámara revisora modifica disposiciones del proyecto originalmente aprobado por la cámara de origen y ésta a su vez los rechaza, o bien totales, como cuando la cámara revisora rechaza íntegramente el proyecto aprobado por la cámara de origen. Para salvar las discrepancias que pueden surgir entre una y otra cámara existen dos procedimientos: la formación de una comisión mixta, compuesta por miembros de ambas cámaras, y el voto de insistencia.

El proyecto elaborado por una comisión mixta en caso de controversia entre ambas cámaras no puede ser posteriormente objeto de indicaciones en éstas, ni tampoco pueden ser votados por separado cada uno de sus preceptos (Art. 31 LOC 18.918). La votación en cada cámara debe reducirse a la aprobación o rechazo del proyecto como un todo, existiendo para tal efecto reglas especiales (Arts. 70 y 71 C.Pol.).

Por ‘voto de insistencia’ se entiende, en general, la segunda aprobación de un proyecto de ley, efectuada con un quórum estricto (2/3 de los presentes), que hace una cámara frente al rechazo de la otra. El voto de insistencia produce una inversión de las reglas de aprobación en la cámara que ha rechazado el proyecto. Para que el proyecto insistido por una cámara pueda ser nuevamente rechazado por la otra, ésta debe votarlo en contra por 2/3 de sus miembros presentes. De lo contrario, el proyecto se entiende aprobado.

Las reglas sobre el voto de insistencia tienen por lo tanto dos rasgos muy particulares. En primer lugar, que el quórum más alto exigido para el voto de insistencia no se refiere a los miembros en ejercicio de cada cámara sino a los miembros presentes en la sesión respectiva. Esto impide compararlo con los quórum especiales requeridos para aprobar proyectos de leyes reforzadas, que se refieren todos a los miembros en ejercicio de las cámaras.

Por otra parte, el voto de insistencia de una cámara privilegia a la minoría favorable al proyecto en la otra cámara: al exigirse el voto de los 2/3 de los miembros presentes para el rechazo del proyecto insistido, se valida su aprobación por el voto conforme de 1/3 + 1 de los miembros presentes en la sesión.

Aprobado el proyecto por ambas cámaras -es decir, contando efectivamente con el voto favorable requerido en ambas Cámaras, o con un voto de insistencia-, pasa al Presidente de la República.

(d) Sanción.

Por ‘sanción’ se entiende en este contexto el acto por el cual el Presidente de la República manifiesta, en calidad de colegislador, su conformidad con el proyecto de ley aprobado por el Congreso (Art. 32 N° 1° C.Pol.).

La sanción puede ser expresa, si es manifestada explícitamente, o tácita, si transcurren treinta días desde la remisión del proyecto por el Congreso sin que el Presidente se manifieste al respecto (Art. 72 inciso primero C.Pol.)²⁶. La institución de la sanción tácita tiene por objetivo impedir que el Presidente de la República postergue indefinidamente la tramitación de un proyecto de ley.

Dentro del plazo anterior, el Presidente puede rechazar el proyecto, ya sea total o parcialmente (Art. 73 inciso primero C.Pol.); el rechazo presidencial se denomina “veto” (o también, “observación”). El veto presidencial da origen a una nueva secuencia de las etapas de discusión y aprobación en el

Congreso, cuya tramitación se sujeta a reglas especiales, distinguiéndose entre la tramitación del veto total y la del veto parcial (Art. 73 inciso final C.Pol., Arts. 32 a 36 LOC 18.918).

En caso de veto total, el proyecto vuelve a la cámara de origen, para que ésta y posteriormente la cámara revisora voten únicamente si insisten por los 2/3 de sus miembros presentes en el proyecto de ley aprobado por el Congreso. Si en alguna cámara no se logra este quórum, se entiende terminada la tramitación, sin que el proyecto pueda convertirse en ley. Si en ambas cámaras se logra el quórum de insistencia, el proyecto de ley se devuelve al Presidente para su promulgación, sin que sea necesaria su sanción (Art. 73 inciso final C.Pol.).

En caso de vetos parciales, el proyecto vuelve a la cámara de origen, para que ésta y la cámara revisora se pronuncien sobre las modificaciones introducidas por el Presidente de la República. Tal como las indicaciones, los vetos parciales deben tener una relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto.

El pronunciamiento de las cámaras sobre los vetos depende del carácter de éstos. Tratándose de vetos supresivos o sustitutivos, es necesario proceder a dos votaciones separadas: primero se vota la aprobación o rechazo de cada veto, y en segundo lugar, para el caso de rechazo, se vota la insistencia en el texto aprobado originalmente por el Congreso. Tratándose de vetos aditivos, sólo se vota su aprobación o rechazo (Art. 169 del Reglamento de la Cámara de Diputados, Art. 188 del Reglamento del Senado). Cada veto debe ser aprobado o rechazado en su totalidad.

Respecto de los vetos supresivos o sustitutivos que fueren rechazados pero no insistidos, no hay ley. Produciéndose el rechazo e insistencia, o, en el caso de los vetos aditivos produciéndose rechazo, se debe proceder a la promulgación del texto aprobado por el Congreso, sin que sea necesaria la sanción presidencial.

(e) *Promulgación.*

La promulgación es el acto por el cual el Presidente de la República deja constancia de la aprobación y sanción del proyecto de ley, y, fijando su texto, lo firma y ordena cumplir. Todo esto se hace mediante la dictación de un decreto supremo, el cual además asigna a la ley su número correlativo.

La promulgación no es, en consecuencia, un acto realizado en ejercicio de la potestad legislativa, sino de la potestad administrativa, cuya finalidad principal consiste en dar certeza al contenido de la ley -ya aprobada y sancionada- mediante la constancia de su existencia y la fijación de su texto. Promulgar la ley es un deber impuesto por la Constitución al Presidente de la República, no como legislador, sino como órgano supremo del así denominado "Poder Ejecutivo". En tanto acto administrativo, el decreto supremo se encuentra a su vez sometido a reglas especiales de procedimiento, que deben ser cumplidas para que la promulgación sea válida. En esta medida, la tramitación de la ley queda sometida al cumplimiento de reglas procedimentales adicionales al procedimiento establecido para el ejercicio de la potestad legislativa.

La promulgación debe hacerse dentro del plazo de diez días, contados desde que ella sea procedente (Art. 75 inciso segundo C.Pol.), es decir: (a) desde que hay sanción expresa o tácita del proyecto, (b) desde que se remite al Presidente el proyecto parcialmente vetado por él, y aprobado en su redacción modificada por el Congreso, y (c) desde que se remite al Presidente el Proyecto vetado total o parcialmente por él e insistido en su redacción original por el Congreso.

El cumplimiento de este deber es controlado por el Tribunal Constitucional, mediante un procedimiento especialísimo. Dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que se debió efectuar la promulgación, cualquiera de las cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio puede reclamar la omisión del Presidente de la República ante el Tribunal Constitucional. Si el Tribunal acoge el reclamo, promulga el texto legal en su fallo (Art. 93 N° 8 e inciso decimotercero C.Pol.).

(f) Publicación.

La publicación es el acto por el cual la ley promulgada -junto con su decreto promulgatorio- es puesta en conocimiento de sus destinatarios de modo general. Si bien el mandato de publicación de la ley dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio es de rango constitucional (Art. 75 C.Pol.), su modo de cumplimiento se encuentra regulado por normas de rango legal, previstas en los Arts. 6° y 7° del Código Civil. Conforme a esta última disposición, la publicación de la ley tiene lugar mediante su inserción en el así denominado 'Diario Oficial' (Art. 7° CC).

f. La fijación del texto legal.

El resultado institucional del procedimiento de formación de la ley es la fijación del derecho legislado en un texto dotado de autoridad ("texto autoritativo"). Como se ha visto, ese texto es fijado por una serie de actos sucesivos:

- (a) el texto del proyecto de ley aprobado por ambas ramas del Congreso Nacional queda fijado durante la fase de aprobación, ya que la votación en particular en sala se refiere a cada uno de los artículos que comprende el proyecto;
- (b) el proyecto aprobado por ambas cámaras se comunica al Presidente de la República mediante el envío de un texto autorizado por el secretario de la cámara respectiva, que cuenta como texto autoritativo para efectos de la sanción presidencial;
- (c) el proyecto de ley sancionado es fijado en un texto mediante el decreto promulgatorio firmado por el Presidente de la República y el Ministro respectivo;
- (d) el texto del decreto promulgatorio es fijado mediante su inclusión en la publicación denominada "Diario Oficial", en cumplimiento de una orden del Subsecretario del respectivo Ministerio.

Conforme a lo anterior, la ley publicada en el Diario Oficial es un texto que se remite a otros dos textos. El Diario Oficial incluye en sus páginas el texto de un acto administrativo (decreto promulgatorio), el cual a su vez da cuenta de un texto determinado mediante un acto de ejercicio de la potestad legislativa (aprobación en el Congreso).

Para efectos de la cita del texto legal por parte de los interesados en aplicar las normas legales vale como texto autoritativo la edición del Diario Oficial. Ésta se encuentra sin embargo subordinada al texto fijado por el decreto promulgatorio. La publicación en el Diario Oficial puede ser corregida

mediante un acto de “rectificación”, realizado en ejercicio de la potestad administrativa, que se publica a su vez en el Diario Oficial.

El texto del decreto promulgatorio es el texto autoritativo para todos los efectos de cita de las disposiciones legales. Su corrección no puede ser impugnada, sino mediante el procedimiento establecido para el reclamo contra la omisión de promulgación (supra, núm. 89). En este caso, cualquiera de las Cámaras o la cuarta parte de sus miembros en ejercicio disponen de treinta días a contar de la publicación para reclamar la corrección del texto promulgado ante el Tribunal Constitucional. Si el Tribunal acoge el reclamo, rectifica el texto fijado por el decreto promulgatorio (Art. 93 N° 8 e inciso decimotercero C.Pol.). Vencido este plazo, el texto fijado por el decreto promulgatorio ya no puede corregirse. Su alteración exige la aprobación de una ley modificatoria.

La Contraloría General de la República y la Editorial Jurídica de Chile editan ejemplares de los textos legales publicados en el Diario Oficial. La cita de esas ediciones también cuenta como cita de textos autoritativos. Obviamente, esas ediciones están sujetas corrección por referencia al Diario Oficial.

El hecho de que la mayor parte del derecho vigente sea derecho legislado produce como efecto institucional que en la mayoría de los casos las leyes consistan en órdenes impersonales de modificación de textos autoritativos. Esta práctica legislativa antedicha hace necesario contar con ediciones actualizadas de textos, es decir, con ediciones que cumplan esas órdenes de alteración de los textos autoritativos. La Editorial Jurídica de Chile ha cumplido tradicionalmente esa labor tratándose de los textos correspondientes a los Códigos, que son una clase especial de leyes.

La propia práctica legislativa realizada durante la década pasada se aseguró de la existencia institucional de ediciones actualizadas, estableciendo al final de las leyes modificatorias de textos extensos un mandato dirigido al Presidente de la República, en orden a fijar el texto actualizado. En tanto la modificación del texto autoritativo no es más que un trabajo de edición, es decir, de suprimir o introducir oraciones conforme a las órdenes legales, su realización podía tener lugar mediante actos de ejercicio de la potestad administrativa. No obstante, la propia práctica legislativa dejó a cargo del Presidente de la República la tarea de introducir por su propia decisión aquellas modificaciones en los textos que fueren gramaticalmente necesarias para mantener su congruencia con las modificaciones introducidas por la ley. El caso más obvio es el cambio de artículos o pronombres, de singular a plural o de femenino a masculino, o viceversa. Dado que el cumplimiento de este mandato implica decidir modificaciones del texto autoritativo no establecidas explícita y específicamente por la ley, se asumió que el Presidente de la República requería delegación de la potestad legislativa para su cumplimiento. Por tal razón, las ediciones actualizadas de textos pasaron a ser efectuadas mediante decretos con fuerza de ley.

La consagración definitiva de esta práctica se encuentra en el inciso cuarto del Art. 64 C.Pol., introducido por la LRC 20.050, que autoriza derechamente al Presidente de la República para fijar mediante decretos con fuerza de ley el “texto refundido, coordinado y sistematizado” de las leyes³².

3. El Decreto con Fuerza de Ley.

a. Concepto, marco regulatorio y órganos competentes.

Por “decreto con fuerza de ley” se entiende el acto normativo efectuado (o el texto que contiene las normas jurídicas establecidas), mediante una forma especialísima de ejercicio de la potestad legislativa, realizada exclusivamente por el Presidente de la República en virtud de un acto de delegación de la potestad legislativa, que se materializa en la dictación de una ‘ley delegatoria’. La dictación de un decreto con fuerza de ley supone, en consecuencia, un acto legislativo previo, la ley delegatoria, cuya tramitación se sujeta a todas las reglas de formación de la ley. La tramitación del decreto con fuerza de ley propiamente tal se sujeta a reglas especiales, sin que el Congreso Nacional intervenga en ella.

Las reglas para esta forma especial de ejercicio de la potestad legislativa se encuentran exclusivamente en la Constitución (Arts. 32 N° 3 y 64), y el único órgano que interviene en su ejercicio -sin contar la dictación de la ley delegatoria y el trámite de control de legalidad del DFL- es el Presidente de la República.

Como su denominación lo indica, pese a no ser aprobado por el Congreso, el Decreto con Fuerza de Ley tiene el mismo rango normativo y por lo tanto la misma fuerza normativa que la ley en sentido estricto (Art. 64 inciso final C.Pol.). Es decir, dentro de su ámbito de competencia, un decreto ley puede modificar o derogar normas legales, y a su vez sólo puede posteriormente ser modificado o derogado por otra norma de rango legal (o constitucional).

La dictación de normas de rango legal por el Presidente de la República en ejercicio de una delegación de la potestad legislativa es una excepción al principio general de la indelegabilidad de las potestades públicas. La práctica de esta delegación excepcional tiene una larga y peculiar tradición en el sistema jurídico chileno

b. Ámbito de competencia.

El ámbito de competencia del Presidente de la República en esta forma especial de ejercicio de la potestad legislativa se encuentra doblemente limitado: la Constitución establece los límites genéricos y la ley delegatoria establece sus límites específicos.

Los límites genéricos establecidos por la Constitución son en primer lugar los mismos establecidos para la potestad legislativa en general. Así, mediante un D.F.L. no se puede modificar ni derogar válidamente preceptos constitucionales, ni regular otras materias que las señaladas -directa o indirectamente- en el Art. 63 C.Pol. Además, la Constitución excluye ciertas materias de ley del ámbito de competencia delegable al Presidente. Conforme a la Constitución, el Congreso no puede delegar en el Presidente de la República facultades para legislar sobre las siguientes materias: nacionalidad, ciudadanía, elecciones, plebiscito, garantías constitucionales, materias propias de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, y materias que afecten la organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial, del Congreso Nacional, del Tribunal Constitucional ni de la Contraloría General de la República (Art. 64, incisos segundo y tercero).

Las demás limitaciones del ámbito de competencia del Presidente de la República provienen de la ley delegatoria, y pueden ser necesarias o eventuales. La limitación necesaria es aquella que la propia Constitución exige al Congreso imponer al Presidente, y consiste en delimitar las ‘materias precisas’ sobre las que recae la delegación de facultades legislativas (Art. 64 inciso cuarto); es decir, respecto de todo aquello que no corresponda a esas materias precisas el Presidente carece de competencia delegada para regularlo. Las limitaciones eventuales – ‘restricciones, limitaciones y formalidades’, en la terminología constitucional (loc. cit.)- son todas aquellas que el Congreso decida imponer adicionalmente, como mejor le parezca.

c. Procedimiento.

La tramitación de la ley delegatoria se sujeta a las reglas generales sobre procedimiento de formación de la ley con la sola salvedad que ésta es una materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Aunque ello no se encuentra expresamente establecido en la Constitución, se deduce del hecho que la Constitución no faculta directamente al Congreso para autorizar al Presidente, sino que más bien faculta al Presidente para ‘solicitar’ la autorización del Congreso. Por ‘solicitar’ cabe entender la realización de un acto formal de los correspondientes al Presidente en el marco del procedimiento de formación de la ley, como la presentación de un proyecto de ley por mensaje presidencial o la formulación de una indicación.

La tramitación del decreto con fuerza de ley es la correspondiente a los decretos supremos, con las siguientes salvedades:

- a. El Presidente de la República dispone del plazo máximo de un año para dictar los decretos con fuerza de ley que una determinada ley autorice (Art. 64 inciso primero C.Pol.);
- b. Con ocasión del trámite de toma de razón por la Contraloría General de la República el Presidente no tiene la facultad de insistir frente a la representación. Si decide no conformarse al criterio de la Contraloría, debe reclamar ante el Tribunal Constitucional dentro de los diez días siguientes a la representación (Arts. 93 N° 4 e inciso séptimo, 99 inciso segundo y tercero C.Pol.).

En lo que respecta a su ‘publicación, vigencia y efectos’, el decreto supremo se encuentra sometido a las mismas reglas que la ley (Art. 64 inciso final C.Pol.).

5. El Tratado Internacional.

a. Concepto de tratado internacional.

Por ‘tratado internacional’ se entiende un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional³⁹. En consecuencia, el tratado internacional es primariamente un

convenio entre Estados, que cuenta como norma jurídica del derecho internacional. Además, los tratados internacionales se incorporan al Derecho interno, es decir, adquieren validez normativa directa dentro del sistema jurídico correspondiente al Estado que lo celebró.

b. Marco Regulatorio.

Las reglas relativas a la participación del Estado chileno en la generación de un tratado internacional pertenecen a dos sistemas jurídicos distintos: al derecho internacional y al derecho constitucional chileno.

Las reglas básicas del derecho internacional sobre generación, interpretación, aplicación y anulación de tratados internacionales fueron establecidas convencionalmente en 1969, mediante la celebración de un tratado multilateral denominado “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, de 23 de mayo de 1969, que consta de 85 artículos y que fue ratificada por Chile el 9 de abril de 1981, y publicado su decreto promulgatorio en el Diario Oficial de 22 de junio de 1981.

Las reglas constitucionales chilenas básicas en esta materia se encuentran en los Arts. 32 N° 15 y 54 N° 1 C.Pol. Éstas son las normas que a continuación serán analizadas.

c. Órganos competentes.

El órgano competente para negociar, concluir, firmar y ratificar los tratados internacionales es el Presidente de la República (Art. 32 N° 15 C.Pol.).

El papel del Congreso Nacional se reduce a la aprobación del tratado concluido por el Presidente, como trámite previo y condición habilitante para su posterior ratificación (Arts. 32 N° 15, 54 N° 1 inciso primero C.Pol.).

Ámbito de competencia.

El tratado internacional puede extenderse a todas las materias que el Presidente de la República “estime convenientes para los intereses del país” (Art. 32 N° 15 C.Pol.). Los límites establecidos por la Constitución para el dominio legal no son aplicables a los tratados internacionales.

Con anterioridad a la LRC 20.050, la tesis anterior resultaba de dos consideraciones. En primer lugar, porque el fin perseguido por la Constitución al limitar las atribuciones del Congreso en materias de gobierno y administración no se da en este caso, ya que el contenido del tratado es determinado en la fase de negociación por el Presidente de la República. En segundo lugar, porque la propia Constitución, al regular la institución de los “acuerdos en forma simplificada” (infra, núm. 132 s.), presupone que esta forma simple de tratado internacional puede regular materias de ley o no hacerlo.

La LRC 20.050 confirmó la tesis anterior, reconociendo expresamente que los tratados internacionales pueden regular materias propias del ámbito de competencia de la potestad reglamentaria. Sin embargo, la misma LRC 20.050 formula una distinción procedimental, atendiendo a la materia regulada por el tratado internacional (Art. 54 N° 1 inciso tercero):

- (a) si el tratado internacional regula materias de ley, requiere aprobación por el Congreso Nacional;
- (b) si el tratado internacional regula materias propias de la potestad reglamentaria, no requiere aprobación por el Congreso Nacional.

La distinción constitucional está referida a “tratados celebrados (...) en ejercicio de [la] potestad reglamentaria”, término que incluye tanto la potestad reglamentaria autónoma, como la de ejecución. No obstante, en la regulación constitucional chilena la demarcación entre el ámbito de competencia de la potestad legislativa y el ámbito de competencia de la potestad reglamentaria se refiere primariamente a la potestad reglamentaria autónoma. Por tal razón, la aplicación de esta distinción a la potestad reglamentaria de ejecución resulta altamente problemática. Tratándose de los tratados internacionales, los casos más relevantes de regulación de materias cuya calificación como pertenecientes al dominio legal o a la potestad reglamentaria de ejecución puede ser problemática corresponden a la institución de los acuerdos en forma simplificada.

d. Procedimiento.

El procedimiento usual de celebración de un tratado internacional por parte del Estado de Chile reconoce tres etapas básicas: la negociación, la aprobación y la ratificación. La negociación y ratificación son fases reguladas por el derecho internacional. La aprobación es la fase interna de tramitación del tratado, regulada por la Constitución.

La negociación es la etapa preliminar a la celebración del tratado; su conducción es facultad exclusiva del Presidente de la República y no se sujeta a formalidades de procedimiento, salvo que las partes negociadoras así lo decidan, conviniéndolas. Por lo general, la negociación concluye con la firma del tratado.

La aprobación del tratado internacional suscrito por el Presidente de la República es atribución exclusiva del Congreso; esta aprobación debe someterse “a los trámites de una ley” (Art. 50 N° 1 inciso primero C.Pol.).

La aprobación por el Congreso no obliga a la conclusión del procedimiento de generación de un tratado, que conforme a la Constitución requiere el cumplimiento de una etapa ulterior, la ratificación. Por ratificación se entiende en general el acto por el cual un Estado manifiesta formalmente su intención de aceptar un tratado internacional como obligatorio. Ésta es, tal como la negociación, una facultad discrecional del Presidente de la República. Su ejercicio se sujeta en todo caso a reglas del derecho internacional público.

La promulgación y publicación del tratado internacional no son requisitos para su validez como norma internacional, pero sí han sido considerados por la jurisprudencia chilena como requisitos para su obligatoriedad en tanto ley del sistema jurídico chileno⁴³. La LRC introdujo una disposición que obliga a dar “debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional”. El alcance de ese

deber de publicidad supuestamente se encontraría determinado en una ley, a la que esta regla se remite. Tal ley aún no existe.

La LRC introdujo disposiciones relativas a la derogación, modificación o suspensión de las disposiciones de un tratado (Art. 54 N° 1, incisos cuarto, quinto, sexto). En conjunto, estas reglas son las siguientes:

- (a) los actos derogatorios, modificatorios o de suspensión se deben sujetar a las normas del derecho internacional;
- (b) la realización de esos actos –denuncia, retiro⁴⁴– es de competencia exclusiva del Presidente de la República;
- (c) tratándose de tratados aprobados por el Congreso, el Presidente debe “pedir la opinión” del Congreso;
- (d) en todo caso, el Presidente debe informar al Congreso de la denuncia o retiro de un tratado dentro de los quince días de efectuado dicho acto;
- (e) la excepción a lo anterior se encuentra en el retiro de una reserva tenida en consideración por el Congreso al momento de la aprobación del tratado; este acto requiere aprobación del Congreso, el cual debe pronunciarse dentro de quince días de recibida la solicitud; en caso de omisión, se entiende aprobado el retiro de la reserva;
- (f) el deber de publicidad (supra, núm. 131) alcanza a estos actos;
- (g) la terminación de la vigencia del tratado internacional (o de una norma suya) conforme al derecho internacional produce como consecuencia la terminación de su vigencia en el derecho chileno.

e. Acuerdos en forma simplificada.

Aparte del procedimiento usual, la Constitución prevé un procedimiento especial para la tramitación de los así denominados “acuerdos en forma simplificada”, y que consiste en la omisión del trámite de aprobación para aquellas “medidas o acuerdos que sean adoptadas o celebrados para el cumplimiento de un tratado” (Art. 54 N° 1 inciso tercero C.Pol.). Este procedimiento simplificado obedece a una necesidad práctica, reconocida bajo el imperio de la Constitución de 1925, que no consagraba una regla semejante. En estos casos, el Presidente de la República es el único órgano que interviene en el establecimiento de normas jurídicas que ostentan el rango de ley.

La aplicación del procedimiento especial recién descrito tiene sin embargo una limitación importante: las normas así establecidas no pueden regular materias propias de ley. Para estos casos, la Constitución de 1980 prevé una solución especial, consistente en facultar al Congreso Nacional para autorizar al Presidente, en el mismo acuerdo aprobatorio del tratado, a fin que dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para el cabal cumplimiento del tratado (Art. 54 N° 1 inciso final C.Pol.).

Esta delegación de facultades legislativas del Congreso al Presidente de la República es asimilada por la propia Constitución a la delegación regular que da origen a los decretos con fuerza de ley. Sin embargo, este caso especial de delegación difiere de la delegación regular en dos importantes aspectos:

- a. El ejercicio de las facultades legislativas delegadas no está sujeto a un plazo máximo de un año, sino al tiempo de duración del tratado aprobado;
- b. La delegación de facultades legislativas puede también ser efectuada a iniciativa del propio Congreso.

4. El Decreto Ley.

a. Concepto.

Con la expresión 'Decreto Ley' se designa en la terminología de la cultura jurídica chilena actos normativos que, sin ser realizados en el ejercicio de la potestad legislativa tal como ha sido tradicionalmente reconocida en el Derecho constitucional chileno, pretenden sin embargo producir efectos jurídicos en todo equivalentes a los de una ley propiamente tal, o incluso de un norma constitucional.

Se trata de normas con pretensiones de validez jurídica establecidas en períodos de quiebre constitucional, por aquellas personas o grupo de personas que de hecho detentan un poder irresistible y que aspiran al reconocimiento de su calidad de titulares de la soberanía, y que por lo mismo pretenden que las normas por ellos establecidas tengan el efecto jurídico que el sistema usualmente reconoce a la legislación o Constitución.

El uso de la expresión 'Decreto Ley' para designar estas normas o textos autoritativos obedece en parte al formalismo de la cultura jurídica chilena, que reserva el término 'ley' para aquella norma o texto autoritativo establecido mediante el ejercicio regular -es decir, conforme a la tradición constitucional- de la potestad legislativa. Por otra parte, esta renuencia a emplear el término ley en un sentido amplio se basa también en consideraciones ideológicas, ya que reserva el valor simbólico del término 'ley' para aquellas normas susceptibles de legitimación democrática.

En Chile ha habido tres periodos importantes en los que se ha establecido normas jurídicas mediante decretos leyes: 1924-1925, 1933 y 1973-1981. Eso sí, la producción normativa acaecida en el último período mencionado sobrepasa con mucho la producción de los otros dos, tanto en número (más de tres mil) como en relevancia práctica de sus disposiciones.

b. Marco regulatorio, ámbito de competencia y órganos competentes.

Por la propia naturaleza de los decretos leyes, bajo el imperio de una Constitución no es posible señalar su marco regulatorio, ni el ámbito de las materias que ellos pueden regular, ni tampoco los órganos competentes para dictarlos. Todos estos aspectos sólo pueden ser examinados cuando una persona o grupo de personas reclama poseer potestades no reconocidas por el régimen constitucional preexistente y explícita o implícitamente manifiesta seguir ciertas reglas o parámetros en el ejercicio de estas potestades pretendidas.

Por la razón anterior, es improcedente definir los decretos leyes como “actos que dicta el Ejecutivo sobre materias propias de una ley, sin que en ellos intervenga para nada el Poder Legislativo”⁴⁷. Esta concepción, que subyace a la denominación ‘decreto-ley’ (‘decreto’ = acto del ejecutivo, ‘ley’ = acto del legislativo), presupone la vigencia de aquellas reglas que definen lo que haya de entenderse por ‘poder ejecutivo’ y ‘poder legislativo’. Pero semejantes reglas no son aplicables, por definición, al acto normativo en cuestión. En estricto rigor el término ‘decreto- ley’ es un sinsentido.

c.- Validez de los decretos-leyes.

El problema de la validez de los decretos leyes debe ser analizado desde dos perspectivas distintas: en el momento de su génesis y con posterioridad al restablecimiento del orden constitucional tradicional.

La determinación de la validez de los decretos leyes en el momento de su génesis es un problema similar a la determinación de la validez de la primera constitución histórica. La dictación del decreto ley se realiza en ejercicio de potestades que se presuponen, al igual que se presupone el poder constituyente originario. Desde el punto de vista de su legitimación sí que hay diferencias, pues la legitimación del poder constituyente originario descansa en la legitimidad de la democracia como forma de gobierno, mientras que la legitimación del poder de quien que dicta los decretos-leyes requiere una fundamentación distinta.

En lo que respecta a la validez de los decretos-leyes con posterioridad al restablecimiento del orden constitucional tradicional, ella depende de su reconocimiento o desconocimiento conforme al sistema constitucional reestablecido. Exactamente lo mismo sucede, respecto de las leyes, una vez producido el quiebre constitucional: desde el punto de vista de quienes pasan a detentar el poder, la validez de las leyes constitucionalmente establecidas depende de su reconocimiento por parte del nuevo poder soberano.

Lo anterior explica por qué la validez de los decretos leyes dictados durante el período 1924- 25 y durante la así denominada “República Socialista” (1932) constituyó un problema jurídico en su época, mientras que la validez procedimental⁴⁸ de los decretos leyes dictados durante el Gobierno Militar (1973-1981) nunca ha sido seriamente cuestionada. La dictación de decretos leyes a principios de siglo tuvo lugar en contradicción con un contexto constitucional que volvió a regir después de la caída de los gobiernos de facto que dictaron dichos decretos leyes (la Constitución de 1833 reformada, la Constitución de 1925), y conforme al cual no podía reconocerse la validez de esta forma de establecimiento de normas jurídicas⁴⁹. La validez de los decretos leyes dictados entre 1973 y 1981 fue por el contrario reconocida por el nuevo contexto constitucional que los siguió históricamente (Disposiciones Primera, Segunda y Cuarta a Séptima transitorias C.Pol.), y que por lo demás se generó a partir de esos mismos decretos leyes.

§ 4. LA POTESTAD NORMATIVA ADMINISTRATIVA.

1.- La Administración Pública y sus potestades.

a.- La administración pública.

Por “administración pública” o “administración del Estado” se entiende, en un sentido amplio, el conjunto de todos los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa y las empresas públicas creadas por ley (Art. 1º LOC 18.575).

Los órganos que constituyen la administración de pública forman un conjunto variado de entes que guardan entre sí relaciones complejas. Para el análisis de las potestades normativas de los órganos de la administración pública es necesario distinguir entre los órganos subordinados jerárquicamente al Presidente de la República y los órganos públicos autónomos de rango constitucional². Dentro de estos últimos cabe mencionar la Contraloría General de la República, el Banco Central y las Municipalidades. El análisis de las potestades normativas de los órganos autónomos del Estado es el cometido de la próxima sección. En esta sección sólo nos ocuparemos de la administración pública subordinada al Presidente de la República.

La subordinación de la administración pública al Presidente de la República se encuentra establecida en el Art. 24 C.Pol. El Presidente de la República ejerce el gobierno y dirige la administración mediante dos estructuras organizacionales: los ministerios (Arts. 33 a 37 C.Pol.) y el gobierno y administración regional (intendencias) y provincial (governaciones) (Arts. 110 a 117 C.Pol.). Los órganos encargados de efectuar las prestaciones administrativas –“satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua”- se denominan “servicios públicos” (Art. 28 LOC 15.575).

La existencia de cada órgano de la administración pública, su organización interna y sus relaciones con los demás órganos es materia de ley (Arts. 63 N° 14 y 65 inciso cuarto N° 2 C.Pol.). En relación con la organización interna de cada órgano, las reglas generales se encuentran en el Art. 24 LOC 18.575, para los ministerios, y en los Arts. 31 y 32 LOC 18.575, para los servicios públicos. Respecto de las relaciones existentes entre los distintos órganos que integran la administración pública, ellas pueden ser pura y simplemente jerárquicas, o bien definirse según los principios de descentralización o desconcentración. Estos son principios de distribución de la potestad administrativa – paradigmáticamente centralizada y concentrada-, que en virtud de la LRC 19.097 (1991) pasaron a tener el rango de mandatos constitucionales, siendo ello confirmado por la LRC 20.050.

Por descentralización se entiende la transferencia de potestades, desde la administración central, cuyos órganos actúan todos bajo la personalidad jurídica del “Fisco” y ninguno de ellos tiene patrimonio propio, a un órgano con personalidad jurídica autónoma y patrimonio propio, creado para ejercer de este modo la potestad transferida. La descentralización puede ser funcional, si el ámbito de competencia de la potestad transferida se determina sólo en razón de materia, o bien territorial, si el ámbito de competencia es delimitado no sólo en razón de materia sino además en relación con una demarcación territorial determinada.

La evolución del Estado chileno ha tendido preferentemente hacia la descentralización funcional, dando con ello lugar a la más importante clasificación de los órganos de la Administración Pública que distingue las siguientes categorías:

a) Los órganos de la administración fiscal o centralizada, es decir, aquellos sometidos a la dependencia del Presidente de la República, y que corresponden a los ministerios y los servicios públicos dependientes de ellos; se trata, como se ha dicho, de instituciones que carecen de patrimonio propio y de personalidad jurídica independiente, y que obran en consecuencia como órganos de la persona jurídica denominada “Fisco” (Art. 29 inciso segundo LOC 18575). Por ejemplo, el Ministerio de Justicia, que tiene a su cargo el Servicio de Registro Civil y de Identificación, el Servicio Médico Legal, el Servicio Nacional de Menores, Gendarmería de Chile, el Consejo de Defensa del Estado.

b) Las instituciones de la administración no fiscal o descentralizada, creadas en virtud de normas legales, que gozan de patrimonio y personalidad jurídica propios, y en tal calidad, de un importante grado de autonomía en su gestión; ellas se encuentran no obstante sometidas a la supervigilancia del Presidente de la República a través del respectivo Ministerio (Art. 29 inciso tercero LOC 18575). Dentro de esta categoría se encuentra un variado número de instituciones de la más disímil naturaleza: comisiones, fondos, servicios, corporaciones, consejos, empresas, cajas de previsión. Para nuestro análisis, el caso más interesante de estas personas jurídicas está dado por las así denominadas “instituciones fiscalizadoras” (infra, núms. 49 y ss.).

Por desconcentración se entiende la radicación legal de una o más potestades administrativas en un órgano inferior dentro de la jerarquía de un ente de la Administración Pública. Por regla general, la titularidad de la potestad administrativa de que se trate se encuentra radicada en el órgano superior jerárquico del ente público (por ejemplo, el Jefe Superior o Director de Servicio), en quien se encuentra por lo tanto “concentrada” la potestad. La desconcentración consiste en transferir del superior jerárquico (o no radicar en él) potestades, para radicarlas en algún órgano jerárquicamente inferior a él, con el fin de agilizar la gestión pública. La desconcentración puede también funcional o ser territorial, y puede darse tanto al interior de la administración pública centralizada como de la administración pública descentralizada (Art. 33 LOC 18.575).

La estructura organizacional básica resultante de esta combinación de criterios es que la administración centralizada se organiza mediante desconcentración territorial. Así, los servicios públicos tienen una Dirección Nacional y Direcciones Regionales. En su gestión se encuentran sujetos a los respectivos ministerios, que a su vez se organizan mediante desconcentración territorial (Secretarías Ministeriales Regionales, Art. 26 LOC 18.575), en una estructura equivalente a la desconcentración territorial del gobierno interior (Intendencias, Art. 1° LOC 19.175).

b. La potestad administrativa y el acto administrativo.

A diferencia de las potestades públicas anteriormente analizadas -la constituyente y la legislativa-, lo que podría denominarse en general como “potestad administrativa” no es una potestad puramente normativa en el sentido de una competencia para establecer normas de alcance general jurídicamente vinculantes. Los órganos de la administración pública ejercen potestades de muy variada índole. En particular, cabe señalar que algunos órganos de administración pública -muy especialmente las instituciones fiscalizadoras - ejercen tanto potestades normativas como también potestades de adjudicación, es decir, no sólo se encuentran autorizados para establecer normas de obligatoriedad

general, sino que también para aplicar esas normas -y las demás normas jurídicas- a casos concretos mediante decisiones vinculantes.

El común denominador del ejercicio de todas las competencias que puedan corresponder a la potestad administrativa se encuentra en el concepto de acto administrativo. La L. 19.980 define al acto administrativo como una decisión formal emitida por un órgano de la Administración del Estado, en la cual se contienen declaraciones de voluntad, realizada en ejercicio de una potestad pública (Art. 3° inciso segundo). Asimismo, clasifica los actos administrativos básicamente en dos categorías:

- (a) los decretos supremos, que son las órdenes escritas dictadas por el Presidente de la República o por un Ministro “por orden del Presidente de la República”;
- (b) las resoluciones, que son los actos de análoga naturaleza dictados por las autoridades administrativas en ejercicio de un poder de decisión.

En el marco de estos materiales, de todas las manifestaciones de la potestad administrativa interesan sólo dos potestades normativas: la potestad reglamentaria del Presidente de la República y las potestades normativas de las instituciones fiscalizadoras. El ejercicio de estas dos potestades representa los dos más importantes modos de creación de normas jurídicas por parte de la administración pública en el sistema jurídico chileno.

2.- La potestad normativa del Presidente de la República (“Potestad Reglamentaria”).

a.- Concepto y clasificación.

El Art. 32 N° 6 C.Pol. establece como “atribución especial” del Presidente de la República:

“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”.

Conforme a esta disposición, se puede definir el concepto de “potestad reglamentaria” como la potestad normativa conferida por la Constitución al Presidente de la República para establecer reglas destinadas a ejecutar normas legales, o bien para regular todas aquellas materias excluidas del ámbito de competencia de la potestad legislativa.

Como salta a la vista, el Art. 32 N° 6 C.Pol. es el reverso del Art. 63 C.Pol. En tanto esta última disposición establece una reserva en favor de la potestad legislativa aquella faculta al Presidente de la República para establecer reglas de ejecución de las normas legales. En la medida en que el Art. 63 C.Pol. establece un dominio legal máximo (supra, § 3, núm. 52 s.). el Art. 32 N° 6 confiere al Presidente de la República la potestad para regular todas las demás materias no comprendidas en dicho dominio.

De esta diferenciación de los ámbitos de competencia de la potestad reglamentaria, basada en la delimitación del ámbito de competencia de la potestad legislativa, proviene la distinción de dos clases o categorías de potestad reglamentaria: las así denominadas “potestad reglamentaria de ejecución” y “potestad reglamentaria autónoma”. A estas dos categorías se agrega una tercera, también definida por

su especial relación con el ámbito de competencia de la potestad legislativa, denominada “potestad reglamentaria de complementación”.

b. La potestad reglamentaria de ejecución.

La potestad reglamentaria de ejecución es la potestad normativa conferida al Presidente de la República para dictar reglamentos, decretos e instrucciones para la ejecución de las normas legales. Ésta es la potestad normativa tradicional del Presidente de la República en el Derecho Constitucional chileno⁵, que corresponde a la noción clásica de las atribuciones del Poder Ejecutivo en relación con las atribuciones del Poder Legislativo.

Conforme al precepto constitucional arriba transcrito, esta potestad normativa de ejecución se ejerce a través de tres formas típicas: el reglamento, los decretos y las instrucciones. Los decretos e instrucciones son manifestaciones de actos de gobierno o administración con carácter especial y particular. Es usual reservar el término “instrucción” para la orden dirigida a funcionarios subalternos de la Administración Pública; con el término “decreto”, en cambio, no se precisa el posible círculo de destinatarios, los cuales pueden ser también particulares⁶.

Por contraste, con el término “reglamento” se designa un conjunto más o menos vasto y complejo de normas de ejecución de obligatoriedad general y establecidas con carácter permanente. El ilustre jurista chileno del siglo pasado, Jorge Hunneus Zegers (1835-1889), expresaba esta particularidad del concepto de reglamento al señalar que...

“Cuando el decreto es una colección ordenada de reglas o preceptos que el Presidente de la República dicta para la ejecución de una lei (...) toma el nombre específico de reglamento.”

El reglamento es, pues, una clase especial de decreto del Presidente de la República, caracterizado por las propiedades de su contenido normativo.

Conforme a la norma constitucional que la confiere, el Presidente de la República no necesita habilitación especial por parte de una norma legal para ejercer esta potestad. Según la Constitución, el Presidente puede dictar las normas reglamentarias de ejecución “que crea convenientes”. Por lo tanto, la calificación de la oportunidad y necesidad o conveniencia de la dictación de normas reglamentarias de ejecución, así como su contenido, son atribuciones discrecionales del Presidente de la República. No obstante lo anterior, lo usual en el sistema jurídico chileno es que las normas reglamentarias -al menos en lo que respecta a los reglamentos en su sentido propio y estricto arriba especificado- sean dictadas por el Presidente de la República a requerimiento expreso de una norma de la ley cuya ejecución se reglamenta. Esta práctica tiene su explicación histórica y su razón actual, sin que ambas coincidan.

El ámbito de competencia de la potestad reglamentaria de ejecución no se encuentra regulado en forma explícita en la Constitución. Esto no es casual, sino que se debe a que la Constitución de 1980 simplemente reprodujo la regla correspondiente de las Constituciones de 1833 y 1925. En el contexto de estas Constituciones, la demarcación de potestades normativas de los órganos del Estado no tenía

la relevancia que tiene bajo la Constitución de 1980. En el orden constitucional previo a 1980 no existía limitación al ámbito de competencia de la potestad legislativa ni un control de constitucionalidad efectivo que abarcara también a cuestiones de competencia de los órganos del Estado dotados de potestades normativas, y la complejidad y diversificación de funciones de los entes que componen la administración pública era incomparablemente menor. En este contexto, el ejercicio válido de la potestad reglamentaria del Presidente de la República se determinaba (a) positivamente, mediante una referencia amplísima a su ámbito de competencia, basada en el hecho de estársele confiados “la administración y el gobierno del Estado” (Art. 81 C.Pol. 1833, Art. 71 C.Pol. 1925), (b) negativamente, mediante su subordinación a lo dispuesto por normas constitucionales y legales⁹. En un contexto semejante resultaba natural que una norma legal dispusiera la regulación reglamentaria de ciertos aspectos no regulados por la ley a la cual dicha norma pertenecía. La Constitución de 1980 fijó, por el contrario, límites al ámbito de competencia de las potestades legislativa y reglamentaria, y estableció procedimientos para controlar que esos límites fueran efectivamente respetados por ambas potestades.

Tratándose de la potestad reglamentaria autónoma, aunque la formulación de las disposiciones respectivas sea vaga e imprecisa, la delimitación entre su ámbito de competencia y el ámbito de competencia de la potestad legislativa es conceptualmente clara: al ámbito primero pertenecen todas las materias no comprendidas en el segundo (*infra*, núm. 38 s.).

Tratándose de la potestad reglamentaria de ejecución, en cambio, puesto que ella se consagra mediante una regla proveniente de las Constituciones de 1833 y 1925, la demarcación no es conceptualmente clara. Con todo, es posible efectuar la siguiente distinción:

(a) La potestad reglamentaria de ejecución goza indudablemente de competencia para regular todos los aspectos organizacionales relativos a la ejecución de las normas legales por parte de los servicios públicos. En la medida en que el cumplimiento de una ley suponga un programa de acción para los órganos de la administración pública, el Presidente de la República se encuentra constitucionalmente autorizado para reglamentar dicha actividad estatal, con tal que en su reglamentación no decida cuestiones que son materia de ley. Por cierto, independientemente de esta cuestión de competencia, las normas reglamentarias pueden ser invalidadas si contradicen o demuestran incongruencia con las normas legales.

(b) Por el contrario, resulta incierto si, y en caso afirmativo con qué extensión, es competente la potestad reglamentaria de ejecución para complementar la legislación mediante el establecimiento de reglas dirigidas a los mismos destinatarios de las normas legales. Ello, por dos razones.

En primer lugar, si la regulación complementaria prevé obligaciones para los destinatarios de la ley, ello implica una restricción de la libertad que la ley les dejó subsistente, y, en esa medida, una contradicción con la norma legal, que, como se ha dicho, es de rango superior¹⁰.

En segundo lugar, en la medida en que el reglamento venga a complementar la ley, estará regulando una materia de ley, infringiendo con ello en principio las reglas constitucionales de distribución de competencias entre la potestad legislativa y la potestad reglamentaria. Pues, como se ha dicho, se sostiene que el dominio legal (Art. 63 C.Pol.) establece una reserva de competencia en favor de la potestad legislativa.

El requerimiento por ley de la intervención de la potestad reglamentaria de ejecución para complementar la legislación, esto es, el mandato legal de reglamentación -que es una clase especial de mandato de regulación complementaria (*supra*, § 3, núm. 50)-, contribuye a clarificar esta duda. Siendo

el ámbito material de competencia de la potestad reglamentaria de ejecución una cuestión eminentemente incierta, es razonable reconocer a la potestad legislativa -esto es la potestad normativa jerárquicamente superior- una prerrogativa de determinación de la cuestión, la cual se expresa en el mandato de reglamentación. Por otra parte, si el mandato de reglamentación se basa, como sucede, usualmente, en la distinción entre normas generales, abstractas y permanentes -las legales- y normas más particulares, concretas y mudables -las reglamentarias-, entonces dicho mandato se encuentra conforme con el concepto material de ley, que constituye un ideal político-jurídico de la Constitución de 1980 (supra, § 3, núms. 14,15).

Es importante tener presente que el mandato legal de reglamentación no delega potestades normativas. En cumplimiento de tal mandato, el Presidente ejerce una potestad normativa de la cual él es titular según la Constitución. Por otra parte, el mandato legal de reglamentación no puede entenderse como una excepción a las reglas constitucionales de demarcación del ámbito de competencia de las potestades legislativa y reglamentaria de ejecución, o una renuncia de aquélla en favor de ésta. El mandato es válido en la medida en que resuelve de modo conforme con la Constitución una cuestión de demarcación de competencias no resuelta con precisión por la Constitución.

Esto lo señalaba Jorge Hunneus apelando al concepto de “Poder Ejecutivo” del siguiente modo:

“... la lei crea derechos e impone obligaciones. Tal es su carácter esencial, siendo además jeneral en su objeto e igual para todos. El Poder Ejecutivo, como lo indica su nombre, dicta medidas para hacer ejecutar la lei; pero no puede alterar en ningún sentido ni los derechos ni las obligaciones por ella creadas, debiendo limitarse a determinar la manera, la forma de cumplidas”

Lo anterior significa que los órganos colegisladores no se encuentran autorizados para actuar de modo completamente discrecional al decidir la posible extensión del mandato legal de reglamentación. Del texto constitucional se puede colegir dos limitaciones fundamentales:

(a) La ley que consagra un mandato de reglamentación debe ella misma contemplar normas generales sobre la materia en cuestión, estableciendo de ese modo un marco regulatorio para el cumplimiento del mandato. En otras palabras, para que un mandato de reglamentación sea válido, es necesario que exista al menos el equivalente a una ley de bases (infra, núms. 43 s.) sobre la materia que debe ser objeto de regulación por reglamento. Según esto, una ley no podría consistir única y exclusivamente en un mandato de reglamentación. Semejante remisión normativa sólo puede efectuarse mediante un acto de delegación de la potestad legislativa, sujeto a su vez a límites constitucionales. De lo contrario, a través del mandato de reglamentación se podría eludir las restricciones impuestas por la Constitución a las leyes delegatorias de la potestad legislativa.

(b) La relativa discrecionalidad con que las normas legales pueden dejar ciertos aspectos de la regulación a cargo del reglamento disminuye cuando se trata de materias que corresponden a una reserva reforzada de ley, es decir, cuando se trata de regular el ejercicio de los derechos constitucionales. Tratándose de estas materias, la función de garantía democrática que tiene en general la institución de la reserva de ley aumenta en peso específico en razón de la relevancia del objeto de regulación. Por estas razones, lo correcto es postular como principio general la invalidez de un mandato de reglamentación sobre materias de reserva reforzada de ley.

c. **La potestad reglamentaria autónoma.**

La potestad reglamentaria autónoma es la potestad normativa conferida al Presidente de la República para regular todas las materias no comprendidas en el dominio legal. Ésta es una potestad normativa novedosa en la tradición constitucional chilena, conferida al Presidente de la República recién a partir de la Constitución de 1980¹³.

La consagración de una potestad reglamentaria autónoma implicó una transformación radical de los principios que habían delimitado los ámbitos de competencia de las potestades legislativa y reglamentaria en la tradición constitucional chilena. Hasta la Constitución de 1980, el dominio legal reconocido constitucionalmente establecía una reserva en favor de la potestad legislativa sin limitar su ámbito de competencia. Luego, en la medida en que se regulaba otras materias mediante leyes, éstas pasaban a integrar el dominio legal, en el sentido que quedaba vedado a cualquier otra potestad normativa regular tal materia de modo contrario o incongruente con las normas legales. La actividad legislativa, y no la Constitución, determinaba los ámbitos autónomo y de ejecución de ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Conforme a la Constitución de 1980, la potestad legislativa, ya no es libre de extender discrecionalmente su ámbito material de competencia, sino que es la propia Constitución la que delimita su ámbito máximo de competencia, dejando el resto de las posibles materias susceptibles de regulación entregadas al ámbito de competencia de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República¹⁴.

Esta transformación introducida por la Constitución de 1980 fue tan radical en su novedad como deficientes fueron los términos en que recibió consagración normativa. Como ya se ha visto, el modo en que las reglas constitucionales establecen límites al ámbito de competencia de la potestad legislativa es defectuoso en los siguientes aspectos:

- a) en la vaguedad con que las reglas constitucionales describen las materias de ley, lo que hace que prácticamente todos los aspectos relacionados con una materia de ley pertenezcan al dominio legal;
- b) en la gran cantidad de materias incluidas indirectamente en el dominio legal (Art. 63 Nos. 1, 2 y 14 C.Pol. en relación con el resto del texto constitucional), con el resultado que prácticamente todas las actividades relevantes de la vida social deben ser reguladas por normas legales;
- c) en el establecimiento de una cláusula general subsidiaria (Art. 63 N° 20 C.Pol.), que transforma una pretendida enumeración taxativa de materias en una clase abierta o compuesta por un número indeterminado de miembros.

A las razones anteriores se agrega, tratándose de materias excluidas del dominio legal pero que hayan sido objeto de regulación por ley antes de 1980, la necesidad de una decisión legislativa para que el Presidente de la República pueda regularlas haciendo ejercicio de su potestad reglamentaria autónoma. La Disposición Sexta Transitoria de la Constitución expresamente valida los preceptos legales anteriores a la fecha de promulgación de la Constitución que regulaban materias no comprendidas - directa o indirectamente- en el Art. 63, y señala que mantendrán su vigencia “mientras no sean expresamente derogadas por una ley”. De este modo, la derogación de leyes anteriores a la Constitución de 1980 que no versan sobre materias de ley es, sin embargo, una materia de ley (Art. 63 N° 2 en relación con la Disp. 6ª Transit.). Con ello, la amplitud del ámbito de competencia de la potestad legislativa bajo las Constituciones de 1833 y 1925 sigue produciendo efectos restrictivos del ámbito de competencia de la potestad reglamentaria autónoma bajo la Constitución de 1980.

Por las razones anteriores, la potestad reglamentaria no ha tenido bajo la Constitución de 1980 la importancia como modo de creación de reglas jurídicas que de otra manera habría debido producir un cambio tan radical en la definición del ámbito de competencia de la potestad legislativa.

d. La potestad reglamentaria de complementación.

Por potestad reglamentaria de complementación se entiende la potestad normativa del Presidente de la República para regular en detalle los aspectos particulares y concretos de todas aquellas materias respecto de las cuales la potestad legislativa sólo es competente para regular sus bases.

Tratándose de algunas materias de ley, la Constitución incluye dentro del dominio legal las “materias básicas” (Art. 63 N° 4 C.Pol.) o las “bases” (Art. 63 N° 18) de una regulación, restringiendo con ello el dominio legal a la regulación de las normas generales y principios fundamentales de determinados complejos de reglas. Éste es también el caso de todas las materias de ley no mencionadas directa ni indirectamente, sino subsumibles en la cláusula general residual del Art. 63 N° 20 C.Pol.

Respecto de todas estas materias, la regulación de los aspectos más de detalle queda en consecuencia entregada a la potestad reglamentaria, la cual por esta razón, recibe la denominación de “potestad reglamentaria de complementación”.

En la medida en que la potestad reglamentaria de complementación tiene por objetivo dictar normas cuyo establecimiento está excluido del dominio legal -éste se reduce sólo al establecimiento de normas generales-, es evidente que se trata de un caso particular de la potestad reglamentaria autónoma. Sin embargo, la relación que existe entre la ley de bases y el reglamento es enteramente análoga a la que existe entre la ley y el reglamento en general, cuando éste complementa aquélla con el fin de hacer más expedita su ejecución. En ambos casos: (a) un mismo ámbito de la vida social es regulado en sus aspectos principales por normas legales y en sus aspectos secundarios por normas reglamentarias, y (b) las normas reglamentarias se encuentran subordinadas a las normas legales.

Existe, sin embargo, una diferencia esencial entre uno y otro caso de complementación de la ley por el reglamento. En el caso de la potestad reglamentaria de ejecución, el mandato de reglamentación es un mandato legal. Por lo mismo, en principio, la potestad legislativa podría regular válidamente la materia dejada por la ley a la potestad reglamentaria. En el caso de la potestad reglamentaria de complementación, el mandato de reglamentación complementaria es un mandato constitucional. Por ello, la potestad legislativa no podría regular válidamente la materia dejada por la Constitución a la potestad reglamentaria.

La importancia de esta distinción se manifiesta en los modos de solucionar un posible conflicto entre normas legales y normas reglamentarias. A este respecto, basta con señalar en este lugar que en caso de conflicto entre potestad ley y reglamento de ejecución, primará siempre la norma establecida en ejercicio de la potestad legislativa frente a la norma establecida en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución (aplicación del principio de jerarquía o del principio de la temporalidad); en cambio, en caso de conflicto entre ley y reglamento de complementación, podría ser posible la invalidación de la norma establecida en ejercicio de la potestad legislativa, si es que se estima que dicha norma no tiene el carácter de “básica”, en el sentido de la regla constitucional que delimita el ámbito de competencia del legislador (aplicación del principio de la distribución de competencia).

3. Las potestades normativas de las instituciones fiscalizadoras.

La creación de instituciones fiscalizadoras, tanto de la administración centralizada como descentralizada, es una tendencia sostenida del Derecho público chileno. Originalmente, la creación de instituciones fiscalizadoras obedeció a la necesidad de contar con funcionarios especializados en materias de particular complejidad técnica. En las tres últimas décadas, la creación de instituciones fiscalizadoras ha obedecido además a la implementación de una política económica que sustituye el subsidio a la oferta estatal de servicios (por ejemplo, salud, pensiones de vejez e invalidez) por el subsidio a la demanda de la prestación comercial de dichos servicios. Conforme a esta política económica, el Estado abandona la función de prestador de servicios para concentrarse en la función de fiscalizador del mercado de esos servicios. Como ejemplos de instituciones fiscalizadoras de la administración descentralizada puede citarse a la Superintendencia de Seguridad Social (Ley 16.395), la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (DL 1.097), la Superintendencia de Administradoras de Fondos Previsionales o “A.F.P.” (DL 3.500), la Superintendencia de Valores y Seguros (DL 3.538), la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (Ley 18.410) y la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional o “Isapres” (Ley 18.933).

Las instituciones fiscalizadoras gozan por lo general de potestades normativas, es decir, de atribuciones para establecer normas jurídicas de obligatoriedad general. Las normas establecidas en ejercicio de esta potestad normativa administrativa tienen una gran relevancia en la práctica, transformándose así la actividad normativa de las instituciones fiscalizadoras en una importante “fuente” de la respectiva rama del Derecho (de la seguridad social, comercial, etc.).

Otra atribución conferida por lo general por la ley a las instituciones fiscalizadoras es la de interpretar las normas legales y reglamentarias aplicables a la materia sujeta a su fiscalización. Esta potestad de interpretar normas legales no implica el ejercicio de la potestad legislativa, sino de la potestad administrativa, y por eso se la denomina como “interpretación administrativa de la ley”. Esto significa que esta interpretación no tiene todo el valor de una “interpretación generalmente obligatoria” de la ley (Art. 3° inciso primero C.C.), que es propia de la interpretación auténtica, o interpretación declarada en ejercicio de la misma potestad en cuyo ejercicio se estableció la norma interpretada. Por tal razón, se trata de una interpretación que no es obligatoria para los órganos que ejercen el control de la constitucionalidad y la legalidad de los actos administrativos mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional (los tribunales de justicia).

Finalmente, además de potestades normativas, las instituciones fiscalizadoras gozan de potestades adjudicatorias, es decir, de atribuciones para asignar responsabilidades por el incumplimiento de las normas legales y reglamentarias, incluyendo las normas dictadas por la propia institución fiscalizadora.

Esta reunión de potestades normativas y adjudicatorias en un mismo órgano implica una anomalía, a nivel de la Administración Pública, a la luz del principio de la separación de poderes que inspira el marco regulatorio del ejercicio de las potestades legislativa y reglamentaria, por una parte, y jurisdiccional, por la otra parte. Conforme a este principio, la diferenciación de los roles del juzgador y el legislador constituye una garantía de la imparcialidad de la decisión del juzgador. El remedio usual para esta anomalía es la concesión de una acción de reclamación de la decisión administrativa para ser ejercida ante un tribunal de justicia.

Una cuestión de la mayor importancia es la de precisar el rango jerárquico de las normas creadas por las instituciones fiscalizadoras. Del contexto constitucional se desprende que se trata de reglas establecidas en ejercicio de una potestad normativa administrativa subordinada a la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

La potestad normativa administrativa de la institución fiscalizadora es conferida por una regla legal. Mediante una ley no se puede delegar la potestad legislativa en otro órgano de la Administración del Estado que no sea el Presidente de la República. Luego, la potestad normativa otorgada legalmente sólo puede ser una potestad administrativa.

El ámbito de competencia de la potestad normativa administrativa otorgada por la ley a la institución fiscalizadora no puede sino corresponder al ámbito de competencia de la potestad reglamentaria de ejecución. Luego, se trata de la misma potestad normativa que la Constitución otorga al Presidente de la República, para que éste la ejerza discrecionalmente (supra, núm. 26). Puesto que una norma legal no puede válidamente contravenir una norma constitucional, y puesto que todos los órganos de la Administración del Estado a los que la Constitución no les confiere autonomía se encuentran constitucionalmente subordinados al Presidente de la República (Art. 24 C.Pol.), se tiene que:

- a) el Presidente de la República se encuentra constitucionalmente autorizado para regular las mismas materias cuya regulación es confiada por la ley a la institución fiscalizadora;
- b) la institución fiscalizadora debe ejercer su potestad normativa administrativa sujetándose a lo dispuesto por el Presidente de la República.

En consecuencia, se puede concluir que el ejercicio de la potestad normativa administrativa en distintos niveles jerárquicos dentro de la administración pública da lugar a un número equivalente de grados jerárquicos de las normas establecidas en ejercicio de dicha potestad. En esta jerarquía de normas administrativas, la incongruencia con las normas del grado superior es causal de invalidación o inaplicabilidad de las normas del grado inferior.

§ 5. LAS POTESTADES NORMATIVAS DE LOS ÓRGANOS AUTÓNOMOS DEL ESTADO.

1. Introducción.

Además de las potestades constituyente, legislativa y normativa administrativa, el sistema jurídico chileno confiere potestades normativas a órganos del Estado que por disposición de la Constitución no se encuentran subordinados al Presidente de la República.

En la medida en que es la Constitución -y no la ley- la que confiere estas potestades normativas y les reconoce un ámbito propio de competencia, no puede sostenerse que se trate de meras potestades normativas administrativas descentralizadas. En otras palabras, no puede afirmarse sin más que se trata de normas reglamentarias de rango jerárquico inferior a las normas reglamentarias establecidas por el Presidente de la República.

Algunas de las disposiciones constitucionales sobre estas potestades, como las relativas a los Tribunales Superiores de Justicia, provienen sin mayor alteración de la tradición constitucional chilena. En otros casos, la Constitución de 1980 ha clarificado el carácter autónomo del órgano estatal en cuestión, que antes fuera dudoso, cual es el caso de las municipalidades y del Banco Central. De este modo, el sistema jurídico chileno presenta desde 1980 una tendencia más acentuada que la de su historia anterior a la descentralización constitucional de las potestades normativas y al reconocimiento constitucional de ámbitos especiales de competencia. Esta tendencia no ha recibido, sin embargo, una consagración clara y definida en las disposiciones constitucionales respectivas. Los problemas de interpretación que ello suscita deben sujetarse, sin embargo, al menos a cuatro principios básicos.

El esclarecimiento de la distribución de ámbitos de competencia efectuada por la Constitución exige precisar, en cada caso, si se trata de una potestad normativa de ejercicio concurrente o si se trata de una potestad normativa exclusiva. Una potestad normativa es de ejercicio concurrente cuando comparte su ámbito material de competencia con una o más potestades normativas. Una potestad normativa es exclusiva, cuando su ámbito material le está reservado a su ejercicio, con exclusión de otra(s) potestad(es) normativa(s). La importancia de esta diferencia es obvia, tratándose de ámbitos autónomos

La autonomía consagrada por la Constitución se refiere a la posición de estos órganos dentro de la administración del Estado en relación con la supremacía jerárquica del Presidente de la República (Art. 24 C.Pol.). Luego, es posible afirmar como principio general que el ámbito de competencia de estas potestades es exclusivo respecto de la potestad reglamentaria. Las consecuencias prácticas de este principio son:

- (a) la inconstitucionalidad del decreto supremo que regule materias propias del ámbito de competencia de una potestad normativa autónoma;
- (b) en caso de imposibilidad procedimental de hacer valer dicha inconstitucionalidad, la supremacía jerárquica de la regulación establecida en ejercicio de la potestad normativa autónoma.

El principio anterior admite excepciones. La interpretación de la potestad normativa autónoma como de ejercicio concurrente con la potestad reglamentaria es plausible. La regulación de la ley orgánica

constitucional respectiva puede invocarse en este sentido como argumento interpretativo de la regulación constitucional.

La autonomía consagrada por la Constitución no se refiere a la posición de estos órganos en relación con el ejercicio de la soberanía por parte del Congreso Nacional y el Presidente de la República en el ejercicio de la potestad legislativa. La cuestión de si el ámbito de competencia de la potestad normativa autónoma es exclusivo respecto de la potestad legislativa o de ejercicio concurrente con ella debe determinarse atendiendo al Art. 63 C.Pol. (materias de ley). En caso de concurrencia, tienen supremacía jerárquica las normas legales.

No puede excluirse a priori, sin embargo, que la Constitución de 1980 haya configurado un ámbito de competencia exclusivo para un órgano de la administración del Estado constitucionalmente autónomo, incluso respecto de la potestad legislativa. La carga argumentativa corresponde sin embargo a la interpretación que la conciba como potestad exclusiva: in dubio pro lege.

En lo que sigue nos ocuparemos de los principales casos de potestades normativas de órganos autónomos de la administración del Estado.

2. La potestad normativa del Banco Central.

El Banco Central de Chile es un organismo autónomo, de rango constitucional y carácter técnico, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y de composición indefinida (Art. 1° LOC 18.840), que tiene por objeto velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos (Art. 3° LOC 18.840).

El marco regulatorio de los actos del Banco Central se encuentra en los Arts. 108 y 109 C.Pol. y en la LOC 18.840.

El órgano competente para ejercer la potestad normativa y todas las demás atribuciones conferidas al Banco Central es su Consejo, constituido por cinco consejeros designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado (Arts. 6° y 7° LOC 18.840).

El Consejo sesiona válidamente con la asistencia de al menos tres de sus miembros y adopta válidamente sus acuerdos por mayoría de los presentes, salvo que la ley exija un quórum mayor (Art. 11 LOC 18.840).

El ámbito de competencia de la potestad normativa del Banco Central se relaciona principalmente con su función de organismo regulador del sistema financiero y del mercado de capitales (Arts. 34, 35 LOC 18.840), así como de las operaciones de cambio internacional (Arts. 40, 42, 43, 49 LOC 18.840).

El término utilizado para designar el acto normativo válido del Consejo es el de “acuerdo”, del cual se deja constancia en el acta de la sesión respectiva (Art. 11 inciso final LOC 18.840).

Los principales acuerdos adoptados en ejercicio de sus potestades normativas son incorporados por el Banco Central en un texto refundido, coordinado y sistematizado denominado “Compendio”. El Tomo I de este texto corresponde al Compendio de Normas de Cambios Internacionales, y el Tomo II, al Compendio de Normas Financieras. Los acuerdos que establecen normas del Compendio, así como todos los acuerdos de carácter general, deben ser publicados en el Diario Oficial (Art. 67 LOC 18.840).

El carácter concurrente o exclusivo del ámbito material de competencia del Banco Central, así como el rango jerárquico de sus acuerdos son cuestiones inciertas. En todo caso, puede señalarse que:

(a) Los acuerdos del Banco Central se encuentran subordinados tanto a las normas y principios constitucionales como a las normas de su propio marco regulatorio (supra, núm. 11). Especialmente importante a este respecto es la prohibición de discriminación establecida en el inciso final del Art. 98 C.Pol.

(b) En ciertas materias -especialmente en lo que se refiere a la regulación del sistema financiero y del mercado de capitales- es evidente el carácter concurrente de la potestad normativa del Banco Central con la potestad legislativa. En todo este ámbito de concurrencia, el acuerdo del Banco Central ostenta un rango jerárquico inferior al de la ley. Lo anterior se encuentra confirmado por la concesión que hace el propio marco regulatorio legal del Banco Central de un recurso de reclamación en contra de acuerdos ilegales (Arts. 69 y 70 LOC 18.840).

(c) La organización interna del Banco Central es materia de competencia exclusiva de su propia potestad normativa, sin perjuicio de lo que al respecto dispongan la Constitución o la respectiva ley orgánica (Arts. 108 C.Pol., Art. 2° LOC 18.840).

(d) Las relaciones de la potestad normativa del Banco Central con la potestad reglamentaria del Presidente de la República no son fáciles de determinar. Sin embargo, del Art. 19 LOC 18.840 pareciera desprenderse que la ley orgánica ha considerado al ámbito de competencia de la potestad normativa del Banco Central como ámbito exclusivo respecto de las potestades normativas de todos los demás órganos de la Administración Pública³. Esto, claro está, no resuelve la cuestión de modo definitivo, sino que la remite a otro nivel. Pues, para que esta regulación de la LOC 18.840 sea válida, es necesario afirmar que dentro del concepto de “organismo autónomo” del Art. 108 C.Pol. se encuentra comprendida la exclusividad de competencia normativa frente a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, y que la remisión normativa a la LOC respectiva que efectúa ese precepto incluye la facultad de determinar el ámbito de dicha competencia normativa exclusiva⁴.

3. La potestad normativa del Consejo Nacional de Televisión.

El Consejo Nacional de Televisión es un órgano público autónomo, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propio, encargado de velar por el correcto funcionamiento de la televisión (Art. 1° L. 18.838).

El marco de regulación del Consejo Nacional de Televisión se encuentra en el Art. 19 N° 12 inciso sexto y final de la C.Pol. y la L. 18.838, que es de quórum calificado, y que experimentó importantes modificaciones en 1992, en virtud de la L. 19.131.

El Consejo está formado por once miembros, uno de los cuales -su Presidente- es de libre designación por el Presidente de la República, y los diez restantes son designados por él con acuerdo del Senado (Art. 2° L. 18.838).

La atribución constitucionalmente conferida al Consejo Nacional de Televisión consiste en “velar por el correcto funcionamiento de la televisión” (Art. 19 N° 12 inciso final C.Pol.). La Ley 18.838 concreta

en cierto modo el concepto de “correcto funcionamiento” de la televisión⁵, y especifica las atribuciones comprendidas en el concepto de “velar”, dentro de las cuales se encuentra el ejercicio de una potestad normativa para regular dos materias:

la transmisión y recepción de la televisión por satélite (Art. 12 literal f L. 18.838);

la prohibición, mediante la dictación de normas generales, de la transmisión de programas que contengan violencia excesiva, truculencia, pornografía o participación de niños o adolescentes en actos reñidos con la moral o las buenas costumbres (Art. 12 literal l inciso segundo L. 18.838).

El Consejo sesiona en forma ordinaria o extraordinaria, requiriendo para la validez de sus sesiones la concurrencia de la mayoría de sus miembros en ejercicio y para la adopción válida de sus acuerdos el voto de la mayoría de los miembros presentes en la sesión, salvo la exigencia por la ley de un quórum más estricto (Art. 5° L. 18.838). Las normas que dicta el Consejo deben ser publicadas en el Diario Oficial (Art. 12 literal l inciso cuarto L. 18.838).

El ámbito de competencia de la potestad normativa del Consejo es de carácter concurrente con el ámbito de competencia de la potestad legislativa en un importante grado, ya que se refiere a materias también reguladas por la Ley sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo (“Ley de prensa”, Ley 19.733), la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 18.168) y el Código Penal. En todo el ámbito concurrente de competencia, las normas establecidas por el Consejo Nacional de Televisión se subordinan a las normas legales.

Más difícil es determinar las relaciones existentes entre la potestad normativa del Consejo y la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Si bien la reforma introducida por la Ley 19.131 pareciera concebir al Consejo Nacional de Televisión como una institución fiscalizadora funcionalmente descentralizada, pero subordinada jerárquicamente al Presidente de la República -algo así como una “Superintendencia de Televisión”-, lo cierto es que las atribuciones de este órgano no son conferidas por una norma legal, sino por una norma constitucional que expresamente lo declara autónomo. En este sentido, el tipo de competencia del Consejo Nacional de Televisión pareciera ser más bien asimilable al del Banco Central (supra, núms. 17 y ss) que al de las instituciones fiscalizadoras comunes.

4. La potestad normativa municipal.

Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico y cultural de la comuna (Art. 118 inciso tercero C.Pol., Art. 1 inciso segundo LOC 18.695).

El marco regulatorio de la actividad de la municipalidad se encuentra en los Arts. 118 a 126 C.Pol. y en la LOC 18.695. Las normas constitucionales originarias fueron modificadas por la LRC 19.097, de 1991 y por la LRC 19.526, de 1997. La 19.704 autorizó al Presidente de la República para dictar un decreto con fuerza de ley que fijara el texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado de la

ley orgánica constitucional respectiva. Dicho texto fue fijado por el DFL N° 1-19.074, de 27 de Diciembre de 2001.

Los órganos que intervienen en el ejercicio de la potestad normativa municipal –que “constituyen la municipalidad”- son el alcalde y el concejo (Art. 118 inciso primero C.Pol, Art. 2ª LOC 18.695). El alcalde es la máxima autoridad de la municipalidad, elegido y reelegible por sufragio universal por un período de cuatro años (Art. 118 inciso primero C.Pol., Arts. 2º y 56 s. LOC 18.695). El concejo es un órgano colegiado, compuesto por un número variable de miembros elegidos y reelegibles por sufragio universal por un período de cuatro años, de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador (Art. 119 C.Pol., Arts. 71 s. LOC 18.695).

La Constitución designa el ámbito de competencia de la potestad normativa municipal con la mención genérica de “administración local de (la) comuna” (Art. 118 inciso primero C.Pol.). La LOC 18.695 regula más detalladamente este ámbito, distinguiendo entre funciones municipales privativas y funciones municipales concurrentes (Arts. 3º y 4º LOC 18.695).

En tanto ámbitos materiales de competencia de la potestad normativa municipal, las funciones más importantes son las siguientes funciones privativas:

- (a) confección del plan regulador comunal (Art. 3ª-b)
- (b) aplicación de las disposiciones sobre transporte y tránsito públicos (Art. 3º-d);
- (c) aplicación de disposiciones sobre construcción y urbanización; normas de tránsito (Art. 3ª-e).

A las materias anteriores se agrega la organización interna de la municipalidad, incluyendo especialmente la asignación específica de funciones a ciertas unidades y su coordinación (Art. 31 LOC 18.695), así como la regulación de las modalidades de participación de la ciudadanía local en el gobierno comunal (Art. 93 LOC 18.695), incluyendo la integración, organización, competencias y funcionamiento del consejo económico y social comunal, que es un órgano consultivo (Art. 94 LOC 18.695).

Para el cumplimiento de sus funciones, la ley otorga a las municipalidades como “atribución esencial” el dictar resoluciones obligatorias con carácter general o particular (Art. 5º-d LOC 18.695). Estas resoluciones son denominadas de diverso modo, según su objeto y alcance (Art. 12 LOC 18.695):

Las “ordenanzas” son normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad, que pueden incluso establecer multas;

Los “reglamentos municipales” son normas generales obligatorias y permanentes, relativas a materias de orden interno de la municipalidad;

Los “decretos alcaldicios” son resoluciones que versan sobre casos particulares;

Las “instrucciones” son directivas impartidas a los funcionarios subalternos.

En general, el alcalde tiene la potestad de dictar resoluciones obligatorias de carácter general (Art. 63-i L. 18.695). Para la dictación válida de determinadas normas, sin embargo, el alcalde requiere acuerdo del concejo. Los casos más importantes son el plan regulador comunal, las ordenanzas municipales, el reglamento municipal de organización interna (Art. 65-b, k LOC 18.695) y el reglamento de organización del consejo económico y social (Art. 94 inciso 2º LOC 18.695).

Por regla general, el concejo dispone de veinte días para pronunciarse acerca de las proposiciones del alcalde (Art. 82-c LOC 18.695). Transcurrido el plazo sin pronunciamiento del concejo, rige la proposición del alcalde (82 inciso final LOC 18.695).

El concejo se reúne en sesiones ordinarias (dos al mes) o extraordinarias (cuando sea convocado), sesiona válidamente con la mayoría de los concejales en ejercicio y adopta sus acuerdos válidamente por mayoría absoluta de los concejales asistentes en la sesión, salvo que excepcionalmente la ley requiera un quórum mayor (Arts. 84 y 86 LOC 18.695).

Las resoluciones municipales se encuentran exentas del trámite de toma de razón ante la Contraloría General de la República (Art. 52 LOC 18.695).

El hecho que la regulación de ciertas materias por ordenanzas municipales corresponda a una función privativa de la municipalidad según el Art. 3° LOC 18.695 no significa que dichas materias formen un ámbito de competencia exclusivo de la potestad normativa municipal. Las funciones privativas corresponden a materias reguladas por ley y por reglamentos. Esto es reconocido por la propia LOC 18.695, la cual expresamente condiciona la validez de las decisiones de la municipalidad a su conformidad con las normas legales y reglamentarias que regulen dichas materias (Art. 3° literales a, b, d y e LOC 18.695). En consecuencia, cabe concluir que en cuanto a las ordenanzas la potestad normativa municipal tiene un rango jerárquico análogo al de la potestad normativa administrativa descentralizada (supra, § 4, núms. 54 s.).

Por el contrario, la materia que sí parece ser de competencia exclusiva de la potestad normativa municipal es la organización interna de la municipalidad y de la participación ciudadana, incluyendo al consejo económico y social (supra, núm. 34). En este ámbito, la posición de la potestad normativa municipal es más bien análoga a la de la potestad normativa del Banco Central.

Finalmente, en el contexto del establecimiento de reglas jurídicas en ejercicio de la potestad normativa municipal puede darse la posibilidad de la participación directa de la ciudadanía mediante un plebiscito comunal (Arts. 99 a 104 LOC 18.695). Los resultados del plebiscito en el cual haya participado más del 50% de los ciudadanos inscritos en los registros electorales de la comuna respectiva son vinculantes para la autoridad municipal (Art. 101 inciso tercero LOC 18.695).

5. La potestad reglamentaria interna de los órganos autónomos.

A la actuación de los órganos autónomos del Estado -incluidas las dos ramas del Congreso- es aplicable el Art. 7° C.Pol., conforme al cual la validez de las actuaciones de los órganos del Estado depende de su ejercicio en la “forma” que prescriba la ley.

La regla general es que la Constitución se remita a las normas legales para la regulación del procedimiento de actuación de los órganos del Estado. Las leyes respectivas se abstienen, sin embargo, de regular detalladamente el procedimiento de actuación de estos órganos, remitiéndose a su vez para tal efecto a reglamentos que han de ser dictados por los propios órganos. La potestad normativa correlativa a este mandato de reglamentación -la “potestad reglamentaria interna”- se transforma así en un modo de creación de reglas procedimentales de importancia en el sistema jurídico chileno.

Un ejemplo de lo anterior se encuentra en la potestad reglamentaria interna de la Cámara de Diputados y el Senado, la cual es presupuesta por la Constitución como una potestad normativa propia de cada

una de las dos ramas del Congreso (Art. 56 inciso 2° C.Pol.). La LOC 18.918 establece además que las Cámaras del Congreso tienen “la facultad privativa” de dictar normas reglamentarias para regular su organización y funcionamiento interno (Art. 4°).

En general, puede afirmarse que tratándose de órganos públicos cuya autonomía frente al poder central de la Administración del Estado se encuentra constitucionalmente reconocida, es razonable entender que al menos en lo que respecta a la regulación de sus aspectos organizacionales y procedimentales internos dichos órganos gozan de un potestad reglamentaria excluyente de la potestad reglamentaria presidencial.

6. Las facultades económicas o administrativas de los Tribunales Superiores de Justicia.

Usualmente, cuando se analiza la actividad de los tribunales de justicia como órganos creadores de normas jurídicas se examina la potestad jurisdiccional en función de su aptitud para generar normas jurídicas, ya sea mediante el efecto de cosa juzgada de las resoluciones judiciales o mediante su efecto como precedentes. Esto será analizado más adelante. Aquí no se analiza la potestad jurisdiccional de los tribunales de justicia (conferida por reglas de adjudicación del sistema), sino aquella potestad normativa que el ordenamiento jurídico chileno confiere (mediante reglas de cambio) a los tribunales superiores de justicia para regular su organización y funcionamiento interno. En cierto modo, se la puede considerar como un caso especial de potestad reglamentaria interna.

La Constitución reconoce y regula los aspectos básicos de tres órdenes jurisdiccionales:

La jurisdicción ordinaria, formada básicamente por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, los Juzgados de Letras y los Juzgados de Garantía (Arts. 76 a 82 C.Pol.);

La jurisdicción especial constitucional del Tribunal Constitucional (Arts. 92 a 94 C.Pol.);

La jurisdicción especial electoral, formada por el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales (Arts. 95 a 97 C.Pol.).

Respecto de estas tres clases de jurisdicción, la Constitución se remite a una ley orgánica constitucional para la regulación de “la organización y atribuciones de los tribunales”, tratándose de la jurisdicción ordinaria (Art. 77 C.Pol.), así como la regulación de la “organización y funcionamiento” del Tribunal Constitucional (Art. 92 inciso final C.Pol.) y el Tribunal Calificador de Elecciones (Art. 95 inciso final C.Pol.).

La ley orgánica constitucional relativa a la jurisdicción ordinaria es el Código Orgánico de Tribunales. Este cuerpo legal confiere a los tribunales de justicia, además de la potestad jurisdiccional, las así denominadas facultades conservadoras, disciplinarias y económicas (Art. 3° COI). De estas tres facultades, la que en esta oportunidad nos interesa es la facultad económica.

Por “facultad económica” -también denominada “facultad administrativa”- se entiende la atribución de adoptar medidas de carácter particular o establecer disposiciones de carácter general para regular la organización y funcionamiento del servicio judicial. El acto del tribunal por el cual se establece disposiciones de carácter general en ejercicio de la facultad económica, así como el texto autoritativo que fija lo establecido por dicho acto, reciben la denominación de “auto acordado”.

Las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema ejercen las facultades económica y administrativas en pleno (Arts. 66 inciso cuarto, 96 N° 4 COT).

Tratándose de las Cortes de Apelaciones, el COT no señala materias precisas de regulación por autos acordados, y restringe por otra parte el ámbito de validez de las normas que eventualmente sean establecidas en ejercicio de sus facultades económicas al ámbito territorial de competencia de cada Corte.

Tratándose en cambio de la Corte Suprema, la ley señala algunas materias como de regulación por autos acordados (distribución de ministros en salas, distribución de materias por cada sala: Arts. 95 inciso quinto, 99 inciso primero COT). Por otra parte, la Constitución la faculta para regular no sólo su propio funcionamiento y organización, sino también aspectos de la organización y del funcionamiento de todos los tribunales ordinarios. Este ámbito de competencia recibe la denominación de “superintendencia económica” (Art. 79 inciso primero C.Pol.). Finalmente, la ley ordena que los autos acordados de la Corte Suprema que sean de aplicación general deben ser publicados en el Diario Oficial (Art. 96 inciso final COT).

La ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional es la LOC 17.997, la cual confiere a este órgano la atribución de reglamentar las materias a que se refiere la ley orgánica mediante autos acordados dictados en sesiones especialmente convocadas al efecto (Art. 90).

La ley orgánica constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones es la LOC 18.460, la cual confiere a este órgano la atribución de regular el procedimiento para la tramitación de las causas y asuntos que se sustancien ante él, mediante autos acordados que deben cumplir los siguientes requisitos: (a) deben asegurar un proceso racional y justo, (b) deben ser adoptados en sesiones extraordinarias, (c) deben ser aprobados con el voto conforme de al menos tres miembros (son cinco en total), y (d) deben ser publicados en el Diario Oficial (Art. 12).

La relevancia práctica de los autos acordados en el sistema jurídico chileno es enorme. Mediante su dictación la Corte Suprema ha regulado los procedimientos para ejercer acciones constitucionales, recursos en general, y también el modo de redactar las sentencias. Pese a su relevancia, no es claro cuál sea el rango jerárquico de los autos acordados ni tampoco si la respectiva potestad normativa de los tribunales superiores de justicia corresponde a una competencia concurrente o exclusiva respecto de las demás potestades normativas del sistema jurídico.

Al respecto puede decirse, en primer término, que la facultad económica y administrativa de los tribunales superiores de justicia es concurrente con las potestades constituyente y legislativa, encontrándose su ejercicio válido en todo caso jerárquicamente subordinado a lo dispuesto por la Constitución y la ley orgánica constitucional respectiva. Cualquier norma relativa a la organización y funcionamiento de los tribunales, establecida en ejercicio de la potestad constituyente, o, con calidad de ley orgánica constitucional por la potestad legislativa, tiene rango jerárquico superior a cualquier norma establecida mediante un auto acordado.

Lo mismo cabe afirmar, como criterio general, en lo que respecta a la relación entre los autos acordados y la potestad legislativa en el ámbito de competencia material propio de la ley ordinaria. Este es el caso, de cualquier auto acordado que regule cuestiones relativas al procedimiento al que deben sujetarse las gestiones o juicios, ya que ésta es una materia de ley ordinaria (Art. 60 N° 3: “codificación procesal”). Siendo éste un caso de regulación concurrente, es aplicable el principio de jerarquía, conforme al cual los autos acordados se subordinan a la ley.

Es posible, sin embargo, que se den casos especiales de autos acordados establecidos en ejercicio de atribuciones específicas consagradas o mandatos de regulación complementaria consagrados en preceptos legales orgánico constitucionales¹¹, y que regulen procedimientos especiales, no sometidos tradicionalmente a regulación legal. En estos casos podría pensarse en la existencia de una reserva de competencia en favor de la potestad normativa del tribunal superior de justicia en cuestión, susceptible incluso de ser reconducida al mandato constitucional de determinación de las atribuciones de los órganos en cuestión, en favor. Tratándose de un ámbito de competencia exclusivo del auto acordado, los eventuales conflictos entre éste y la ley (ordinaria) deberían ser resueltos en favor del primero.

Mucho más importante para la práctica es el problema inverso, esto es, la posibilidad de considerar ciertas materias de procedimientos como materias de reserva reforzada de ley. En la disposición respectiva (Art. 19 N° 3 inciso quinto), la Constitución pareciera establecer una exigencia en sentido estricto de regulación legal de los procedimientos jurisdiccionales, con efecto exclusivo respecto de cualquier otra potestad normativa. De sostenerse esta interpretación, habría que considerar invalidables por inconstitucionalidad todos los autos acordados que pretendan regular cuestiones de procedimiento, al menos en lo que respecta a las actuaciones de las partes en la gestión o juicio.