

LECCIÓN CUARTA

SISTEMA NORMATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN

SUMARIO: I. CUESTIONES GENERALES SOBRE EL SISTEMA NORMATIVO APLICADO A LA ADMINISTRACIÓN. 72. Transformaciones del sistema normativo utilizado por la Administración. 73. Dimensiones del sistema normativo. II. CONSTITUCIÓN. 74. Contenido de la Constitución. 75. Valor normativo de la Constitución. 76. La Constitución como fuente del Derecho Administrativo. III. LEY. 77. El modelo de ley de la CPR de 1980. IV. TRATADOS INTERNACIONALES. 78. Importancia de los Tratados para el Derecho Administrativo. 79. Los Tratados son “preceptos legales”. V. DECRETO CON FUERZA DE LEY. 80. Concepto de DFL. 81. Condiciones del ejercicio de un DFL. 82. Textos refundidos, coordinados y sistematizados. VI. POTESTAD REGLAMENTARIA. A. CONCEPTO. 83. El reglamento y su importancia. B. CARACTERÍSTICAS. 84. La potestad reglamentaria es una potestad normativa. 85. Es una potestad normativa secundaria. 86. Su regulación es constitucional. 87. La potestad reglamentaria de ejecución está acotada en su contenido y extensión. 88. Delimitación de la potestad reglamentaria. VII. RESERVA DE LEY. 89. El contenido de la reserva de ley. 90. Tipos de reserva de ley. 91. Análisis de caso: La publicidad del Tabaco. VIII. DECRETOS. 92. Concepto de Decreto. 93. Tipos de Decretos. IX. POTESTAD NORMATIVA DE ORGANISMOS AUTÓNOMOS. 94. Organismos con potestades normativas. 95. Hay diferencias entre potestades normativas con potestades instructivas. 96. El debate jurídico que generan las potestades normativas de organismos autónomos. X. NORMAS TÉCNICAS. 97. ¿Qué es la normalización técnica? 98. Autoridad responsable de la normalización. 99. Características de las normas técnicas. 100. Diferencia con las regulaciones técnicas. XI. PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO. 101. Importancia de los principios en el Derecho Administrativo. XII. PRECEDENTE. 102. Contenido del precedente administrativo. XIII. JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA. 103. Concepto de jurisprudencia administrativa. 104. Características de la jurisprudencia administrativa. 105. Análisis de caso: ¿Quién manda a quién?: Corte Suprema vs. Contraloría. XIV. INSTRUCCIONES. 106. Concepto de instrucciones. 107. Características de las instrucciones. XV. POLÍTICAS, PLANES Y PROGRAMAS. 108. ¿En qué consisten las políticas, planes y programas? 109. Clasificación de los planes. XVI. LAS RECOMENDACIONES, DIRECTRICES, GUÍAS OPERATIVAS Y MANUALES DE OPERACIÓN. 110. Instrumentos de soft law.

I. CUESTIONES GENERALES SOBRE EL SISTEMA NORMATIVO APLICADO A LA ADMINISTRACIÓN

72. TRANSFORMACIONES DEL SISTEMA NORMATIVO UTILIZADO POR LA ADMINISTRACIÓN. Como usted sabe por sus cursos previos de Teoría General del Derecho y Derecho Constitucional, hasta el siglo XIX la evolución del ordenamiento jurídico se mueve en torno a un doble orden de tensión: (a) la de las formas de producción legislativa y consuetudinaria de las normas, que se resolverá, como es conocido, con un triunfo prácticamente completo de la norma escrita, a fines del siglo XVIII; (b) la que enfrenta al monarca y las asambleas representativas por la hegemonía en la función creadora de las normas, que salda igualmente, en el sistema europeo continental, con un neto triunfo de la institución monárquica, de manera que la inmensa mayoría de la producción normativa tendrá su origen directo en el rey.

La aparición del Estado moderno constitucional, a raíz de las revoluciones liberales del siglo XVIII, no alteran radicalmente el signo de este proceso. La ideología de la revolución liberal, de una parte, consolida definitivamente la victoria de la norma estatal escrita sobre la costumbre y la práctica judicial: la ley, expresión de la voluntad general, pasará a ser considerada como el paradigma de las normas jurídicas en abstracto, y por la otra se consolidará el predominio del Ejecutivo frente a los Parlamentos, dado que si bien la ley es considerada como la norma por excelencia, superior en rango y eficacia, esto no empece el mantenimiento de una activa potestad reglamentaria, cuyas normas, aunque jurídicamente subordinadas, se producen en una cantidad creciente. Este modelo, sobre el cual fue construido el sistema chileno, se caracterizó por la estatalidad; la generalidad y permanencia; la unidad formal; la unilateralidad y la imperatividad²⁸⁷.

Las transformaciones provenientes del Estado de Bienestar tuvieron impactos significativos en este modelo: (a) en primer lugar se produjo una hipotrofia y crisis de la norma escrita, en la medida que la celeridad requerida no es suficiente para abordar complejos problemas (tecnológicos,

²⁸⁷ PANTOJA BAUZÁ, 1994; SANTAMARÍA PASTOR, 2004.

económicos, sociales, etc.); (b) en segundo lugar, esto llevó a una absorción por parte del Ejecutivo en la producción normativa, lo que se tradujo en una hegemonía cualitativa de la regulación, en la asunción por parte del Ejecutivo de la potestad para dictar normas con rango de ley, así como la ampliación de la potestad reglamentaria, y finalmente una incidencia sustantiva en el proceso de producción legislativa; (c) en tercer lugar, la ruptura del modelo clásico de normas, lo que ha supuesto una crisis de la estatalidad, la generalidad, de la unidad formal, la unilateralidad e imperatividad del sistema normativo²⁸⁸.

Hoy el entramado del sistema normativo es altamente complejo y está integrado por la Constitución; la ley y sus múltiples tipos; las normas con rango de ley como los DFL y los textos refundidos coordinados y sistematizados; los Tratados Internacionales; la potestad reglamentaria y los dilemas de la reserva de ley; los decretos generales y de contenido especial; las instrucciones; las normas técnicas; los principios generales de derecho; el precedente administrativo y la jurisprudencia de la CGR. A todo esto debemos agregar las potestades normativas de organismos autónomos (Municipalidades, Gobiernos Regionales, Contraloría, etc.) y las que tienen reconocidas un conjunto de agencias públicas (por ej. SII, Superintendencias, etc.).

Este entramado normativo requiere ser abordado ordenadamente para explicar sus alcances, pero también da origen a un conjunto de controversias no sólo con los particulares, sino que también entre instrumentos y organizaciones públicas.

73. DIMENSIONES DEL SISTEMA NORMATIVO. Por esta razón podríamos señalar que existe una estructura tridimensional del sistema, que permite dar solución a un conjunto complejo de relaciones normativas:

(a) La dimensión vertical, representada en el principio de jerarquía, lo que se traduce en el respeto de la norma de referencia. Esto se manifiesta no sólo en la clásica relación entre la Constitución y la ley, así como entre esta y los actos administrativos. También es manifestación de ella la denominada “inderogabilidad singular”, que presupone que los actos

²⁸⁸ SANTAMARÍA PASTOR, 2004.

administrativos no pueden contravenir el contenido o hacer una excepción a lo señalado en un Reglamento dictado por el Presidente de la República²⁸⁹.

(b) La dimensión horizontal (normas provenientes de diversos entes), representado por el principio de la competencia, cuyo lugar fundamental de discusión serán las denominadas competencias de organismos autónomos, pero también en la competencia exclusiva del Presidente de la República para generar Derecho objetivo²⁹⁰.

(c) La dimensión procedimental, que exige por mandato constitucional (arts. 7º y 63 Nº 18) que todo acto administrativo esté sujeto a un procedimiento administrativo previo.

La manera en como se aborda cada uno de estos aspectos permitirá dar solución al complejo sistema normativo utilizado por la Administración.

²⁸⁹ Ejemplo de esto es lo indicado en la LOCGAR.

Artículo 16. Serán funciones generales del gobierno regional:

d) Dictar normas de carácter general para regular las materias de su competencia, con sujeción a las disposiciones legales y a los decretos supremos reglamentarios, las que estarán sujetas al trámite de toma de razón por parte de la Contraloría General de la República y se publicarán en el Diario Oficial.

²⁹⁰ La Contraloría en el caso de la Circular de Casinos (Dictamen N° 36.737 de 2008) sostuvo que:

“Como es dable observar de lo expuesto, las aludidas disposiciones se encuentran destinadas a detallar los preceptos de la Ley N° 19.995, ya citada, que exigen la obtención de la autorización previa en examen, objetivo que, tal como establece el artículo 32, N° 6, de la Carta Política, corresponde el ejercicio de la potestad reglamentaria que compete al Presidente de la República para la dictación de todos aquellos actos “que crea convenientes para la ejecución de las leyes”, y no puede ser válidamente alcanzado mediante la dictación de una circular emanada de un órgano administrativo inferior, como ha ocurrido en la especie, máxime en cuanto el otorgamiento de la anuencia de que se trata constituye una limitación a la garantía constitucional del artículo 19, N° 21, antes individualizada, impuesta a los particulares por la citada norma legal.

En este contexto, es dable consignar que lo anterior no significa desconocer las facultades que los artículos 36 y 42, N° 7, de la aludida Ley N° 19.995 otorgan al Superintendente de Casinos de Juego, respectivamente, para supervigilar y fiscalizar el cumplimiento de la normativa jurídica y técnica que regula la instalación, administración y explotación de los casinos de juego, así como para interpretar administrativamente dicha normativa, y dictar instrucciones de general aplicación y órdenes para su cumplimiento, sino advertir que, en el ejercicio de las mismas, no puede ese servicio público invadir las competencias que corresponden exclusivamente al Presidente de la República, ya expresadas”.

II. CONSTITUCIÓN

74. CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN. El concepto normativo de Constitución es una noción que se consagra en el vocabulario jurídico en el último tercio del s. XVIII. Son cuatro las ideas sobre las cuales se forja: (a) la de un conjunto de normas de rango superior a cualquier otra manifestación reguladora; (b) la de un texto escrito que codifica las reglas de organización y funcionamiento de los poderes públicos; (c) la de norma fundacional; (d) la de una norma cuya finalidad es limitar el poder del Estado en defensa de las libertades de los ciudadanos.

El conjunto de estas ideas desembarcaron a finales del s. XVIII y principios del s. XIX, en la formación de un modelo conceptual que tendrá diferente suerte en el sistema americano y en el europeo, caso este último que varió por diversas razones (evolución política, ideologías, dispersión doctrinaria, etc.). Esta discusión se centró en múltiples aspectos, entre los que destacó la objeción a la calidad de ley superior, porque significaba imponer formas agravadas de revisión, la existencia de un sistema de control de constitucionalidad, la intangibilidad del texto y una violación al principio de la soberanía parlamentaria.

Esta depreciación del modelo liberal se tradujo en un explícito rechazo del concepto normativo y una sustitución por un concepto material, histórico o sociológico. Este fenómeno que surge en la segunda mitad del s. XIX, llevó a utilizar el texto constitucional como un texto focalizado en la discusión del Estado y del sistema político, lo que llevaría a los conocidos argumentos de Carl Schmitt, Rudolf Smend y Hermann Heller. Esta inasible forma de entender la Constitución, explica para muchos, en parte, la crisis del constitucionalismo de entre guerras y la necesidad de fundamentación como texto político.

Las culpas y efectos de la Segunda Guerra genera la necesidad de reenfocar el concepto normativo de Constitución y su eje articulador, lo que explicará el modelo tras la Ley Fundamental de Bonn y la influencia que esta tuvo en el constitucionalismo del período siguiente.

75. VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN. Por esta razón, hoy existe cierto consenso en orden a ver al texto constitucional como un *texto normativo de contenido jurídico*, que da origen a una *autoatribución de eficacia*, lo que se

traduce en que el texto constitucional sólo tendrá valor normativo en la medida que ella misma exprese la voluntad de autoatribuirse tal condición, que es el objetivo tras el contenido y redacción del art. 6º de la Carta Fundamental.

Pero esta situación da origen a la denominada *aplicación directa* de la Constitución, ampliamente reconocida por la doctrina nacional y habitualmente esgrimida por el Tribunal Constitucional.

Esto se traduce en que la Carta Fundamental es una norma jurídica de aplicación directa e inmediata, de manera que es un instrumento en sí mismo justiciable, en el sentido que puede ser invocado por la autoridad respectiva para resolver una disputa jurídica²⁹¹. De este modo, la Constitución se afirma en sí misma como una efectiva norma jurídica, exigible y exigida. Lo anterior supone, sustantivamente, que el texto constitucional no requiere de la intermediación legal para su aplicación y que los operadores jurídicos pueden invocar su aplicación directa. Pasa así la Constitución a ser precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática. La Carta Fundamental tendrá ahora reglas de valor normativo inmediato, por ejemplo los artículos 6º, 7º y 8º; y otras que tienen valor normativo modulado, por ejemplo art. 38, inciso 1º.

Este criterio ha sido aceptado y promovido por el Tribunal Constitucional, quien señala que “estos preceptos no son meramente declarativos, sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución”²⁹².

Resulta, entonces, que el valor vinculante se explica en un doble sentido, en la medida que no sólo determina la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva para el ciudadano. La obligación indicada es a todos los órganos del Estado, por lo menos así lo ha entendido nuestro

²⁹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA (2006).

²⁹² Sentencia Rol N° 46, C. 21; Rol N° 280, C. 12.

Tribunal Constitucional, de manera que es exigible al Legislador, al Ejecutivo y los Jueces. En efecto, se ha sostenido en torno al artículo 6° de la Constitución que este es la “base institucional que exige de las autoridades públicas, sin salvedad ni omisión, cumplir lo ordenado en él”²⁹³.

El valor normativo de la Constitución, entonces, supone el compromiso de hacerla prevalecer por encima de cualquier otra prescripción normativa, de modo que el ordenamiento entero debe ser interpretado conforme a la Constitución. De este modo las normas constitucionales exigibles son las que recoge el texto positivo de la Ley Fundamental y no cualquiera otras situadas fuera de la misma, por mucha tradición y arraigo que tengan o pueda argüirse para defenderlas.

Sin embargo, este criterio debe ser matizado y considerar que ese *valor normativo* varía dependiendo de la *heterogeneidad* de las normas constitucionales. En efecto, el texto constitucional tiene: (a) normas principales; (b) normas directivas; (c) normas de organización; (d) normas de contenido material; (e) normas garantizadores. Según se observe y considere (por ej. distinción entre norma y principio) el criterio de aplicación directa de la Constitución también sufre variaciones, sobre todo cuando muchas de ellas descansan sobre preceptos abiertos e indeterminados.

Por otro lado, la Constitución opera como *norma suprema*, lo que significa que tiene una *supremacía formal*, que se traduce en una rigidez constitucional (por ej. reformas a la Constitución). Además, la Constitución tiene una *supremacía material*, lo que se traduce en que el texto constitucional tiene una superlegalidad material que da origen: (a) la exigencia de compatibilidad con la Constitución como requisito de validez; (b) la existencia de una jurisdicción constitucional; (c) la utilización de la Constitución como parámetro interpretativo.

76. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. Para la Administración, la Constitución se transforma en un instrumento esencial, porque:

- (a) define su ámbito, como aparece de los artículos 19 N° 21, 24 y 38;

²⁹³ Sentencia Rol N° 410, C. 23. En este sentido también Rol N° 324, C. 5°.

(b) señala sus formas de actuación, como indican los artículos 7° (requisitos de validez de sus actos), 32 N° 6 (reglamentos como actos del Presidente de la República), 35 (exigencias para Reglamentos y Decretos), 65 N° 18 (necesidad de que sus actos se sometan siempre a un procedimiento administrativo).

(c) determina su legitimidad, al condicionar su actuación a una legalidad previa (art. 6°), pero sujeta a la iniciativa del Presidente de la República (art. 63.4. N° 2).

(d) condiciona su organización al establecer un modelo descentralizado o desconcentrado sobre la base de un Estado unitario (art. 3°), distribuido territorialmente en regiones, provincias y comunas. (Capítulo XIV).

(e) define sus múltiples sistemas de control al indicar que está sujeta al control de los jueces (art. 38 inciso segundo), al control político de la Cámara (art. 52), al de la jurisdicción constitucional (art. 92) y al control administrativo amplio y pleno de la Contraloría General de la República (art. 98).

III. LEY

77. EL MODELO DE LEY DE LA CPR DE 1980. Como ya señalamos, la ley ha sufrido una crisis respecto de los objetivos clásicos pensados tras el Estado Liberal. Esto ha ido de la mano de la pérdida de calidad de contenido regulatorio, pero además una ejecutivización de las potestades, lo que ha llevado a una ampliación de los poderes normativos del Ejecutivo y en particular del Presidente de la República. Sin embargo, la ley sigue siendo el eje angular sobre el cual descansa la estructura básica de la Administración y de sus potestades, tal como ya se señaló en el principio de legalidad (ver N°s. 38 y 39).

Como ustedes ya saben por sus clases de Derecho Constitucional, el modelo de competencias de la ley en la CPR de 1980 viene construido por el de la Constitución de la V República Francesa, la cual los redactores de la CPR tenían especialmente presente, y en la que la asignación de los contenidos de la ley iban aparejados con la de la Potestad Reglamentaria y concretamente con la autónoma.

La CPR de 1980 innovó respecto a la Constitución de 1925, en consecuencia, estableciendo: (a) un dominio legal máximo; (b) suponer un conjunto taxativo de materias de ley; (c) elementos sustantivos a la definición de ley, dejando ésta para regulaciones generales y obligatorias que

establecieran las bases esenciales del ordenamiento jurídico (art. 63 N° 20); (d) reconocer la potestad reglamentaria autónoma en todo aquello que no formaba parte de este ámbito de delimitación estricta.

Por otro lado, la CPR creó categorías de leyes según tipo de quórum requerido para su aprobación, modificación o derogación, como lo indica el art. 66. Estas son las: (a) leyes interpretativas de la Constitución; (b) leyes orgánicas constitucionales; (c) leyes de quórum calificado; (d) leyes comunes.

El contenido de detalle de cada una de ellas corresponde al curso de Derecho Constitucional. Nosotros sólo daremos algunas referencias:

(a) Están sujetas al principio de competencia, es decir, entre ellas existe una dimensión horizontal y no vertical (jerárquica)²⁹⁴.

(b) Sobre ellas los tipos de control en la Constitución son diversos (en las LI y LOC es obligatorio el control del TC).

(c) Sobre algunas el TC ha utilizado criterios de interpretación de interés:

(i) en las LOC ha señalado que ellas corresponden a normas concretas y no a textos legales íntegros.

(ii) en las LOC lo que debe calificarse como orgánico constitucional es el núcleo esencial y el complemento indispensable, en relación a la remisión constitucional.

(iii) en estas leyes la calificación de lo orgánico constitucional realizada por el Congreso no vincula al TC.

²⁹⁴ Sostuvo el Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 260 que (C. 25) “si se ha sostenido que las leyes orgánicas constitucionales tienen una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley (Sesiones N°s. 344, 353 y 358, de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y Rol N° 7, de 22 de diciembre de 1981, del Tribunal Constitucional), ello es sólo porque la propia Constitución les ha exigido mayores requisitos de forma, lo que en doctrina se denomina una superlegalidad de forma, pero no porque se haya querido privar a la ley orgánica de su jerarquía normativa de ley frente a la ley superior que es la Constitución. De aquí que el problema respecto de los distintos tipos de leyes sea de competencia y no de jerarquía”; (C. 26). “Que si la ley orgánica constitucional está consagrada entre las materias de ley, de acuerdo con el artículo 60 de la Carta Fundamental, no cabe otra conclusión que no sea que ella es una ley y un precepto legal no puede ser asimilable al concepto de Constitución”.

(iv) en el caso de las LQC ha indicado que lo relevante para determinar ese quórum es la remisión concreta; por ejemplo ha dicho que la LQC del art. 19 N° 21 se exige para realizar una actividad económica por parte del Estado, pero no para privatizar una empresa pública.

IV. TRATADOS INTERNACIONALES

78. IMPORTANCIA DE LOS TRATADOS PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO. LOS Tratados Internacionales en el Derecho Administrativo, han adquirido una importancia significativa, esencialmente, porque han: (a) impuesto obligaciones directas a los organismos administrativos nacionales; (b) establecido cláusulas regulatorias directas; (c) concentrado la atención sobre su jerarquía y efectos para resolver sus relaciones con la Constitución.

Para que el acuerdo de voluntades entre Estados constituya un tratado debe estar regido por el Derecho Internacional. No es un tratado un acuerdo entre Estados sometido a un derecho nacional determinado. El Tratado está destinado a producir efectos jurídicos, es decir, a crear modificar o extinguir derechos y obligaciones internacionales, aun cuando tengan aplicación directa en los derechos nacionales.

Desde finales de los 90 este ha sido uno de los temas más debatidos en la jurisprudencia del TC, cuestión que comenzó con el denominado caso del ACE Bolivia (Rol N° 282), caso en el cual se delimitó el rol del Congreso en la aprobación de los mismos, pero además se realizó la distinción entre los Tratados Internacionales suscritos y aprobados en el ámbito de la potestad reglamentaria del Presidente de la República y aquellos que requerían aprobación del Congreso Nacional. Esta discusión continuó en los siguientes casos: (a) Requerimiento de Límites con Argentina (Rol N° 288); (b) Convenio N° 169 (Rol N° 309); (c) Tratado Minero con Argentina (Rol N° 312); entre otros. Estos criterios fueron recogidos en la reforma constitucional del 2005 que clarificó las reglas de aprobación, control de constitucionalidad y un consenso de que pese a someterse a los “trámites de una ley”, estos son actos normativos distintos a la ley, por estar comprometida las obligaciones y responsabilidades del Estado²⁹⁵.

²⁹⁵ Artículo 54 N° 1, CPR.

Los Tratados son especialmente relevantes hoy en la teoría del Derecho Administrativo, no sólo por los efectos de la “Globalización”, sino que especialmente por constituir instrumentos de aplicación directa en los sistemas nacionales y, en especial, en las normas que debe aplicar la Administración. Entre nosotros, manifestaciones de esta situación las constituyen los casos de: (a) regulación en materia de conservación de la biodiversidad y la naturaleza²⁹⁶; (b) los marcos normativos y de garantías de los Tratados de Libre Comercio, especialmente en los estatutos de protección a los inversionistas²⁹⁷;

²⁹⁶ Es el debate tras la aplicación de la Convención de Washington y sus criterios de protección en áreas silvestres protegidas. En este sentido ver, por ejemplo, el dictamen N° 56.465, de 2008.

²⁹⁷ Vid., por ejemplo el TLC con EE.UU., que en el Capítulo X, bajo la sección Inversión, en el artículo 10.9, denominado “Expropiación e indemnización”, señala.

1. Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”) salvo que sea:

- (a) por causa de utilidad pública;
- (b) de una manera no discriminatoria;
- (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización, de acuerdo con los párrafos 2 a 4, y
- (d) con apego al principio de debido proceso y al artículo 10.4 (1) a (3).

2. La indemnización deberá:

- (a) ser pagada sin demora;
- (b) ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (“fecha de expropiación”);
- (c) no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación, y
- (d) ser completamente liquidable y libremente transferible.

3. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda de libre uso, la indemnización pagada no será inferior al valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, más los intereses a una tasa comercialmente razonable por esa moneda, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

4. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda que no es de libre uso, la indemnización pagada –convertida a la moneda del pago al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha del pago– no será inferior a:

- (a) el valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, convertida a una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en esa fecha, más
- (b) los intereses, a una tasa comercialmente razonable por esa moneda de libre uso, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

5. Este artículo no se aplica a la entrega de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual conforme con el ADPIC, o a la revocación, limitación

(c) aplicación de reglas regulatorias directas de sectores, como sucede en propiedad intelectual²⁹⁸.

79. LOS TRATADOS SON “PRECEPTOS LEGALES”. Una de las cuestiones centrales entre nosotros, además de la relativa a la tramitación de los Tratados, ha sido el denominado debate sobre la “jerarquía” o “preminencia” de los tratados en el Derecho Interno.

Como se sabe, esa es una discusión que se centró fuertemente en los casos de Derechos Humanos, por aplicación del artículo 5º.2 de la CPR tras la reforma constitucional de 1989, y que el Tribunal de un modo radical trato de zanjar –equivocadamente en mi opinión– el año 2002, sosteniendo que los Tratados en esta materia tenían la misma jerarquía que la ley²⁹⁹.

Este tema se planteó nuevamente en la discusión de la LOCTC. En dicha oportunidad el Congreso aprobó una norma en que señalaba que se encontraba dentro de las causales de inadmisibilidad del recurso de inaplicabilidad “cuando se promueva (la cuestión) respecto de un precepto que no tenga rango legal o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente”. Esta norma fue declarada inconstitucional, porque en opinión del Tribunal los “Tratados” una vez dictado deben ser considerados “preceptos legales”, porque están sometidos a la Constitución³⁰⁰.

V. DECRETO CON FUERZA DE LEY

80. CONCEPTO DE DFL. Por su parte, los DFL son definidos como el acto que dicta el Presidente de la República sobre asuntos propios de

o creación de dichos derechos en la medida que dicha revocación, limitación o creación sea compatible con el Capítulo Diecisiete (Derechos de propiedad intelectual).

²⁹⁸ STC Rol N° 1288, c. 43 a 56.

²⁹⁹ STC Rol N° 346.

“72º. Que, si aplicamos el criterio de interpretación de unidad y coherencia del texto constitucional, es evidente que el artículo 5º, inciso segundo, de la Ley Fundamental no puede analizarse aisladamente y debe armonizarse con las siguientes disposiciones constitucionales, lo que nos lleva a hacer primar las normas fundamentales sobre las de los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes y ratificados por Chile;”.

³⁰⁰ STC Rol N° 1288, c. 43 a 56.

ley, previa delegación hecha por el Parlamento. La delegación es un acto de cooperación constitucional en virtud del cual el legislador faculta al Presidente para sustituirlo condicionalmente en la regulación de algunas de las materias del dominio legal. En el DFL hay una excepción para una regulación específica del sistema normal de distribución de competencia normativa. En esta estructura normativa concurren los aspectos propios de un Decreto (su forma de emisión) y de la Ley (sus efectos), distinción que es relevante para valorar sus características, efectos y control.

Existe bastante consenso en la doctrina y la jurisprudencia en lo que significa un Decreto con Fuerza de Ley, en el sentido de que es un acto que en virtud de una autorización legislativa expresa, dicta el Poder Ejecutivo sobre asuntos que constitucionalmente son materias de una ley, con las restricciones materiales y temporales que le impone la Carta Fundamental³⁰¹.

81. CONDICIONES DEL EJERCICIO DE UN DFL. Existe acuerdo en los criterios y condiciones constitucionales exigidos para la dictación legítima de un DFL³⁰²: (a) existencia de una ley autorizante; (b) sobre materias concretas; (c) que no se puede extender a materias prohibidas por el texto constitucional; (d) sujeto al trámite de toma de razón; (e) en la vigencia y efectos, sujetos a las normas que rigen la ley.

Dada la naturaleza del DFL, la idea central sobre la cual descansa es que debe respetar no sólo las disposiciones constitucionales, sino que también y de manera muy especial, las estipulaciones y limitaciones contenidas en la ley autorizante o delegatoria de facultades. Esto último es lo esencial, porque debemos tener siempre presente que cuando el Ejecutivo dicta decretos con fuerza de ley, no lo hace en virtud de su potestad propia, sino que en uso de facultades legislativas que le han sido transitoriamente otorgadas. De allí entonces que no pueda salirse del marco de aquéllas a riesgo de viciar el acto que así produce³⁰³.

³⁰¹ SILVA CIMMA (1992) 126 .

³⁰² Artículo 64 CPR.

³⁰³ Ver SILVA CIMMA (1992) 134.

Por esta razón, de conformidad a lo señalado en el art. 99 de la Carta Fundamental, refiriéndose a las atribuciones de la Contraloría General de la República, dispone en su inc. 2º que “Corresponderá, asimismo, al Contralor General de la República tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución”.

El Tribunal Constitucional ha señalado que cuando el DFL viola o excede la ley delegatoria no existe un problema de legalidad, sino concreta y específicamente uno de constitucionalidad³⁰⁴.

De este modo, si un DFL pretende regular materias que no se encuentran en la ley delegatoria, este deviene en inconstitucional, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional o bien exige al operador realizar un esfuerzo interpretativo de modo de evitar la repudiación de la norma del sistema legal.

82. TEXTOS REFUNDIDOS, COORDINADOS Y SISTEMATIZADOS. Finalmente, tenemos los textos refundidos coordinados y sistematizados. Mediante este

³⁰⁴ Ver STC Rol N° 392, C. 9 y 10: “(9)Que, del texto constitucional transcrito, interesa destacar lo que prescribe su inciso cuarto, puesto que es de absoluta nitidez que si la Norma Fundamental exige que la ley delegatoria señale las materias precisas sobre las que recae la delegación, es porque esta delegación sólo autoriza al Presidente de la República para actuar dentro de los límites determinados en la autorización correspondiente y, al sobrepasarlos, es notorio que está contraviniendo la prohibición contenida en el precepto en comento, así como, en el artículo 60 de la Carta Fundamental y que, en consecuencia, adolece de inconstitucionalidad el respectivo decreto con fuerza de ley. Por otro lado, es igualmente notorio que si en el decreto con fuerza de ley se sobrepasan los límites establecidos por el Poder Legislativo, no sólo se está invadiendo el campo de la reserva legal, sino que, además, se infringe el artículo 7º de la Carta Fundamental, desde que ese acto jurídico ha sido expedido por el Presidente de la República fuera del ámbito de su competencia, lo que lo hace, también, inconstitucional; (10) Que, las conclusiones anteriores se ven confirmadas por los antecedentes de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución que elaboró el anteproyecto de la actual Ley Fundamental. En efecto, el Presidente de dicha Comisión, refiriéndose a este tema expresó: “los decretos con fuerza de ley, ... que exceden la autorización legislativa o el marco constitucional, ... son inconstitucionales y, por lo tanto, caen dentro de los términos del inciso que dispone que el desacuerdo deberá ser resuelto por el Tribunal Constitucional” (sesión N° 322, pág. 1702). Aun cuando pudiera parecer innecesario, es útil reiterar, una vez más, que lo recién expuesto viene, además, a ratificar la competencia de este Tribunal para conocer de la cuestión de que se trata.

tipo de decretos se coordina, refunde y sistematiza en un texto único una pluralidad de leyes que inciden sobre un mismo objeto, sin que pueda alterarse la regulación sustantiva ni el rango de estas normas. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, la labor de sistematizar, coordinar y refundir implica ordenar metódicamente, incorporando a un sistema normas que anteriormente se han juntado o refundido previa eliminación de las derogadas, contradictorias o ineficaces, de modo que el texto que en definitiva resulte guarde un orden lógico³⁰⁵. Es decir, en este tipo de decretos la Administración realiza una labor técnica, no creadora o innovadora, pues no crea nuevas normas ni les altera su rango normativo. El fundamento de este tipo de decretos es insertar sistemáticamente en un sólo cuerpo normas dispersas, incompletas o desactualizadas, por razones de certeza y seguridad jurídica. En el caso de estos Decretos, existió debate durante muchísimo tiempo sobre su naturaleza y procedencia.

En efecto, la jurisprudencia de la Contraloría desde finales de 1980 sostuvo que como estos decretos importaban tratar con una norma de rango legal, los decretos que las refundían debían ser entendidos por decretos con fuerza de ley, y las leyes que lo permitían como leyes delegatorias³⁰⁶. El mismo criterio fue el seguido por el Tribunal Constitucional³⁰⁷. El efecto de comprender de esta modo el ejercicio de estas facultades, era que el texto refundido, coordinado y sistematizado pasaba a tener la calidad de decreto con fuerza de ley, con todas sus regulaciones y limitaciones: norma dentro de la habilitación, plazo para la dictación, restricción de materia, etc.

Considerando estos aspectos, y la cada vez más prolífica regulación legislativa de la cual ya se han hecho cargo muchísimos autores, la reforma constitucional de 2005, lo incorporó en nuestro sistema constitucional como una norma de carácter permanente que operara como un instrumento de racionalidad en la regulación legal (art. 64, inc. 5º). Se buscaba específicamente que las normas legales se bastaran así mismas de manera

³⁰⁵ STC Rol N° 232.

³⁰⁶ Dictámenes N°s. 25.967, de 1987; 15.308, de 1990; 26.123, de 1991; 6.396, de 1993; 9.374, de 1996; 64.570, de 2004.

³⁰⁷ Rol N° 192.

comprensible, de modo de facilitar razonablemente la presunción de conocimiento de la ley³⁰⁸.

Así, mediante el establecimiento de una potestad constitucional se permite al jefe de Estado dictar textos refundidos, coordinados y sistematizados cuando aparezca necesario para la mejor ejecución de las leyes, pero sólo con tal finalidad ya que por esta vía el Presidente de la República no se puede transformar en legislador objetivo, sino tan sólo en un mero sistematizador de las regulaciones legales. De esta manera, no puede por este medio alterar el verdadero sentido y alcance de las disposiciones legales vigentes. En otros términos, mediante esta competencia el Presidente sólo ejerce funciones de ejecución de la ley, que se exponen con rango de decreto con fuerza de ley como consecuencia que lo sufre transformación formal es la ley³⁰⁹.

VI. POTESTAD REGLAMENTARIA

A. Concepto

83. EL REGLAMENTO Y SU IMPORTANCIA. Tradicionalmente se entiende por reglamento toda disposición jurídica de carácter general dictada por la Administración (el Presidente de la República) y con valor subordinado a la ley³¹⁰.

Habitualmente se indica que los reglamentos ofrecen una doble vertiente³¹¹: (a) por su procedencia son actos administrativos sometidos al principio de legalidad, indelegables³¹² y sujetos obligatoriamente al trámite de toma de razón³¹³, y (b) por su contenido son normas de derecho objetivo, es decir son generales, obligatorios y permanentes³¹⁴.

³⁰⁸ PFEFFER (2005) 323.

³⁰⁹ CARMONA SANTANDER (2005) 771.

³¹⁰ GARRIDO FALLA (2002) 270; SÁNCHEZ MORÓN (2005) 179.

³¹¹ GARRIDO FALLA (2002) 270.

³¹² Vid. art. 35 de la CPR y STC Rol N° 153, C. 16.

³¹³ Vid. art. 98 CPR y art. 10 LOCCGR.

³¹⁴ SILVA CIMMA (1992) 160.

El Tribunal Constitucional ha señalado, STC Rol N° 153:

Sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria se ha construido buena parte del desarrollo del Derecho Público a nivel comparado. Lo que refleja la potestad reglamentaria es la manera en que un sistema legal distribuye las atribuciones normativas en un Estado de derecho. En su evolución está la tensión permanente entre el desarrollo del sistema de separación de poderes en su versión liberal francesa y el del principio monárquico propio del sistema alemán en el siglo XIX³¹⁵. Gran parte del debate del siglo XX estará centrado en la forma y modo en como este concepto se logra desarrollar³¹⁶.

“7°. Que, entre las características fundamentales de los decretos dictados por el Presidente de la República o decretos supremos cabe señalar las siguientes: pueden referirse tanto a materias de general aplicación como a casos particulares. De acuerdo con lo expresado por el profesor don Alejandro Silva Bascuñán, decreto supremo es aquella disposición de gobierno o administración del Estado que, fundada en la Constitución o en la ley, dicta el Presidente de la República con carácter especial y particular.

Si el decreto reviste un carácter general y permanente, con el objeto de favorecer la ejecución de la ley o el ejercicio de alguna de las funciones de administración o de gobierno, toma el nombre de reglamento;

8°. Que en el mismo sentido se pronuncia el profesor don Patricio Aylwin, diciendo que el reglamento es un decreto supremo que contiene un conjunto de disposiciones armónicas destinadas a facilitar la ejecución de la ley.

De esta definición desprende el autor los elementos que integran el reglamento: a) el reglamento es un decreto supremo, b) este decreto supremo contiene un conjunto de disposiciones armónicas. Esta es su particularidad como decreto: es un decreto de carácter general.

A lo anterior podríamos agregar como característica del reglamento que por su carácter general *no se agota con su cumplimiento* como sucede con el simple decreto;”.

³¹⁵ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (2005, II) 2143, el origen histórico del reglamento es tributario de la concepción que sobre las relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo se fue imponiendo a lo largo de un interesante proceso que comienza en los momentos iniciales de la Revolución Francesa. Desde las primeras decisiones revolucionarias se advierte la tendencia, dada la consideración rígida del principio de separación de poderes de la que se partía, en negar al Poder Ejecutivo todo tipo de potestad normativa, lo que ciertamente no pudo sostenerse en el tiempo y dado los continuos cambios en el siglo XIX, se terminó por reconocer una potestad reglamentaria de ejecución. Por otro lado, en Alemania el tema del origen de la potestad reglamentaria está íntimamente ligado a los avatares del principio monárquico. Este último constituye un elemento estructural decisivo del período que explica el reparto de la potestad normativa entre los Parlamentos y los monarcas; a favor de estos últimos, por consiguiente, juega una presunción de competencia normativa residual en virtud de la cual les corresponde la regulación de todas aquellas materias que no hubiesen sido expresamente atribuidas a los Parlamentos.

Para un análisis de detalle de esta evolución ver MUÑOZ MACHADO (2006) 862, 876.

³¹⁶ MUÑOZ MACHADO (2006) 854, 855; SILVA CIMMA (1992) 153; SÁNCHEZ MORÓN (2005) 181; MELERO ALONSO (2005) 71, 94.

El reglamento es una norma que, para llegar a ocupar la importante posición que actualmente tiene en todos los ordenamientos del mundo, ha debido superar su aparente contradicción con el principio de separación de poderes, que es una base esencial de todos los sistemas constitucionales occidentales, y que parece imponer la atribución exclusiva al Parlamento del poder de dictar normas generales³¹⁷.

La caracterización y el establecimiento de sus límites es relevante porque el reglamento innova en el ordenamiento jurídico con vocación de permanencia, lo que lo transforma en un instrumento ordenador que, como tal, se integra al ordenamiento, completándolo y erigiéndose en una pauta rectora de ulteriores relaciones y situaciones jurídicas, y cuya eficacia no se agota en su aplicación, sino que permanece, situado en un plano de abstracción.

De este modo, si bien el modelo de distribución normativa de carácter objetivo se distribuye entre la ley y la potestad reglamentaria del Presidente de la República, lo cierto es que resulta evidente el rol secundario de esta última frente a la ley por las razones y motivos que expondremos a continuación.

B. Características

84. LA POTESTAD REGLAMENTARIA ES UNA POTESTAD NORMATIVA. De lo que hemos señalado podemos indicar que la potestad reglamentaria supone que los reglamentos contienen normas jurídicas de carácter objetivo, que no se agotan por su ejecución (como en el caso del simple decreto) y que en consecuencia se insertan en el ordenamiento jurídico oponiéndose a los actos particulares, y definen la validez de la estructura de actuación de la Administración³¹⁸.

Esto explica que los Reglamentos obligan a los ciudadanos y al resto de los órganos del Estado, incluido el Legislativo y el Poder Judicial, pero también supone que los actos administrativos dictados por la Administra-

³¹⁷ MUÑOZ MACHADO (2006) 852.

³¹⁸ SANTAMARÍA PASTOR (2004) 330, 341.

ción deben respetar los contenidos de aquellos como condición inexcusable de validez. Esto es lo que se denomina: inderogabilidad singular de los reglamentos.

85. ES UNA POTESTAD NORMATIVA SECUNDARIA. Sin perjuicio de la manera en que está distribuido el poder normativo en la Constitución y el cual se le reconoce también a la Administración, mediante el Reglamento, la existencia de este último sólo se explica en una función de subordinado frente a la ley, en la medida que para el sistema constitucional la ley sigue siendo la fuente primaria del sistema. En efecto, la única manera de comprender la potestad de ejecución y la autónoma es por oposición al rol de la ley en su primacía formal (jerarquía), material (invulnerabilidad), objetiva (materias a regular) y directiva (contenido de los reglamentos). Esto supone el ejercicio de esta potestad sometida completamente a su contenido normativo final y a la distribución material, en que no puede sobrepasar ni innovar en los contenidos de la ley, lo que es evidente porque para el reglamento la ley y su contenido son un espacio invulnerable, cualquiera sea la denominación de la potestad que se ejerce³¹⁹.

86. SU REGULACIÓN ES CONSTITUCIONAL. Forzoso es concluir, entre nosotros, que si el principio de legalidad de la Administración exige que las potestades vengan atribuidas, concreta y específicamente, por el ordenamiento jurídico, no es en la discrecionalidad de la administración en donde esta potestad encuentra su fundamento. En efecto, la existencia de una potestad reglamentaria general del Presidente de la República se debe a una específica atribución constitucional³²⁰. Es en la Constitución, por tanto, donde debe encontrarse el fundamento de la

³¹⁹ En la STC Rol N° 282, c. 10, se afirmó:

“Que el esquema doctrinario precedente encuadra perfectamente con nuestro ordenamiento jurídico que contempla grados jerárquicos perfectamente decantados y en que la legitimidad de cada norma se justifica en función de su conformidad con la que la precede en dicha escala, en forma directa e inmediata.

Como bien se sabe, los actos derivados de la llamada “Potestad Reglamentaria de Ejecución” del Presidente de la República *ocupan un tercer lugar jerárquico bajo la Constitución y la ley*. En efecto, dicha actividad reglamentaria es “*infra legem*” o “*sublegal*”.

³²⁰ SILVA BASCUÑÁN (2004) 125; SILVA CIMMA (1992) 156, GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ (2006).

potestad reglamentaria, circunstancia fácilmente explicable por la innegable importancia que bajo el texto de la Constitución de 1980 obtuvo el ejercicio de la misma.

Es una circunstancia conocida que el modelo de distribución de competencias normativas ideado por la CPR de 1980, supuso un reforzamiento de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, extendiéndola de la clásica potestad de ejecución al ámbito de la potestad reglamentaria autónoma, en el entendido que siguiendo el modelo de la Constitución de la V República Francesa (1958), se establecía un dominio legal máximo, dejando lo que no ocupaba esa reserva a la existencia de una potestad reglamentaria autónoma, también denominada independiente en el derecho comparado³²¹⁻³²⁴.

87. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE EJECUCIÓN ESTÁ ACOTADA EN SU CONTENIDO Y EXTENSIÓN. Sabemos, por lo visto hasta ahora, que las formas

³²¹ VERDUGO, NOGUEIRA, PFEFFER (1994, II) 98, 99; CEA EGAÑA (1984) 422, 423; SILVA BASCUÑÁN (2000) 13, 14.

El Tribunal Constitucional ha dicho, STC Rol N° 242:

17°. Que, la Constitución en actual vigencia al precisar que sólo son materias de ley las que taxativamente enumera en su artículo 60 cambió el sistema del dominio legal mínimo establecido por el artículo 44 de la Constitución de 1925, que contenía una enumeración no estricta ni rígida, sino abierta, de quince materias que sólo en virtud de una ley podían ser reguladas, haciendo procedente la ley en cualquiera otra materia en que la Constitución no la hubiera reservado expresamente a otra autoridad, por el sistema de dominio legal máximo o de dominio reservado a la ley, en el que ésta debe contener solamente aquellas normas destinadas a resolver los problemas más importantes de la Nación, esto es, limitada sólo a las bases esenciales sobre el ordenamiento jurídico que establece, pero sin penetrar al ámbito exclusivo de la potestad reglamentaria propia del órgano ejecutivo;

18°. Que, el cambio de criterio referido se justifica sin duda en la conveniencia y necesidad de asegurar al Gobierno mayores facultades de ejecución para resolver los asuntos de bien común e interés general que no sean de aquellos que por su trascendencia política deban ser tratados de manera conjunta por el Presidente de la República y el Congreso, y se corrobora con lo que dispone el N° 8° del artículo 32 de la Constitución, conforme al cual es atribución exclusiva del Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal;

En igual sentido se pronuncia la sentencia Rol N° 370, C. 14.

³²² Por estas razones el Tribunal Constitucional (STC Rol N° 591, C. 20), ha señalado:

“Que fluye de los preceptos referidos o transcritos (arts. 32 N° 6 y 63) una serie de conclusiones, las cuales aparecen resumidas a continuación: Primera, la Constitución

de formación reglamentaria se definen por su relación con la ley. En efecto, y siguiendo una categoría antigua que ha servido de base para esta distinción ideada por Von Stein, se distingue entre reglamentos *secundum legem* (potestad reglamentaria de ejecución), es decir, los dictados en desarrollo y para la aplicación de una ley; y los reglamentos *praeter legem* (autónomos o independientes en el derecho comparado), es decir, los dictados en ausencia de ley y sin que la materia sea objeto de la misma³²³.

Esta clasificación ha servido de antiguo para distinguir los ámbitos de los poderes reglamentarios de la Administración. La potestad reglamentaria de ejecución es la manifestación más tradicional de los poderes normativos de la autoridad administrativa, desarrollada del modelo liberal y que, entre nosotros, los diversos textos constitucionales replicaron sistemáticamente.

El debate central tras su ejercicio se ha concentrado en los límites del ejercicio de la misma o bien hasta donde es posible que esta potestad pueda colaborar con la ley para su ejecución.

88. DELIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. La potestad reglamentaria de ejecución supone la dictación de reglamentos que desarrollan, pormenorizan o complementan una ley, facilitando la aplicación de los mandatos legales³²⁴, pero que no pueden innovar y vulnerar el contenido

radica, única y excluyentemente, en el Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria, prohibiendo delegar tal ejercicio cuando se trate de reglamentos o decretos supremos reglamentarios; segunda, la Carta Fundamental permite al Primer Mandatario, cuando así lo disponga por escrito y previamente, delegar el desempeño de esa potestad, pero sólo tratándose de decretos supremos e instrucciones, nunca de reglamentos; tercera, tal delegación cabe siempre que sea efectuada de conformidad con las normas que la ley establezca para ese efecto, de modo que se trata de una decisión reglada y no discrecional, y cuarto, que a los Ministros de Estado les corresponde proponer las políticas nacionales, las que en todo caso deberán ser de competencia final del Presidente de la República”.

³²³ SANTAMARÍA PASTOR (2004 I) 344.

³²⁴ El Tribunal Constitucional, STC Rol N° 325 C. 25, la define como aquella “destinada a facilitar, a dar debida aplicación a la ley y cuya causa directa es ésta y su origen mediato es la Carta Política”.

normativo entregado por la ley³²⁵. En otros términos, el Presidente de la República goza de poder de emitir reglas que propendan a la observancia, eficacia y eficiencia en la aplicación de las leyes, pero carece de autorización, dentro de su potestad reglamentaria propia, para dictar preceptos que van más allá, contradigan, se opongan o extralimiten los términos mismos de la ley en que se basan³²⁶.

De este modo se afirma que un Decreto Supremo no ejecuta la ley, sea por exceso o insuficiencia cuando: (a) es simplemente contrario a la

Con mayor precisión ha dicho, STC Rol N° 370 C. 23, que la Potestad Reglamentaria de ejecución “puede ser convocada por el legislador, o ejercida por el Presidente de la República, *nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes*, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica”.

En el mismo sentido STC Rol N° 410, C. 50.

³²⁵ Vid. CAZOR ALISTE (2002) 179.

Afirma el Tribunal Constitucional, siguiendo este criterio, que una norma legal debe ser declarada inconstitucional si se permite que mediante la potestad reglamentaria de ejecución se puedan dictar normas que innoven en el ordenamiento jurídico más allá de la regulación legal. Afirma, STC Rol N° 276 que:

10°. Que en suma, y en cuanto dice relación con el caso sub-lite, la creación, modificación o supresión de las plantas de personal en estudio como, asimismo, la fijación de las atribuciones de sus cargos o empleos *es una materia de “reserva legal” que excluye la posibilidad de que ella sea establecida por decretos supremos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria, autónoma, y menos todavía de ejecución, del Presidente de la República. Al respecto cabe destacar que es la Constitución la que establece las materias que son propias de ley, de manera tal, que la ley que pretenda alterar esa competencia y disponer que por un decreto puede modificarse lo establecido en una norma legal es abiertamente inconstitucional;*

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

³²⁶ SILVA BASCUÑÁN (2004) 131.

ley; (b) altera los preceptos de la ley que desarrolla; (c) va más allá del establecimiento de normas para el cumplimiento y aplicación de una ley; (d) omite un trámite esencial de procedimiento que impide el ejercicio de un derecho o priva de los medios de defensa al afectado; (e) contraría, modifica y amplía el sentido y alcance de un precepto legal; (f) impone exigencias adicionales a las establecidas por la ley; (g) establece nuevos requisitos o limitaciones, derogando o haciendo inoperante la aplicación de la ley³²⁷.

Para delimitar adecuadamente el ámbito del ejercicio de la Potestad Reglamentaria de ejecución, es necesario indicar que³²⁸:

(a) Esta opera para permitir la *aplicación efectiva* de un cuerpo normativo de carácter legal, es decir, de materias que la Constitución ha reservado a ella.

(b) Si bien mediante la potestad reglamentaria de ejecución se crea norma jurídica, es decir, derecho objetivo, esta se sujeta a un límite concreto que lo constriñe a la circunstancia de actuar como un *complemento indispensable*, en otros términos el estrictamente necesario para una ejecución adecuada de la ley, lo que supone que tras esta fundamentación no se puedan ocultar regulaciones normativas que limiten derechos o situaciones jurídicas favorables establecidas por la ley³²⁹.

(c) Debe sujetarse a un *principio de no contradicción* entre el contenido del reglamento y de la ley, en el sentido que la ley constituye un núcleo de disposiciones intangibles para el reglamento, lo que significa que en ningún caso puede contradecirla.

³²⁷ GARCÍA PINO (2004) 207.

Ver en este sentido SsTC Roles N°s. 146 (C. 16-20); 185 (C. 12); 204 (C. 10); 247 (C. 20); 325 (C. 45 y 46); 460 (C. 35); 465 (C. 19). Ver también dictámenes N°s. 36.737 de 2008; 33.291 de 2008; 28.896 de 2008; 29.554 de 2007; 40.432 de 2004.

³²⁸ Seguimos en esto la metodología propuesta por SANTAMARÍA PASTOR (2004 I) 373. En igual sentido CALVO CHAPARRO (1995) 239.

³²⁹ De ahí que el Tribunal Constitucional considere a la ley y al reglamento de ejecución de que se trate como un todo armónico de una regulación. STC Rol N° 253, C. 4.

(d) Por último, las normas de la ley son la *directriz interna* predeterminadora del contenido del reglamento, lo que supone que la regulación que este último establezca ha de ser plena e internamente coherente con el programa normativo sustancial que la ley ha diseñado, de manera que responda a los mismos criterios y principios inspiradores³³⁰.

VII. RESERVA DE LEY

89. EL CONTENIDO DE LA RESERVA DE LEY. El reparto de competencias entre el ejercicio del poder normativo de la ley y del reglamento responde a lo que tradicionalmente se denomina principio de reserva de ley, lo que supone que ni la ley puede definir libremente su ámbito de actuación, regulando o dejando de regular unas y otras materias, ni el reglamento puede actuar a su arbitrio en todas las materias no ocupadas por el legislador; y *ello porque la norma constitucional exige que la regulación de determinadas materias se lleve a cabo precisamente por la ley*.³³¹

Como se indica, la reserva de ley responde a una categoría evolutiva, vinculada inicialmente al aseguramiento de la separación de poderes y a garantizar los derechos de las personas³³², pero que, en el avance del constitucionalismo, ha ampliado su significado institucional. Se refiere actualmente no sólo a la garantía de los derechos, sino a la imposición de límites al legislador y a la exigencia de que las leyes adopten las decisiones esenciales en todas las materias en que intervienen los poderes públicos, aunque no se trate de regular o limitar derechos y, además, que lo hagan incorporando un contenido normativo suficiente para predeterminar las decisiones de carácter aplicativo y concreto que adopten los tribunales y la Administración Pública³³³.

³³⁰ El Tribunal Constitucional ha señalado, STC Rol N° 254 C. 14, que: “(...) Lo anterior corresponde a lo que en doctrina se denomina “razonabilidad técnica” y que, en el caso que nos ocupa, se traduce en una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios que planifica el decreto para lograrlos. En otras palabras, debe existir una correspondencia entre las obligaciones que la norma impone y los propósitos que la ley quiere alcanzar”.

³³¹ SANTAMARÍA PASTOR (2004 I) 361.

³³² Vid. GARCÍA MACHO (1988). Entre nosotros ver a ZAPATA LARRAÍN (2008) 510 y FERMANDOIS (2006) 151.

³³³ MUÑOZ MACHADO (2006) 876.

Este tema con diversas denominaciones e intensidad se encuentra presente en la mayoría de los sistemas comparados y sus delimitaciones es uno de los principales aspectos de la conflictividad a la cual se encuentra sujeta la Administración, de la cual el mejor ejemplo es el modo en que ha sido analizado por nuestro Tribunal Constitucional³³⁴.

90. TIPOS DE RESERVA DE LEY. Siguiendo el modelo normativo diseñado por la CPR, esta dejó reservada a la ley tres grandes ordenes de materias: (a) aquellas que taxativamente enumera el artículo 63; (b) aquellas que la Constitución encomienda a la ley a través de reservas específicas, cuya manifestación más evidente son los diversos numerales del art. 19; (c) aquellas regulaciones que son esenciales del ordenamiento jurídico, por mandato del contenido y redacción del N° 20 del art. 63³³⁵.

Si bien existe consenso hoy entre nosotros en la literatura³³⁶ y en la jurisprudencia constitucional³³⁷ que existen en la Carta Fundamental diversos tipos de reserva legal³³⁸, lo cierto es que la reserva impone algunas

³³⁴ Sobre este dilema en nuestro sistema ver ZAPATA (2008) 509, 532; CARMONA SANTANDER (1998/1999) 180; FERMANDOIS (2006) 176s.

³³⁵ El Tribunal Constitucional ha señalado sobre este numeral, STC Rol N° 325:

24°. Que, como puede apreciarse de la lectura del artículo 60, N° 20), de la Carta Fundamental, este precepto está redactado en términos excesivamente amplios e indeterminados sin señalar directamente el contenido de aquello que debe ser materia de ley. La disposición más bien precisa tres características formales, a saber: a) que sea “general”, b) que sea “obligatoria”; y, c) que “estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”, sin establecer cuáles son las materias de ese ordenamiento jurídico que comprende o a las cuáles se extiende. Como es fácil comprender, dado los términos amplios en que está concebida esta norma, a quienes corresponda aplicarla o interpretarla deberán actuar con extrema acuciosidad y como dice Lucas Verdú “con exquisito rigor”, ya que la exigencia de la certeza jurídica, principio fundamental de Derecho, así lo requiere.

³³⁶ GARCÍA PINO (2004).

³³⁷ Desde la Sentencia Rol N° 254, aunque luego matizada por el Tribunal Constitucional.

³³⁸ La tesis ha sido desarrollada entre nosotros originalmente por GARCÍA PINO (2004) 172, 195 y recogida originalmente por el Tribunal Constitucional en el año 1997. Las categorías de reserva son: (a) *Reservas Legales complementarias*. Ellas se caracterizan, en general, por un mandato constitucional en donde el núcleo del derecho lo define el propio texto fundamental abandonando su complemento a la ley, de modo que el derecho se ve perfeccionado cuando la ley existe; (b) *Reservas legales limitativas*. Se caracterizan por el hecho de que el constituyente autoriza al legislador para establecer deslindes al contenido del

consecuencias que es indispensable tener en consideración y que se dan con indiferencia de su clasificación³³⁹:

(a) En primer lugar, la existencia de una reserva impone que sea el legislador quien adopte las decisiones esenciales para hacer efectivos los derechos o procurar el funcionamiento de las instituciones.

(b) En segundo lugar, impone la existencia de una densidad regulatoria mínima impuesta por la reserva, de manera por ejemplo que la potestad discrecional de la Administración queda fuertemente acotada. La ley, en el marco de la reserva, tiene que tener suficiente densidad como para que sus aplicaciones administrativas sean previsibles.

(c) En tercer lugar, supone una faz objetiva y normativa para el sistema de derechos, lo que supone la imposición al legislador de mandatos de regulación que obligan a incluir la organización y los sistemas normativos necesarios para que los derechos puedan ejercerse.

(d) Finalmente, si bien es admisible afirmar que se puede distinguir entre reserva relativa y reserva absoluta, cuando están en juego el sistema de derechos, la reserva es absoluta, es decir, una exigencia constitucional de mayor densidad normativa y un acotamiento sustantivo de la intervención de la autoridad administrativa³⁴⁰.

derecho. Es una reducción impuesta exteriormente al contenido del derecho o libertad objeto de reconocimiento constitucional, mediante la exclusión de determinados supuestos fuera del ámbito de protección en virtud de una expresa habilitación constitucional; (c) *Reservas legales regulatorias*. Se caracteriza en el mandato constitucional que le permite al legislador guiar la configuración del derecho, supeditado siempre a los fines y objetivos que la Constitución le establece, entre otros, el respeto a la esencia del derecho. En consecuencia, es el propio legislador quien determina qué cuestiones precisas quedan subordinadas a la ley, y en aquellos aspectos que no puedan ser resueltos por ella, justificadamente, se las entrega al reglamento para perfeccionar la regulación y que sea posible su eficacia; (d) *Reservas legales negativas*. Ellas constituyen claramente prohibiciones; ello implica que al legislador se le limita explícitamente para atribuirse competencias en la materia que precisa la Constitución, v. gr. “la ley no podrá establecer diferencias arbitrarias”.

³³⁹ Vid. en este sentido MUÑOZ MACHADO (2006) 891, 914.

³⁴⁰ El Tribunal Constitucional ha aceptado la diferenciación de tipos de reservas, al indicar STC Rol N° 254:

“26°. Que, la Constitución establece que, en ciertos casos, la regulación de algunas materias por parte del legislador no debe tener la misma amplitud y profundidad que otras. *Es por ello que hay casos en que la fuerza de la reserva legal puede ser calificada de absoluta o relativa.* En este último caso, incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar sólo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de aquella potestad. Ello ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como “con arreglo a la ley”, “de acuerdo con las leyes”, “con sujeción a la ley”, “de acuerdo a lo que determine la ley” o “en conformidad a la ley”, v.g. en los artículos 10, N° 4; 24 inciso segundo; 32, N° 22; 87 y 94 de la Constitución en vigor.

Pero en materia de derechos ha exigido una reserva legal absoluta indicando la STC Rol N° 239:

“9°. Que, debe señalarse que es principio general y básico del derecho constitucional chileno la “*reserva legal*” en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales; esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto (...)”.

Finalmente, frente a la reserva absoluta en materia de derechos acotó los ámbitos de la potestad reglamentaria. Así afirmó STC Rol N° 370:

“17. Que se desprende del considerando anterior que, cuando la Carta Fundamental ha previsto la reserva legal con carácter más absoluto, la regulación del asunto respectivo por el legislador debe ser hecha con la mayor amplitud, profundidad y precisión que resulte compatible con las características de la ley como una categoría, diferenciada e inconfundible, de norma jurídica;

18. Que en la situación recién explicada el Poder Constituyente exige el desempeño de la función legislativa con un grado mayor de rigurosidad en la amplitud de la temática regulada, minuciosidad de la normativa que dicta, profundidad o grado de elaboración en los textos preceptivos que aprueba, pronunciamientos sobre conceptos, requisitos, procedimientos y control de las regulaciones acordadas y otras cualidades que obligan a reconocer que, *el ámbito de la potestad reglamentaria de ejecución, se halla más restringido o subordinado;*

19. Que abocado al cumplimiento cabal de la exigencia constitucional explicada, el legislador debe conciliar la generalidad, abstracción e igualdad de la ley, así como sus características de normativa básica y permanente, por un lado, con la incorporación a su texto de los principios y preceptos, sean científicos, técnicos o de otra naturaleza, que permitan, sobre todo a los órganos de control de supremacía, concluir que el mandato constitucional ha sido plena y no sólo parcialmente cumplido. No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica;

22. Que, obviamente, donde la Carta Fundamental ha previsto el doble principio de reserva y dominio legal descrito, lo ha hecho con la deliberada voluntad de fortalecer o reforzar la exigencia que conlleva ese principio, excluyendo, o restringiendo, cualquier injerencia de la potestad reglamentaria en la materia. En consecuencia y *con análogo sentido de estricto*

De este modo nos consta que la reserva de ley impide a la Administración regular de cualquier manera las materias correspondientes, ni siquiera a título de ausencia o falta de ley. El dominio posible del reglamento es el que queda fuera de la reserva. El reparto posible de tareas entre la ley y el reglamento (concretamente el de ejecución) es actualmente horizontal y consiste en la formulación por la ley de las decisiones normativas, quedando para el reglamento un segundo escalón normativo en el que se establecen los detalles, los instrumentos complementarios para conseguir la aplicación de las decisiones del legislador, para detallar y aclarar las determinaciones legales³⁴¹.

91. ANÁLISIS DE CASO: LA PUBLICIDAD DEL TABACO. El año 2004, el Ministerio de Salud dictó un Decreto³⁴² mediante el cual deseaba modificar el Reglamento de la Ley del Tabaco, con la finalidad de modificar la estructura y anuncios que se debían incorporar en las cajetillas de cigarrillos, disponiendo en otras cosas que la leyenda debía decir que “el tabaco produce cáncer”. Frente a esto, Chiletabacos impugnó la decisión ante Contraloría, quien sostuvo que la potestad reglamentaria de ejecución se traduce en que a través de ella sólo se pueden “detallar las disposiciones legislativas para que operen”, de manera que “cualquiera regulación que afecte a lo sustantivo del precepto reglamentado excede los límites de la habilitación constitucional e invade el dominio reservado a la ley”. En el detalle expresó:

“Pues bien, con arreglo a lo previsto en los artículos 6º, 7º, 19 Nºs. 21 inciso primero, 22 inciso segundo, y 26; 60 y 61, inciso segundo, de la Carta Fundamental, la regulación de las actividades económicas pertenece al dominio de la ley, y, por consiguiente, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 32 Nº 8, de esa Constitución y la opinión de la doctrina, es forzoso concluir que, en la situación que se analiza, el Presidente de la República sólo puede dictar disposiciones respecto de esta materia, dentro del marco de la potestad reglamentaria de ejecución.

rigor deberá ser interpretada y aplicada la norma general de la Constitución que contempla tal potestad reglamentaria de ejecución, porque no puede ser regulado a través de ella cuanto, reiterada y claramente, el Poder Constituyente ha confiado, con cualidad privativa e indelegable, al dominio de la ley”.

³⁴¹ MUÑOZ MACHADO (2006) 932.

³⁴² Dictamen N° 40.432, de 2004. Se refería al Decreto de Salud que establecía advertencias que debían contener los envases y acciones publicitarias de productos hechos con tabaco.

Lo anterior implica que su actuación normativa está estrictamente subordinada a lo que establezca la ley, esto es, debe limitarse a detallar las disposiciones legislativas para que éstas operen, de manera que cualquier regulación que afecte a lo sustantivo de la norma legal reglamentada –como sucede en la especie–, excede los límites de la habilitación constitucional e invade el dominio que la Carta Suprema reserva a la ley, generando, con ello, una alteración de los principios de separación de los órganos y funciones públicas, de juridicidad de las actuaciones administrativas, de certeza jurídica y de otros cuya vigencia y aplicación es también esencial en la configuración del Estado de Derecho.

En las condiciones anotadas, resulta evidente que sobre la base de una pretendida interpretación técnica y de meras orientaciones emanadas de instrumentos de otro tipo –en los términos planteados en la solicitud que se atiende– no es posible atribuir competencia al Presidente de la República para establecer por la vía reglamentaria obligaciones distintas de las exigidas por la ley (...)”³⁴³.

VIII. DECRETOS

92. CONCEPTO DE DECRETO. Antes que nada debiésemos señalar que la denominación decreto tiene una concepción formal y otra material. Desde el punto de vista formal, decretos son los actos administrativos que dicta el Presidente de la República o un Ministro “Por orden del Presidente de la República”, sobre asuntos propios de su competencia (art. 3º LBPA). Desde el punto de vista material es un orden escrito del Presidente de la República que, dictada dentro de la esfera de su competencia, llevando la firma de uno o más Ministros de Estado y sujeto a una tramitación especial, tiene por objeto la ejecución de la ley o el gobierno y la administración del Estado.

93. TIPOS DE DECRETOS. Por esta razón podemos distinguir los decretos de: ejecución, emergencia, insistencia, urgencia y exentos.

El *decreto de ejecución* es aquel dictado para complementar o desarrollar la ley a fin de asegurar su ejecución. Su origen obedece a la soberanía de ley, en cuya virtud “la ley manda y el reglamento obedece”, conteniendo la ley lo fundamental y el reglamento lo accidental.

³⁴³ Los destacados son míos.

Los *decretos de emergencia* son aquellos que puede dictar el Presidente de la República con la firma de todos sus ministros de Estado, para decretar pagos no autorizados por ley, mediando causa constitucional (art. 32 N° 20 CPR). Junto al decreto de insistencia, son los únicos decretos especiales que la Constitución regula de manera particular. Se asemeja a éste en cuanto requiere de la figura de la firma de todos los Ministros. Pero se distingue de éste por su finalidad.

El *decreto de insistencia* es aquel que dicta el Presidente de la República con la firma de todos sus Ministros de Estado, ordenando que se tome razón de un decreto o resolución que previamente ha sido representado por la Contraloría por estimar que no se ajusta a la ley (art. 99 CPR y art. 10 LOCCGR).

Los *decretos de urgencia* son aquellos en que la toma de razón está pospuesta para después de su entrada en vigencia, como única manera para que las medidas que conlleva puedan ser operantes. De ahí que se les considere una excepción, puesto que no tienen un control preventivo por parte del órgano contralor. La toma de razón se pospone, no se suprime (art. 10 inc. 7°).

Abordaremos los *decretos exentos*, para lo cual es necesario clarificar algunos aspectos sobre la toma de razón. Este es un control general y obligatorio, pues están sujetos a ella todos los decretos, decretos con fuerza de ley y resoluciones de los jefes de servicio, salvo los expresamente exceptuados. La toma de razón opera respecto de decretos supremos, resoluciones de jefes de servicios y de DFL, así lo dispone la Constitución en sus arts. 98 y 99 y el art. 10 de la LOCCGR. La excepción puede venir por dos vías: (a) por expresa disposición de la ley. Están exentas de la toma de razón las resoluciones de municipalidades, pero deben ir el registro de la CGR cuando afecten a funcionarios municipales; (b) por abarcar materias comprendidas dentro de la resolución que dicta el Contralor eximiendo de toma de razón. Esta facultad se la otorga el art. 10 incs. 5° y 6° de la LOCCGR³⁴⁴.

IX. POTESTAD NORMATIVA DE ORGANISMOS AUTÓNOMOS

94. ORGANISMOS CON POTESTADES NORMATIVAS. Un análisis de nuestro ordenamiento jurídico revela que existen otros órganos administrativos

³⁴⁴ La determinación de la exención de los actos administrativos en la actualidad se encuentra establecida en la Resolución N° 1.600, de 2008 de la CGR.

que cuentan con potestades normativas de orden reglamentario, esto es, para dictar normas generales, abstractas y permanentes con eficacia normativa general. Es decir, a los órganos de la Administración que supuestamente ejecutan la ley y deben someterse al reglamento, nuestro ordenamiento también les reconoce potestades normativas de “orden reglamentario” (dictar normas generales, abstractas y permanentes de aplicación general).

Por ejemplo: (a) ello es claro en el modelo de superintendencias: SBIF³⁴⁵; SEC³⁴⁶; SVS³⁴⁷, SISS³⁴⁸, SCJ; (b) otros órganos administrativos:

³⁴⁵ Artículo 14 inciso segundo: “Podrá, también, mediante *instrucciones de carácter general*, imponer a dichas empresas [Bancos] la obligación de entregar al público informaciones permanentes u ocasionales sobre las mismas materias”.

³⁴⁶ Artículo 3° N° 34: Aplicar e interpretar administrativamente las disposiciones legales y reglamentarias cuyo cumplimiento le corresponde vigilar, e *impartir instrucciones de carácter general* a las empresas y entidades sujetas a su fiscalización.

Artículo 3° N° 37: *Fijar normas de carácter general* sobre la forma y modo de presentación de la información que las entidades sujetas a su fiscalización deban proporcionarle de conformidad a las leyes y reglamentos vigentes.

Artículo 3° N° 23: El procedimiento para la acreditación, autorización y control de las entidades o instaladores inspectores, será establecido por la Superintendencia mediante *resolución fundada de carácter general*. Las entidades e inspectores así autorizados quedarán sujetos a la permanente fiscalización y supervigilancia de la Superintendencia.

³⁴⁷ Artículo 4° letra a): “Interpretar administrativamente, en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas y *fijar normas, impartir instrucciones* y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento.

Si en el ejercicio de estas facultades de interpretación y aplicación se originaren contiendas de competencia con otras autoridades administrativas, ellas serán resueltas por la Corte Suprema”.

Artículo 4° letra e): *Fijar las normas* para la confección y presentación de las memorias, balances, estados de situación y demás estados financieros de los sujetos fiscalizados y determinar los principios conforme a los cuales deberán llevar su contabilidad. En ausencia de un principio contable nacional para un caso específico, la entidad fiscalizada deberá consultar previamente a la Superintendencia y se estará a las normas generales que ésta determine.

Para estos efectos podrá, asimismo, impartirles instrucciones y adoptar las medidas tendientes a corregir las deficiencias que observare y, en general, las que estimare necesarias en resguardo de los accionistas, inversionistas y asegurados, como, también, del interés público.

³⁴⁸ Artículo 4°. Corresponderá al Superintendente: c) Cumplir lo dispuesto en los Decretos con Fuerza de Ley N°s. 70 y 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, y velar por el

SII³⁴⁹, Sernatur³⁵⁰; (c) órganos dependientes del poder judicial: TDLC³⁵¹ (órgano sui generis: naturaleza administrativa en ejercicio de dichas facultades); (d) órganos constitucionales: Gobiernos Regionales³⁵²; Municipalidades³⁵³;

cumplimiento por parte de los entes fiscalizados, de las disposiciones legales y reglamentarias, y *normas técnicas, instrucciones, órdenes y resoluciones que dicte relativas a la prestación de servicios sanitarios y descargas de residuos líquidos industriales*. Esta facultad comprende también la de interpretarlas.

³⁴⁹ Atribuciones del Director del Servicio: “Artículo 6° letra b): “b) Interpretar administrativamente las disposiciones tributarias, *fijar normas*, impartir instrucciones y dictar órdenes para la aplicación y fiscalización de los impuestos;

b bis) Asesorar al Ministerio correspondiente en la negociación de Convenios Internacionales que versen sobre materias tributarias, interpretar sus disposiciones, impartir instrucciones para su aplicación, adoptar las medidas necesarias y mantener los contactos con el extranjero que sean convenientes para evitar la elusión y la evasión de impuestos en el ámbito internacional”.

³⁵⁰ Artículo 5°: Corresponderá al Servicio Nacional de Turismo: 23. Dictar normas e instrucciones relativas a la actividad turística.

³⁵¹ Artículo 18 N° 4 contempla entre las atribuciones del TDLC: “Dictar *instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren* y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”.

³⁵² Artículo 16 letra d) establece entre las funciones generales de los Gobiernos Regionales: “*Dictar normas de carácter general* para regular las materias de su competencia, con sujeción a las disposiciones legales y a los decretos supremos reglamentarios, las que estarán sujetas al trámite de toma de razón por parte de la Contraloría General de la República y se publicarán en el Diario Oficial.

Artículo 20 letra a) establece entre sus atribuciones: “Aprobar y modificar las normas reglamentarias regionales que le encomienden las leyes, no pudiendo establecer en ellas, para el ejercicio de actividades, requisitos adicionales a los previstos por las respectivas leyes y los reglamentos supremos que las complementen”.

³⁵³ Artículo 5° letra d) de la LOCM establece entre las atribuciones de los municipios para el ejercicio de sus funciones el: “Dictar resoluciones obligatorias con carácter general o particular” y luego el artículo 12 de la LOCM establece que dichas resoluciones pueden ser ya sea ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones, especificando respecto de las primeras que: “*Las ordenanzas serán normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad*. En ellas podrán establecerse multas para los infractores, cuyo monto no excederá de cinco unidades tributarias mensuales, las que serán aplicadas por los juzgados de policía local correspondientes”.

Banco Central³⁵⁴, CNTV³⁵⁵, MP³⁵⁶ (aunque parece interna, genera indudables efectos sobre las personas).

Efectos similares se pueden referir a los autos acordados que dictan: Poder Judicial (Corte Suprema y Cortes de Apelaciones), TC y el Tribunal Calificador de Elecciones, de momento en que ellos fijan los procedimientos que deben seguir los particulares en sus actuaciones frente a ellos.

³⁵⁴ Señala el artículo 35: En materia de regulación del sistema financiero y del mercado de capitales, son atribuciones del Banco:

1. *Dictar las normas* y condiciones a que se sujetarán las empresas bancarias, sociedades financieras y cooperativas de ahorro y crédito en la captación de fondos del público, ya sea como depósito, mutuo, participación, cesión o transferencia de efectos de comercio o en cualquiera otra forma;

5. *Dictar las normas* y limitaciones a que se sujetarán las empresas bancarias y sociedades financieras en materia de avales y fianzas, ambos en moneda extranjera;

6. *Dictar las normas* y limitaciones referentes a las relaciones que deben existir entre las operaciones activas y pasivas de las empresas bancarias, sociedades financieras y cooperativas de ahorro y crédito;

7. *Dictar las normas* a que deberán sujetarse las empresas cuyo giro consista en la emisión u operación de tarjetas de crédito o de cualquier otro sistema similar y que se encuentren bajo la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

Artículo 42: “En el ejercicio de las atribuciones contempladas en los números 1. y 2. de este artículo, el Banco estará facultado para *dictar normas adicionales* diferentes destinadas a facilitar el comercio exterior, atendiendo, para ello, a la naturaleza, plazo y demás modalidades que aquéllas revistan.

Entre otras normas financieras de aplicación general (encaje, etc.).

³⁵⁵ Señala el artículo 12: “El Consejo Nacional de Televisión tendrá las siguientes funciones y atribuciones: h) Dictar normas e instrucciones para la celebración de los actos y contratos destinados a cumplir los fines del Consejo Nacional de Televisión”. Y luego en su inciso segundo: “El Consejo deberá dictar normas generales para impedir efectivamente 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 (...) Las normas que dicte el Consejo y sus modificaciones deberán publicarse en el Diario Oficial y regirán desde la fecha de su publicación”.

³⁵⁶ Artículo 17. Corresponderá al Fiscal Nacional: a) El Fiscal Nacional dictará las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos. No podrá dar instrucciones u ordenar realizar u omitir la realización de actuaciones en casos particulares, con la sola excepción de lo establecido en el artículo 18.

Y si a ello además se agregan potestades no propiamente administrativas, pero que producen efectos similares, el panorama se complejiza todavía más: Potestad dictaminadora de la CGR, de la Dirección del Trabajo, Circulares DDU del MINVU (interpretan la ley administrativa con efectos generales).

95. HAY DIFERENCIAS ENTRE POTESTADES NORMATIVAS CON POTESTADES INSTRUCTIVAS. No debemos confundir con potestad instructiva (o potestad reglamentaria *interna*), es decir, las órdenes que la autoridad administrativa se encuentra habilitada para impartir a los funcionarios de su dependencia relacionadas con el correcto funcionamiento de la ley administrativa o con la necesidad de desarrollar una más expedita administración (atribución de la esencia de la relación de dependencia jerárquica que existe en cada servicio). (Ver N° 73).

96. EL DEBATE JURÍDICO QUE GENERAN LAS POTESTADES NORMATIVAS DE ORGANISMOS AUTÓNOMOS. Dos han sido esencialmente las objeciones planteadas³⁵⁷. La primera es que entregar tal competencia implicaría violar la Constitución y el sistema de poderes normativos, principalmente porque es el Presidente de la República el único que podría disponer de la atribución de dictar normas infralegales que generen derecho objetivo (generales y abstractas). La segunda es que por este medio el Congreso realiza verdaderas delegaciones legislativas, violentando de paso la reserva de ley.

Por otro lado, los organismos administrativos suelen ocupar estas atribuciones, por variados motivos³⁵⁸. Uno es que al constituir un poder normativo entregado legalmente, ellos podrían precisar los alcances de la ley o eventuales reglamentos que regulan una actividad bajo los propósitos del organismo respectivo. Otra es que por este medio, esos organismos administrativos disponen de una gran flexibilidad, pues son procedimientos que ellos pueden administrar autónomamente, sin estar sujetos a un control de legalidad externo como la toma de razón.

³⁵⁷ Un buen resumen de las objeciones se encuentra en ALDUNATE LIZANA (2009) 371, 390. Las respuestas a tales objeciones se pueden encontrar en CORDERO QUINZACARA (2010) 21.

³⁵⁸ Los motivos fueron expuestos originalmente por PRECHT (1989) 465.

Esta manera de ver las cosas ha generado una discusión atravesada por una gran confusión, en la medida que se ha manifestado en la dicotomía prohibido (por la Constitución)/permitido (por la ley).

Frente a ese dilema se ha enfrentado, especialmente la jurisprudencia constitucional y administrativa en los últimos años. El elemento común de todas estas decisiones es tratar de determinar lo que pareciera ser indispensable: construir un estándar para que estas atribuciones puedan ser ejercidas sin violentar el sistema legal.

El Tribunal Constitucional ha sostenido que no es contrario a la Constitución que determinados organismos estatales dispongan de atribuciones normativas, pero por esa vía no puede sustituir las competencias de los organismos que constitucionalmente las tienen asignadas, como es el Congreso y el Presidente de la República. Para el TC³⁵⁹, esto sólo puede ser pura competencia doméstica o de precisión de contenidos técnicos, pero bajo ningún evento generadoras de normas innovativas en el ordenamiento jurídico.

De igual modo, la Contraloría ha construido un estándar semejante. Ha sostenido, por ejemplo, en el caso Casinos que mediante circulares la autoridad administrativa no puede establecer normas de alcance general y obligatorio destinados a la ejecución de la ley, pues tal atribución es propia del Reglamento³⁶⁰. De igual modo, en el caso Tabacos objetó una instrucción en virtud de la cual establecía determinadas reglas obligatorias en la aplicación de la ley, tras la dictación de la nueva ley de tabacos, pues invadían la reserva de ley y de la potestad reglamentaria³⁶¹. A su vez, en el caso de la circular para las declaraciones de instalaciones eléctricas destinada a las empresas de suministro, sostuvo que no podía establecerse por medio de reglas domésticas obligaciones propias de la actividad reguladas por ley³⁶². Finalmente, ha sostenido que no se puede mediante instrucciones establecer criterios para la emisión de informes de otros organismos

³⁵⁹ STC Rol N° 391.

³⁶⁰ Dictamen N° 36.737, de 2008.

³⁶¹ Dictamen N° 29.554, de 2007.

³⁶² Dictamen N° 74.553, de 2010.

públicos en relación a normas que requieren de reglamento, como lo hizo en el caso del Servicio de Evaluación Ambiental³⁶³.

Como se ve, la pregunta sensata no es si los organismos administrativos legítimamente pueden o no disponer de atribuciones de este tipo, pues el legislador las suele entregar con habitualidad y bajo una gran cantidad de “denominaciones”. La pregunta realmente relevante es cuál es el estándar para que tales atribuciones se puedan ejercer.

Lo anterior es una pregunta completamente necesaria porque el Derecho Administrativo, especialmente en el caso de mercado regulados en donde se otorgan amplios protagonismos a los organismos administrativos, está construido por una progresiva y consecutiva implementación administrativa, que comienza en la ley, continúa en el reglamento, se concreta en resoluciones y se ordena domésticamente a través de circulares e instrucciones. En efecto, estas últimas sólo pueden tener por finalidad un tratamiento doméstico del derecho público aplicable a los regulados con la finalidad de difundir o explicar la aplicación de la ley y los criterios del organismo respectivo (circulares) o a los funcionarios como órdenes de buen servicio (instrucciones), pero no pueden constituir por sí mismo fuente de deberes para los ciudadanos, pues esas están reservadas a la ley y el reglamento (derecho objetivo).

X. NORMAS TÉCNICAS

97. ¿QUÉ ES LA NORMALIZACIÓN TÉCNICA? En el marco de nuevas técnicas la Administración comienza a recurrir con mayor habitualidad a la “normalización técnica”, una estructura normativa caracterizada por la voluntariedad, la autogeneración de los interesados, la aceptación y el efecto reputacional de ella. La norma técnica sintetiza la imposibilidad de la Administración de hacerse cargo de todos los aspectos regulatorios, por lo cual debe ocupar reglas de técnica que viabilicen su actividad. Tradicionalmente se justificó en la incapacidad de la ley para regular cuestiones de detalle y de una cierta complejidad, para la que no estaban preparadas de ordinario las asambleas legislativas, máxime si se requiere una permanente adaptación a circunstancias cambiantes. En la actualidad

³⁶³ Dictamen N° 44.299, de 2011.

la potestad reglamentaria se ha visto también desbordada por un desarrollo técnico que progresa en sectores cada vez más especializados. De este modo, ha sucedido que las normas jurídicas se han concentrado en aspectos formales y procedimentales, mientras que la regulación de los aspectos materiales y fijación de estándares, que es en último término la determinación de lo tolerado (riesgo permitido) y lo rechazado, tiende cada vez más a estar bajo el dominio de las normas técnicas que conocen la realidad material de los muy diversos y complejos sectores a los que las normas jurídicas sólo alcanzan a contemplar o eludir genéricamente³⁶⁴.

Las normas de calidad son normas que convienen los agentes industriales y del mercado con el fin de posibilitar el intercambio y reposición de productos y piezas. Toda la regulación sobre la calidad está dominada por la idea de la voluntariedad de su aceptación. La observancia de las normas técnicas en esta materia no resulta jurídicamente exigible³⁶⁵. La única reacción que puede producirse procede del mercado y puede ser

³⁶⁴ ESTEVE PARDO (1999) 154.

³⁶⁵ Sin embargo, hay normas técnicas obligatorias como el caso de las materia urbanísticas y que han sido consideradas por la jurisprudencia administrativa y judicial para acreditar la responsabilidad. La forma objetiva para acreditar las “fallas o defectos en una construcción” es verificar el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias. En efecto, tratándose de actividades fuertemente reguladas, con altos contenidos técnicos y fiscalización, se puede asumir que el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias es al menos un indicio de diligencia. Cfr. BARROS (2006) 103.

En el derecho urbanístico, no basta con el cumplimiento de la LGUC y de la OGUC, también existen las normas técnicas, que pueden definirse como aquellas que contienen las características específicas de los proyectos, materiales, sistemas de construcción y urbanización, para el cumplimiento de los estándares exigidos en la Ordenanza General.

En este mismo sentido, la Excma. Corte Suprema ha señalado que es indispensable para determinar la existencia de fallas o defectos en la construcción, si se ha cumplido la LGUC, OGUC y las normas técnicas básicas, al decretar: “Que en razón de los hechos establecidos en el motivo vigésimo tercero es posible concluir que ha existido incumplimiento de las obligaciones de las demandadas en orden a entregar el inmueble sin los defectos ni fallas que en dicho razonamiento se han consignado, en términos tales que le permitiese prestar la utilidad que fue buscada por los compradores al momento de contratar a su respecto, otorgando a éste su uso y goce efectivo, entendiéndose para ello indispensable el previo cumplimiento de los estándares básicos de tipo técnico de diseño y construcción, exigidos por la Ley General de Urbanismo y Construcciones y por la Ordenanza General que contiene sus disposiciones reglamentarias”. Corte Suprema, “Alicia Gálvez con Inmobiliaria Puangue Limitada y otros”, 27.1.2009, Rol N° 6011-2009.

determinante al minusvalorar o rechazar de plano productos, piezas o técnicas que no cumplan determinadas especificaciones establecidas en esas normas de calidad³⁶⁶.

Si bien el origen de la normalización industrial contemporánea es posterior a la primera guerra mundial con objetivos de uniformidad de las actividades de comercio, hoy existe suficiente consenso de que es una actividad de interés general que beneficia también a la Administración, los consumidores y el medioambiente. La actividad de normalización técnica y su complementaria de certificación son por tanto una actividad de interés general, puesto que a través de ella se puede conseguir indirectamente elevar el nivel de calidad de la industria, y mejorar los productos y servicios que son objeto de intercambio en los diferentes mercados. Igualmente constituye un elemento de control sobre el cumplimiento de las reglamentaciones técnicas por parte de los agentes del sector industrial³⁶⁷.

Esto explica que el desarrollo de la normalización se desarrolla desde la autorregulación³⁶⁸, en tanto promovido por instituciones privadas, reconocidas internacionalmente como “organismos de normalización”, basado en el consenso con la finalidad de uniformar técnicamente productos, procesos, sistemas y equipos, por lo cual también admite la calificación de “derecho blando”³⁶⁹.

Así, se define la normalización como el proceso destinado a establecer a través de una entidad privada, reconocida para tal efecto, documentos convencionales de aplicación voluntaria (estándares o, más precisamente, normas técnicas) que tienen por objeto la tipificación, unificación y especificación de los sistemas, procesos, equipos y productos industriales a fin de racionalizar el mercado productivo³⁷⁰. Por su parte, la definición de norma técnica de la ISO señala que esta es la “especificación técnica u otro documento accesible al público establecido con la cooperación y el

³⁶⁶ ESTEVE PARDO (1999) 159.

³⁶⁷ MOLES I PLAZA (2001) 28.

³⁶⁸ En este sentido ESTEVE PARDO (2002) 50; CANALS I AMETLLER (2003) 79.

³⁶⁹ MOLES I PLAZA (2001) 28, 32.

³⁷⁰ CARRILLO DONAIRE (2000) 35.

consenso o la aprobación general de todas las partes interesadas, basada sobre resultados conjugados de la ciencia, la tecnología y la experiencia, que contempla ventajas para el conjunto de la comunidad y aprobada por un organismo cualificado a nivel nacional, regional o internacional”³⁷¹.

98. AUTORIDAD RESPONSABLE DE LA NORMALIZACIÓN. En Chile la normalización se encuentra a cargo del INN. Esta es una Corporación de Derecho Privado, creada por CORFO el año 1973 con la finalidad de desarrollar y administrar procesos de normalización técnica. Es el continuador del Instituto de Investigación Tecnológica y Normalización, y representa al país ante la ISO, *International Organization for Standardization*, principal ente normalizador internacional de la que es fundador³⁷².

Si bien su competencia original se encontraba en el ámbito de la normalización, desde el año 1995 lleva a cabo también la tarea de acreditación, a través de la División de Acreditación, estableciendo el sistema nacional de acreditación. El objetivo es supervisar y dar credibilidad a los organismos de certificación y comprobar la calidad de los productos de acuerdo a normas que se han establecido para ello.

99. CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS TÉCNICAS. Teniendo en consideración estos conceptos podemos afirmar que las normas técnicas se caracterizan: (a) por arraigarse en la experiencia; (b) su objeto es definido por consenso en el marco de una entidad normalizadora; (c) es un documento destinado a una aplicación repetitiva; (d) es por definición voluntaria, por lo tanto su incumplimiento no acarrea, en principio, consecuencias jurídicas coactivas impuestas por el Estado; (e) permite que su cumplimiento pueda ser certificado o acreditado.

Como se puede apreciar, no es posible un dominio pleno del Estado sobre las normas técnicas por la singular caracterización y funcionalidad de estas. El punto de partida es que las normas técnicas no forman parte

³⁷¹ Para el INN, la norma técnica es “un documento de conocimiento y uso público aprobado por consenso y por un organismo reconocido. La norma establece, para usos comunes y repetidos, reglas, criterios o características para las actividades o sus resultados y procura la obtención de un nivel óptimo de ordenamiento en un contexto determinado”.

³⁷² El detalle de su estructura y actividades son posibles de encontrar en www.inn.cl

del sistema de fuentes del ordenamiento y que por sí mismas carecen de fuerza vinculante. Lo que en definitiva se plantea es la cuestión de gran relevancia, decisiva, de la articulación idónea entre autorregulación y dominio normativo del Estado³⁷³.

La forma en que se resuelve en parte este dilema es mediante la oficialización por parte de la Administración de las normas técnicas. En efecto, el Estado con el objeto de integrar la normalización la puede hacer obligatoria exigiendo en sus regulaciones particulares el cumplimiento de determinadas y precisas normas, utilizando la técnica de la remisión, aunque esta sea a un sistema de normalización privado, pero que da garantía al Estado de la consistencia, pertinencia, trazabilidad y consenso de la norma que se utilizará³⁷⁴, permitiendo, en definitiva, aplicar el sistema coactivo del Estado frente al incumplimiento de la normalización.

100. DIFERENCIA CON LAS REGULACIONES TÉCNICAS. Por último, es necesario señalar que en determinados supuestos la Administración interviene directamente en la regulación técnica de un determinado producto o actividad por afectar dicho producto o actividad a ciertos valores sociales que la sociedad considera como prevalentes³⁷⁵.

Por esta razón, la reglamentación técnica se diferencia de las normas técnicas:

(a) En cuanto a su origen; mientras las normas técnicas se elaboran por organismos de normalización de naturaleza normalmente privada, los reglamentos técnicos se elaboran directamente por la Administración siguiendo un procedimiento administrativo y se aprueba de manera unilateral por la Administración.

³⁷³ ESTEVE PARDO (1999) 171.

³⁷⁴ El INN explica esta situación de la siguiente manera: “Todas las normas chilenas y normas chilenas oficiales son en su origen de carácter voluntario. Se transforman de cumplimiento obligatorio al ser citadas en algún tipo de reglamentación (resolución, decreto o ley), ya sea en forma particular (ej. cúmplase con norma chilena NCh382) o en forma general (ej. cúmplase con las normas chilenas sobre elementos de seguridad).

³⁷⁵ ÁLVAREZ GARCÍA (2005 II) 1674, 1675.

(b) En cuanto efectos: por lo general las normas técnicas no son obligatorias jurídicamente, otra cosa es que las fuerzas del mercado las impongan a la hora de comercializar un producto. Por el contrario, el incumplimiento de un reglamento técnico por un producto provocará la ilegalidad de su comercialización.

(c) En cuanto a su estructura básica: las normas técnicas tienen sólo un contenido técnico (especificaciones técnicas aplicables al producto). Las reglamentaciones técnicas, en cambio, constan de dos prescripciones: 1º contienen, por un lado, las disposiciones que regulan el régimen jurídico-administrativo aplicable obligatoriamente al tipo de productos a los que se refiere el reglamento: 2º por otro lado, recogen también especificaciones técnicas relativas a los productos (dimensiones, tolerancia, etc.).

XI. PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO

101. IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. Los Principios han sido una de las piedras angulares de la construcción del Derecho Administrativo chileno, especialmente por la ausencia de desarrollos normativos, de modo que ha sido especialmente la aplicación que de ellos ha realizado la jurisprudencia de la CGR la que le ha dado un rol normativo estabilizador³⁷⁶. Ejemplo de esto ha sido la incorporación de antiguo de los principios de probidad y publicidad, hoy reconocidos tras la reforma constitucional de 2005 (art. 8º CPR), así como en la actualidad la manera en como se ha recogido el principio de la confianza legítima, que ya estudiamos, como los provenientes del denominado “Derecho Administrativo Sancionador”, así como los de razonabilidad y proporcionalidad³⁷⁷.

³⁷⁶ GARCIA LUENGO (2002) 115, recuerda sobre este punto, que “Los principios generales de derecho son el principal instrumento con que cuenta el ciudadano para controlar la actividad de la Administración desarrollada en el seno de potestades discrecionales, y además, los principios cumplen una importante labor de iluminar y dotar de sentido unitario una normativa administrativa condenada a sufrir el fenómeno de la motorización legislativa (...)”.

³⁷⁷ La CGR ha señalado (Dictamen Nº 54.342, de 2010) que: “La racionalidad debe ser el antecedente con que la autoridad funde sus propios actos, por lo que la autoridad en su actuar deberá ajustar su proceder a través de juicios objetivos, es decir, vinculando aquellos al caso particular mediante criterios de proporcionalidad. Así, el ejercicio de sus atribuciones debe

Como se afirma con regularidad la denominación “Principio” es altamente voluble y según los momentos conceptuales de ella será su contenido material³⁷⁸.

Sin embargo, existe cierto consenso en que la distinción entre regla-principio es útil para tratar de representar adecuadamente momentos jurídicos diversos. En efecto, se indica que ambos conjuntos de pautas normativas apuntan a determinadas decisiones sobre la obligación jurídica en circunstancias determinadas, pero unos y otros difieren en la orientación que dan: las reglas son aplicables a la manera de todo o nada. Si se dan los hechos que estipula una regla, entonces o bien la regla es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, en cuyo caso no contribuye en nada a la decisión. Pero no sucede lo mismo con los principios, estos tienen una dimensión que las reglas no tienen: la dimensión de peso o importancia. Cuando hay una interferencia entre principios quien ha de resolver el conflicto ha de tomar en cuenta el peso relativo de cada uno³⁷⁹. Esta visión puede ser precisada³⁸⁰ en tanto se señala que el punto decisivo para la distinción regla principio es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en relación a las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las reglas son normas que exigen cumplimiento pleno y,

enmarcarse dentro de los principios de racionalidad y proporcionalidad con que les corresponde actuar a los órganos de la Administración”.

³⁷⁸ En este sentido es útil la explicación de ATIENZA y RUIZ MANERO (1996) 3, 6. En nuestro país ver el trabajo monográfico ALCALDE RODRÍGUEZ (2003). Ver también MODERNE (2005).

³⁷⁹ Esta visión corresponde a DWORKIN (1984). El texto original de esta visión lo publicó en 1967 en un famoso trabajo conocido con el nombre de *¿Es el Derecho un sistema de reglas?*, que posteriormente fue incorporado como capítulo 2 del libro precitado, y que no cabe duda es el eje clave para comprender el debate contemporáneo en torno a los principios. Es necesario advertir, en todo caso, que la distinción dworkiana considera también el elemento directriz, pero que por la naturaleza de la materia tratada en este trabajo sólo se enuncia para no confundir.

³⁸⁰ Esta precisión se encuentra realizada por el conocido trabajo de ALEXY (2001) 81, 87.

en esa medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos³⁸¹.

XII. PRECEDENTE

102. CONTENIDO DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO. El precedente administrativo es la forma reiterada de aplicar una norma por la Administración. Es el supuesto ya resuelto anteriormente en un caso similar. Se contrapone al consiguiente, que es la resolución que realiza la Administración con posterioridad. Para que pueda tener relevancia jurídica, debe tener algún grado de fuerza vinculante, es decir que aquella actuación pasada de la Administración condicione sus actuaciones presentes exigiéndole un contenido similar para casos similares. La doctrina del precedente constituye un control de la discrecionalidad, pues a través de ella la Administración se autolimita en un determinado sentido, pues se le exige cierta uniformidad en sus criterios y actuaciones, utilizando como título de justificación la aplicación del principio de igualdad como medio de control de medidas arbitrarias. También permite que se alegue algún grado de responsabilidad en el evento que el cambio de la expectativa ocasione alguna lesión.

La doctrina del precedente tiene especial importancia en la manera de comprender los alcances de la jurisprudencia administrativa, que se analizará a continuación.

XIII. JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

103. CONCEPTO DE JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA. Se denomina tradicionalmente jurisprudencia administrativa a la serie de dictámenes emanados del órgano administrativo especialmente habilitado para precisar el sentido

³⁸¹ Como señala MORESO (2003) 99, 100, “la aplicación del Derecho suele concebirse como la actividad consistente en determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia normativa para un caso individual determinado. Para tal fin, se trata de mostrar que dicho caso individual es una instancia de un caso genérico al que una norma jurídica aplicable correlaciona con esa consecuencia normativa. A dicha operación se le conoce con el nombre de *subsunción*. Sin embargo, cuando se trata de la aplicación de los principios se argumenta, a veces, que la operación de subsunción no es adecuada y que debe sustituirse por otra operación denominada *ponderación*”.

y alcance de una ley y, en general, de las normas positivas³⁸². Por tal motivo, se indica que la calidad específica de la jurisprudencia administrativa es que la norma o resolución que de ella se deduce puede generalizarse mediante su concreción en otra clase de actos³⁸³.

Se ha afirmado, de una manera categórica, que en nuestro sistema la Administración no sólo está sujeta al Derecho que dice el Juez, una vez que sus actos han nacido a la vida del Derecho, sino también está sujeta al Derecho que dice la Contraloría³⁸⁴.

Se sostiene que la potestad de interpretar la ley por la Contraloría, con el objeto de obtener la correcta aplicación del Derecho por parte de la Administración, se encuentra reservada por mandato de la ley exclusivamente al órgano contralor. Se afirma que, si el objetivo del control, en términos generales, es la preservación del principio de legalidad administrativa, y la interpretación del Derecho establecida por el Ejecutivo pudiera de algún modo impedir la actuación que de dicha interpretación se siguiera, su corrección sería a través del control del órgano controlador. Para ello el organismo debe, también, interpretar la norma que se ha aplicado, interpretación por la cual establecerá el alcance de la misma y que le permitirá evaluar la corrección de la aplicación normativa³⁸⁵⁻³⁸⁶.

104. CARACTERÍSTICAS DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA. Existe consenso en la literatura que los dictámenes del organismo contralor son obligatorios para los empleados públicos, y que el desconocimiento de los mismos por un Jefe de Servicio que resuelva contra lo informado por esta, acarreará la responsabilidad de ese funcionario, sea en vía civil, administrativa o penal, según corresponda³⁸⁷. En efecto, prescribe la ley, en relación a los dictámenes, que son obligatorios para los órganos y funcio-

³⁸² Vid. En este sentido CALDERA DELGADO (1979) 86.

³⁸³ SILVA CIMMA (1992) 274.

³⁸⁴ SOTO KLOSS, (1977) 188.

³⁸⁵ FIAMMA, (1977) 201.

³⁸⁶ De conformidad a la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría (art. 33) corresponde al Departamento Jurídico (actual División Jurídica) informar en derecho y recopilar la jurisprudencia administrativa.

³⁸⁷ SILVA CIMMA (1994) 77, 171; AYLWIN AZÓCAR-AZÓCAR BRUNNER (1996) 123.

narios sometidos a control, que deben ser especialmente observados por los “abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública”, y que son los “únicos medios” que se pueden hacer valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias del órgano contralor³⁸⁸⁻³⁸⁹.

A partir de estos argumentos y disposiciones, la jurisprudencia administrativa ha señalado que los dictámenes de la Contraloría General no sólo tienen el carácter de obligatorios para el caso concreto a que se refieren, sino que también respecto de todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen de que se trate, por lo que, como se evidencia, son de aplicación general³⁹⁰.

En este sentido los dictámenes “constituyen la doctrina vigente de [la] Contraloría sobre [un asunto], [pues] al limitarse a determinar el verdadero sentido y alcance de [una norma] es un juicio declarativo respecto a la materia, que nada agrega al precepto interpretado”³⁹¹.

³⁸⁸ Arts. 6.4 y 19, LOCCGR.

Art. 6.4. De acuerdo con lo anterior, sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere el artículo 1°.

Art. 19. Los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios. El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición.

³⁸⁹ Dictamen N° 76.028 de 2011: A su turno, cabe anotar que los dictámenes emanados de este Organismo Fiscalizador son obligatorios y vinculantes para los servicios sometidos a su fiscalización, obligación que encuentra su fundamento en los artículos 6°, 7° y 98 de la Constitución Política de la República; 2° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; y 1°, 5°, 6°, 9°, 16 y 19 de la Ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de esta Entidad Fiscalizadora, por lo que su no acatamiento por parte de los funcionarios municipales y de las autoridades edilicias significa la infracción de sus deberes funcionarios, comprometiendo su responsabilidad administrativa (aplica criterio contenido en los Dictámenes N°s. 14.283, de 2009 y 49.909, de 2011).

³⁹⁰ Dictamen N° 5.698, de 2005. Con igual criterio Dictamen N° 34.053, de 1999.

³⁹¹ Dictamen N° 2.406, de 1998.

Así afirma, igualmente, que estos son la única fuente de interpretación legítima del ordenamiento jurídico del país, revistiendo el carácter de obligatorios. “Los dictámenes de esta Contraloría General son informes que tienen por objeto interpretar el verdadero sentido y alcance, siendo de cumplimiento obligatorio para el servidor que corresponda”; ellos pueden ser aplicados a cualquier caso particular, “mientras constituyan jurisprudencia vigente, sin que sea indispensable que previamente se dicte un acto administrativo”³⁹².

De este modo se concluye que el sector público no sólo está regido por un Derecho Administrativo de carácter potestativo en su atribución y restrictivo en su actuación, sino que implica, además, que la interpretación de las normas que lo componen está centralizadas, única y exclusivamente, en la Contraloría General³⁹³.

Del efecto obligatorio, se construye para la jurisprudencia administrativa la característica de precedente vinculante de ella, siendo este quizá la consecuencia más gravitante. En efecto, la aplicación constante, reiterada y uniforme de sus criterios jurisprudenciales es uno de los pilares en que se fundamenta la obligatoriedad y el carácter vinculante de la jurisprudencia administrativa³⁹⁴.

El propio órgano contralor al definir su función de dictaminar³⁹⁵, señala:

“Esta potestad permite la elaboración de una doctrina administrativa conformada por un sistema de precedentes obligatorios y favorece la unidad del sistema normativo mediante su interpretación uniforme y consistente, donde cada decisión contribuye a orientar otras múltiples decisiones posibles, haciendo que la regulación aplicable a los entes públicos sea más coherente, íntegra y estable (...)

Asimismo, el sistema jurídico basado en el precedente administrativo –esto es, la interpretación uniforme de una misma regla jurídica– permite que la

³⁹² Dictámenes N°. 2.638, 39.086, de 1986, y 14.448, de 1998.

³⁹³ PANTOJA BAUZÁ (1994) 226.

³⁹⁴ ASTORQUIZA (2002) 169.

³⁹⁵ Vid. www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalCGR/portal?_nfpb=true&_pageLabel=_MFuncionesv2

actuación administrativa gane en previsibilidad, esto es, afirma la legítima expectativa que tienen los ciudadanos de que la Administración tome decisiones que sean armónicas con los criterios manifestados con anterioridad en situaciones equivalentes”.

Es decir, tras la figura del dictamen como instrumento de manifestación de la interpretación uniforme, existe, en opinión de la Contraloría, una especie de confianza legítima por parte de los ciudadanos que frente a circunstancias similares o equivalentes la Administración debe comportarse de conformidad a ciertos y determinados parámetros preestablecidos en la norma y en la interpretación vinculante y obligatoria del órgano contralor³⁹⁶.

105. ANÁLISIS DE CASO: ¿QUIÉN MANDA A QUIÉN?: CORTE SUPREMA VS. CONTRALORÍA. A consecuencia de las sentencias sobre la tributación de las sociedades de inversión pasiva, se ha producido una de las más relevantes discusiones sobre la aplicación del sistema de fuentes en Derecho Administrativo.

La razón es simple, a partir del caso de la Municipalidad de Zapallar³⁹⁷, la Corte Suprema advirtió a Contraloría las razones por las cuales la jurisprudencia judicial debía primar en el sistema de fuentes en el Derecho Administrativo Chileno. La Corte sostuvo de un modo categórico que la jurisprudencia administrativa “debía inclinarse” frente a la jurisprudencia judicial³⁹⁸.

Los hechos del caso sirven para explicar el problema. La Contraloría Regional de Valparaíso había ordenado a la Municipalidad de Zapallar reintegrar el pago de patentes municipales que una sociedad de inversiones había realizado, porque en opinión del órgano contralor no había acreditado que realizaba actividades lucrativas de conformidad a la Ley de Rentas Municipales que justificaran el pago del tributo municipal³⁹⁹. Este criterio

³⁹⁶ En este sentido se encuentra el clásico fundamento del precedente como fuerza vinculante. Para un análisis del precedente administrativo con este fundamento ver DÍEZ SASTRE (2008).

³⁹⁷ SCS, 3 de julio de 2008, Rol N° 2791-2012.

³⁹⁸ Este argumento lo ha expuesto la Corte Suprema en los casos Roles N°s. 5339-2012 (10.08.2012), 5592-2012 (22.10.2012) y 5984-2012 (06.11.2012).

³⁹⁹ Artículo 23 Decreto Ley N° 3.063.

se basa en la jurisprudencia de Contraloría, establecida el año 2010⁴⁰⁰, que en resumen sostiene “que la inversión pasiva que en general consiste en la adquisición de toda clase de bienes con fines rentísticos, sea cual fuere la forma jurídica que adquiriera el inversionista, que no involucre la producción de bienes ni la prestación de servicios, no constituye una actividad que configure el hecho gravado contemplado en el artículo 23”.

La Municipalidad de Zapallar recurrió de protección⁴⁰¹ y la Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió el recurso sobre la base de la jurisprudencia histórica de la Corte Suprema en orden a que actividades del tipo de la sociedad señalada, aunque sea de mera inversión, constituían actividades lucrativas sujetas al gravamen municipal⁴⁰². La Corte Suprema confirmó una vez más en este caso esa tesis.

Sin embargo, dos son las cuestiones relevantes que decide explicitar la Corte Suprema en el fallo de la Municipalidad de Zapallar: la primera, si la Municipalidad podía recurrir de protección en contra de un dictamen; y la segunda y más relevante, qué criterio debía prevalecer cuando existía contradicción entre la jurisprudencia judicial y administrativa.

Sobre la primera cuestión, la Corte sostuvo:

“Que en primer término y siguiendo el orden de la recurrida en su informe y de la sentencia en alzada en cuanto a separar los argumentos de forma y fondo, cabe señalar que si bien esta Corte comparte sus considerandos cuarto y quinto, útil es poner de manifiesto en cuanto a la alegación de la recurrida de falta de legitimación activa de las Municipalidades para interponer un recurso de protección en contra de la Contraloría General de la República por no poder aceptarse como un mecanismo de impugnación de dictámenes rompiéndose la unidad estructural y armónica de la Administración del Estado, que siendo las Municipalidades personas jurídicas de derecho público autónomas nada

⁴⁰⁰ Dictamen N° 27.677, de 2010.

⁴⁰¹ No forman parte del presente comentario dos cuestiones adicionales vinculadas a esta sentencia. La primera es la posibilidad de que una municipalidad pueda impugnar mediante un recurso de protección una decisión del organismo de control público y en segundo lugar, que utilizando el recurso de protección pueda un organismo estatal solicitar “protección de derechos fundamentales” y reclamar su titularidad.

⁴⁰² En este sentido ver SCS Roles N°s. 5229-2010 (28.06.2012), 7108-2008 (24.11.2010), 2516-2008 (29.09.2009).

obsta a que si sus derechos son vulnerados por actos administrativos de otros órganos de la Administración, tanto activa como de control, puedan recurrir de protección ante los tribunales superiores de justicia. De este modo, dicho argumento carece de sustento y no puede ser considerado⁴⁰³”.

En relación con la segunda cuestión y frente a la tesis de Contraloría que pese a que la Corte sostuviese lo contrario, los fallos judiciales sólo tenían efectos relativos para el caso concreto de acuerdo a lo señalado en el artículo 3° del Código Civil⁴⁰⁴, la Corte Suprema reaccionó señalando que:

“(…)

El Dictamen N° 648 de 11 de enero de 2012, calificado en autos en todo momento como oficio, pero que técnicamente constituye un dictamen, no obstante provenir de un Contralor Regional y no del Contralor General, al ordenar la devolución de los fondos percibidos por cobro de patente y por multas cursadas, constituye un acto administrativo terminal que produce efectos jurídicos precisos obligando a la Municipalidad, y no emitiendo solamente una opinión sobre el alcance o interpretación que debe darse a un precepto legal.

(…) la Contraloría General de la República en su actuación debe respetar la Constitución y la ley y se encuentra sometida al principio de legalidad, correspondiendo a los tribunales de justicia verificar y ejercer el control jurisdiccional de sus actos a través de las acciones contencioso administrativas que se interpongan.

Siendo la materia a que se refiere el presente recurso de protección un tema de derecho tributario, esto es de derecho administrativo especial, en el análisis de la legalidad deben considerarse tanto las normas de derecho positivo como aquellos aspectos que constituyen la base del derecho administrativo, como

⁴⁰³ SCS, 3 de julio de 2008, Rol N° 2791-2012, C. 3°.

⁴⁰⁴ En el Dictamen N° 6.512, de 2012, referido a la solicitud de reconsideración que realizó la Asociación de Municipalidades en relación a la necesidad de cambiar la jurisprudencia de Contraloría a consecuencia de los recurrentes fallos de la Corte Suprema a favor de las municipalidades, el organismo contralor afirmó explícitamente que: “(…) es útil anotar que de acuerdo con lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 3° del Código Civil, que establece el efecto relativo de las sentencias, éstas obligan sólo a las partes que han intervenido en un proceso jurisdiccional (...). En este contexto, si en fallos judiciales se resuelve un caso concreto en forma diversa a lo sostenido por la jurisprudencia administrativa, esta última se mantiene vigente para aquellos que no han sido parte en el respectivo juicio (...)”.

es el caso de la jurisprudencia. Al respecto, debe dejarse establecido una vez más que la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando esta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo, por lo que si ella establece –interpretando la ley– que las sociedades de inversión deben pagar patente municipal, este criterio jurisprudencial constituye fuente del derecho y como tal integra el denominado bloque de la legalidad, siendo obligatoria para el ente contralor; naturaleza de la que carecen los dictámenes de la Contraloría, que son únicamente constitutivos “de la jurisprudencia administrativa” como señala el artículo 6º inciso final de su Ley Orgánica”⁴⁰⁵.

La sentencia coloca énfasis en uno de los temas más polémicos de la literatura del Derecho Administrativo en relación al régimen legislado. Como se sabe –y el fallo se encarga de recordarlo– el Derecho Administrativo es un sistema en el cual las decisiones jurisprudenciales son esenciales para la construcción de los criterios jurídicos que se deben seguir. La Corte Suprema trata de decir en su sentencia, que si ella ha decidido de un modo uniforme y permanente un asunto, entonces no es admisible que Contraloría sostenga lo contrario; es ella la que fija el precedente no el organismo administrativo.

El punto no es trivial, porque Contraloría tiene reconocida expresamente potestad para dictaminar y es la ley quien otorga a sus dictámenes fuerza vinculante al interior de la Administración. Dispone expresamente la ley que sus dictámenes son los únicos que se pueden invocar como “jurisprudencia administrativa” (artículo 6º de la LOCCGR). Como explicaré más adelante, para este organismo su jurisprudencia es precedente general y obligatorio, de modo que se aplica no sólo en el caso concreto de que se trata, sino que en cualquier otro que se le parezca, de manera que extiende el efecto de sus decisiones más allá del caso que resuelve, es decir, lo transforma en precedente.

La advertencia de la Corte encuentra tres limitaciones estructurales que no es posible pasar por alto: (a) la primera es que la Corte olvida que este es un conflicto entre órganos constitucionales, uno destinado a resolver los

⁴⁰⁵ SCS, 3 de julio de 2008, Rol N° 2791-2012, C. 7º.

conflictos de relevancia jurídica mediante el proceso y otro con facultades constitucionales de control de legalidad de los actos de la administración, lo que implica enfrentarse a un tipo de jurisprudencia de un organismo cualificado en el sistema institucional; (b) la segunda es que la condición de “jurisprudencia” de la dictaminación de Contraloría es una decisión legislativa y no necesariamente una autoatribución de competencias y; (c) por último, no puede constituir “jurisprudencia judicial”, cualquier tipo de sentencias pronunciadas por la Corte, sobre todo cuando el debate se produce a consecuencia del ejercicio de una potestad jurisdiccional en el recurso de protección, una acción cautelar, de urgencia y que no tiene forma de juicio.

Dicho de otro modo, la afirmación de la Corte olvida las cuestiones estructurales del modelo institucional chileno y en especial de los roles asignados por la Constitución a ambos organismos. Por eso no es evidente que la “inclinación” sea institucionalmente correcta.

XIV. INSTRUCCIONES

106. CONCEPTO DE INSTRUCCIONES. Las instrucciones son las directivas que la autoridad administrativa imparte a los funcionarios o agentes públicos subalternos, relacionados con el correcto cumplimiento de la ley administrativa o con la necesidad de desarrollar una más eficaz y expedita administración. Ostentan la naturaleza normativa particular de carácter interno, pues están dirigidas a la propia Administración, no a los administrados frente a los cuales no se pueden hacer valer.

107. CARACTERÍSTICAS DE LAS INSTRUCCIONES. Son características de las instrucciones⁴⁰⁶: (a) son siempre internas, en cuanto a que sólo habrán de regir dentro de la Administración, sea de una manera general o especial, para uno o más servicios públicos o para todos, según sea la autoridad de quien emanen; (b) nunca pueden ser oponibles a los particulares; (c) no están sujetas al control preventivo que ejercita la Contraloría General de la República; (d) en virtud de ellas no se puede derogar o contradecir un reglamento, un decreto u otro acto administrativo de la autoridad que tenga un mayor valor de prelación; (e) sus finalidades, tanto por lo que respecta

⁴⁰⁶ SILVA CIMMA (2009).

a las que dicta el Presidente de la República como las demás autoridades de la Administración, no son otras que las de complementar las funciones de administrar que a aquellos corresponden.

XV. POLÍTICAS, PLANES Y PROGRAMAS

108. ¿EN QUÉ CONSISTEN LAS POLÍTICAS, PLANES Y PROGRAMAS? La Constitución y la ley con regularidad hacen referencia a la existencia de “Políticas” o “Planes” como mecanismos o instrumentos de ordenación de algún tipo. Por ejemplo, el artículo 3° de la LOCBGAE cuando se refiere a la finalidad de la Administración del Estado, señala que sus competencias no sólo las realiza a través de “las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley”, sino que también mediante “la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y local”. La misma LOCBGAE define a los Ministerios, sobre la base de “proponer y evaluar políticas y planes” (art. 22).

Por su parte, la propia LOCBGAE, tras la modificación realizada por medio de la Ley N° 20.500 (participación ciudadana), señala que reconoce el derecho a las personas a participar en “políticas, planes, programas y acciones”, obligando a cada organismo de la Administración a establecer la modalidades de participación (arts. 69 y 70).

A su vez, la LOCGAR establece como función del Gobierno Regional la de “elaborar y aprobar las políticas, planes y programas de desarrollo de la región” (art. 16, letra a)). Por su parte, la LOCM indica que uno de los instrumentos de gestión municipal es “el plan comunal de desarrollo”, que constituye el “instrumento rector del desarrollo de la comuna” y que contempla “las acciones orientadas a satisfacer las necesidades de la comunidad local y a promover el avance social, económico y cultural”. (arts. 6° y 7°). Por ejemplo, sobre la base de dichos instrumentos la Ley N° 20.417 obligó a los proponentes que ingresan al SEIA a describir “la forma en que tales proyectos o actividades se relacionan con las políticas, planes y programas de desarrollo regional, así como con los planes de desarrollo comunal” (art. 9° ter).

La Ley N° 20.417 agregó a la LBMA un instrumento nuevo denominado “Evaluación Ambiental Estratégica”, cuya finalidad es incorporar “conside-

raciones ambientales de desarrollo sustentable, al proceso de formulación de políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medioambiente o la sustentabilidad” (art. 3º, letra i bis) y arts. 7º bis y ss.

Por otro lado, las leyes sectoriales denominan “planes” a instrumentos normativos de aplicación reglamentaria. Es el caso de los Planes Reguladores o los Planes de Descontaminación.

En este contexto normativo, ¿qué debemos entender por políticas, planes y programas? ¿Son estos instrumentos que forman parte del ordenamiento jurídico exigible a la administración? ¿Su incumplimiento genera invalidez de los actos administrativos que se dicten en su virtud?

La verdad es que la respuesta es compleja, especialmente en un sistema legal que por lo general repudia la planificación, pero donde además porque la expresión puede ser utilizada indistintamente con fines diversos. En efecto, la variedad de los planes, las diferencias existentes según el sujeto que establece el plan, sus destinatarios, su contenido, su campo de referencia, su duración temporal y su carácter vinculante, excluyen la posibilidad de aceptar un concepto jurídico uniforme y comprensivo⁴⁰⁷.

Sin embargo, dado que estos instrumentos provienen de una orientación planificadora, tienen por finalidad establecer de un modo previsor los objetivos y anticipación intelectual de los comportamientos necesarios para su realización, disponiendo de una cierta autonomía en relación a los objetivos, como a la elección de los medios, siempre y cuando respete el orden legal en el cual estos se deben aplicar⁴⁰⁸.

109. CLASIFICACIÓN DE LOS PLANES. Los planes pueden clasificarse en indicativos e imperativos⁴⁰⁹. Los indicativos tienen la finalidad de informar a las instancias estatales y, en determinadas circunstancias a los sujetos privados acerca de las circunstancias actuales y de las evoluciones esperadas, así como ofrecerles material para sus propias decisiones y actuaciones o

⁴⁰⁷ HARTMUT MAURER (2011) 427.

⁴⁰⁸ MAURER (2011) 427.

⁴⁰⁹ MAURER (2011) 428.

inversiones. Este es el caso de las políticas y planes de desarrollo regional o comunal. Los planes imperativos son, en cambio, jurídicamente vinculantes para sus respectivos destinatarios. Este es el caso de los Planes Reguladores o los Planes de descontaminación.

La consecuencia de esta distinción es que si la autoridad administrativa adopta una decisión sin consideración del “plan indicativo”, afectará el estándar de razonabilidad del acto concreto. En cambio, si la infracción es al “plan imperativo”, su infracción genera un problema de legalidad del acto administrativo respectivo.

Con criterio semejante, la Contraloría objetó un Decreto de la autoridad que pretendía, sobre la base de la política del uso del borde costero, establecer “áreas de uso preferente del borde costero”. La CGR objetó esa pretensión, pues sostuvo que no podía la autoridad, sobre la base de una política, imponer por vía administrativa exigencias adicionales a las establecidas por la Constitución y la ley para desarrollar actividades económicas. Concretamente sostuvo que: “no obstante que el artículo 3º de Ley Nº 18.575 faculta a la Administración del Estado para aprobar políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal, no es menos cierto que ello sólo puede llevarse a cabo a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley”⁴¹⁰.

XVI. LAS RECOMENDACIONES, DIRECTRICES, GUÍAS OPERATIVAS Y MANUALES DE OPERACIÓN

110. INSTRUMENTOS DE *SOFT LAW*. En ocasiones los organismos administrativos utilizan medios “blandos” de comunicación con los privados con el objeto de orientar y hacer predecibles las decisiones estatales. La característica común de estas formas de actuación, es que tras su ejercicio el organismo administrativo de que se trate no ejerce la potestad pública (poder de imperio coercitivo), sino que genera condiciones de diálogo regulatorio con los interesados o destinatarios. Por tal motivo, la literatura ha denominado a esta expresión de relación el “soft law”, en la medida que

⁴¹⁰ Dictamen Nº 865, de 2005.

mediante expresiones formales el Estado hace recomendaciones de derecho “dúctil”, también denominada de “derecho débil”⁴¹¹.

Por tal motivo, los organismos administrativos con denominaciones diversas dan orientaciones a los regulados para enfrentar las exigencias o criterios de la autoridad administrativa, sin que exista una autorización legal expresa para ello, pues su objetivo es permitir un adecuado diálogo regulatorio. Así las cosas, mediante este tipo de instrumentos no pueden oponerse a los particulares exigencias adicionales a aquellas establecidas en las normas legales o administrativas de contenido imperativo, ni tampoco hacerlas valer bajo la potestad “instructiva”, pues es necesario recordar que esta sólo es oponible a los funcionarios y no a los particulares.

Eso explica que la Contraloría, en el caso del Manual de Normas y Procedimientos para la Administración del Recurso Hídrico, que apruebe la DGA mediante resolución exenta, haya señalado expresamente que “los manuales que utilice la Administración Pública como criterios técnicos para adoptar sus decisiones discrecionales han de adecuarse al ordenamiento jurídico, dentro del cual deben ejercerse las potestades de este tipo, por lo que esos instrumentos están sometidos a las reglas y preceptos jurídicos y deben ser entendidos en armonía con estos, más aún si constituyen instructivos internos, obligatorios para el Servicio, con incidencia en los derechos de las personas, debiendo adecuarse a los principios y valores reconocidos en la norma inserta en la regla positiva y en la jurisprudencia administrativa”⁴¹².

⁴¹¹ BLANQUER (2010 II), 505.

⁴¹² Dictamen N° 20.862, de 2004.