

## SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PRESUPUESTARIA

*José Luis Cea Egaña*

Profesor de Derecho Político y Constitucional

### I. CONCEPTO Y RELEVANCIA

Me propongo resolver las interrogantes siguientes:

1. ¿Puede el Jefe del Estado, por decreto supremo y con sujeción a la Constitución, transferir o traspasar de una clasificación a otra de la Ley de Presupuestos, fondos ya autorizados por el Congreso?, y

2. ¿Puede el Presidente de la República, por decreto supremo y respetando la Carta Fundamental, aumentar o incrementar el monto de ciertos gastos ya aprobados en la Ley de Presupuestos, superando así el monto máximo total de los egresos autorizados en dicha ley, cuando los ingresos resultan mayores que los estimados por el Jefe del Estado?

Resulta indispensable insertar el examen del tema<sup>1</sup> en relación con su contexto ámbito más amplio, esto es, el *principio constitucional de legalidad*<sup>2</sup>, llamado también en la acepción más vasta y que cubre el bloque completo de la normatividad positiva<sup>3</sup>, *principio de juridicidad*. Dicho principio ha sido formulado por el Poder Constituyente, con la cualidad de *base del Estado de Derecho y del Derecho Público*, en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, preceptos los citados que después devienen particularizados en nexos con los asuntos que se abordan en los capítulos siguientes del Código Político.

<sup>1</sup> El marco jurídico pertinente incluye, principalmente, las normas siguientes y que me limito aquí a citar, dándolas por reproducidas:

Artículos 6°, 7°, 19° N°s 22° y 24° incisos 1° y 2°, 32° N° 8° y 22°, 33° inciso 1°, 35° inciso 2°, 52° inciso 3°, 60° N° 20, 62° incisos 2°, 3° y final, 64°, 87°, 88°, 89°, 102° inciso 2°, 104° incisos 2° y 3° y 111°, todos de la *Constitución de 1980* y sus reformas.

Artículos 19°, 26° inciso 3° y 53° de la *Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional*; artículos 1°, 2° inciso 2°, 4° incisos 1° y 2°, 6° inciso 1°, 11°, 12°, 14° inciso 1°, 15°, 17°, 19°, 21°, 26°, 26° bis, 28°, 29°, 51° y 70° de la *Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado*, contenida en el Decreto Ley N° 1.263 de 1975 y sus modificaciones; y los artículos 1° y 10° de la *Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República*.

Finalmente, el *decreto Supremo del Ministerio de Hacienda N° 1.256 de 1991*, sobre clarificaciones presupuestarias, como asimismo, los artículos 174° a 184° del *Reglamento de la Cámara de Diputados* y los artículos 27°, 30°, 31°, 79° N° 3, 101° letra b), 112° y 194° a 198° del *Reglamento del Senado*.

<sup>2</sup> Imperativo es también considerar, en un análisis comparativo de índole histórica o diacrónica, entre otros los artículos 4°, 44° N° 4° y 72° N° 10° de la *Constitución de 1925* y sus reformas, como asimismo, los artículos 1°, 15°, 16°, 18°, 33°, 42°, 43°, 44° y 50° del DFL N° 47 del Ministerio de Hacienda de 1959, *Ley Orgánica del Presupuesto*.

<sup>3</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS y RAMÓN FERNÁNDEZ: *I. Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Ed. Civitas, 1982), p. 365.

En virtud del principio en análisis, la Constitución *reserva la regulación de ciertas materias al dominio de la ley en sentido material y exige la habilitación previa por la Constitución o la ley* para que los órganos públicos subordinados a una y otra jerarquía de normas obren válidamente.

Introduciéndose en el significado y aspectos de tal principio en nuestro sistema jurídico, la doctrina ha escrito:

“En la Constitución de 1980 existen dos caras del principio de legalidad que se refuerzan mutuamente: *El principio de legalidad formal y el principio de legalidad material*. Por ello, sostengo que la Administración en Chile está sometida no sólo a la ley como fuente del Derecho, sino a todo el conjunto jurídico, con un abanico amplio de fuentes del Derecho. Se hablará entonces del principio de juridicidad (...).

Procedamos a analizar las *consecuencias del principio de legalidad* (...): “La obligación de respetar las leyes implica una doble exigencia para la administración: Una *negativa*, consiste en no tomar ninguna decisión que les sea contraria, la otra *positiva*, consiste en aplicarlas, es decir, el deber de tomar todas las medidas reglamentarias o individuales que implica necesariamente su ejecución”<sup>4</sup>.

Profundizando en el concepto de legalidad, la *jurisprudencia* ha concluido que:

“El Presidente de la República está autorizado para dictar aquellas normas que faciliten o hagan más expedita la ejecución o aplicación de una ley, pero carece de facultad, en uso de su potestad reglamentaria, para establecer preceptos o disposiciones que vayan más allá o extralimiten los términos mismos de la ley que reglamenta”<sup>5</sup>.

En fecha reciente y a propósito del mismo principio, ha señalado nuestra Magistratura:

“Que el sentenciador frente a la antinomia o contradicción entre una ley y su reglamento, debe hacer primar y aplicar el texto de aquélla, toda vez que la potestad reglamentaria se traduce sólo en la facultad de dictar los reglamentos, decretos e instrucciones tendientes a la correcta y expedita aplicación de la ley, pero nunca a establecer nuevos requisitos o limitaciones, derogando o haciendo inoperante la aplicación de la misma.

Lo anterior, no es sino aplicación del principio jerárquico de nuestro sistema jurídico en que *el decreto o el reglamento debe subordinarse a la ley y ésta a la Carta Fundamental*”<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> JORGE PRECHT PIZARRO: “El Principio de Legalidad: Un Enfoque de Derecho Administrativo Chileno y Comparado”, *Cuadernos de Análisis Jurídico N° 4* (Universidad Diego Portales, abril de 1988), pp. 4 y 9 (Enfasis en el original).

<sup>5</sup> Sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 3 de noviembre de 1960, reproducida en *LVII Revista de derecho y Jurisprudencia 2ª p.*, S. 1ª, pp. 36 ff.

<sup>6</sup> Considerando 10º de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 5 de agosto de 1988, publicada en *LXXXV Revista de derecho y Jurisprudencia 2ª p.*, S. 5ª, p. 182 (Enfasis agregado).

Cumplido el requisito esencial de la habilitación constitucional o legal previa es posible, empero, que tal habilitación sea conferida con distintas *modalidades de amplitud y profundidad* en la regulación complementaria que exigen aquellas disposiciones superiores.

Dependiendo de los términos con que el Poder Constituyente la otorgue u ordene que lo haga el legislador en sus variadas jerarquías o diversas especies, en efecto, lo relevante estriba en que la habilitación, v. gr., para ejercer la potestad reglamentaria subordinada o de ejecución, puede ser otorgada de modo más o menos *positivo* o *negativo*, por una parte, y más o menos *absoluto* o *relativo*, de otra. Trátase, en palabras diferentes, de una habilitación manifestada en términos graduales o de magnitud variable de un continuo en que no caben los extremos, pues de ocurrir esto se estaría de frente a una *deslegalización completa* (delegación o habilitación positiva absoluta) o ante una *supresión de colaboración por el Poder Ejecutivo* en la realización de los preceptos constitucionales o legales (prohibición o habilitación negativa absoluta).

La habilitación jurídica es de vinculación *positiva* cuando el órgano estatal debe actuar de conformidad con o en sujeción estricta a la ley habilitante, en la cual se haya prefijado la actuación de tal órgano. Será en términos de vinculación *negativa*, por el contrario, si dicha actuación debe tan sólo ajustarse a la ley en el sentido de ser *compatible* con ella o de *no contradecirla*.

Nótese, en consecuencia, que la diferencia queda marcada por la mayor o menor prefiguración normativa contemplada en la disposición habilitante, escuela de la cual es el ámbito distinto de *discrecionalidad* del órgano así habilitado por la Constitución o la ley para actuar<sup>7</sup>. Adviértase, asimismo, que ambos rasgos se *conjugan*, siendo inaceptable concebirlos como excluyentes e inconciliables, característica que pone de relieve, como lo he destacado, que se está de cara a un *asunto de grados* y no de extremos opuestos.

Desde un segundo punto de vista, se trata de una habilitación que puede ser otorgada en sentido más o menos *absoluto* o *relativo*.

Es del primer tipo si la Constitución ha reservado a la ley, de manera bastante prolija y casi exclusiva, el ejercicio directo o por sí misma de la potestad reguladora respectiva. En cambio, será *relativa* si la Carta Fundamental reserva a la ley la competencia para regular una materia, pero nada más que en términos de bases, criterios o parámetros generales, entregando la pormenorización de ella a la potestad reglamentaria. En el primer caso, el espacio para el ejercicio de esta potestad es muy reducido; en el segundo, al contrario, la ley no ha sido más que una intermediaria restringida entre la Constitución y el reglamento, de manera que la mayor habilitación de éste puede entenderse conferida por el propio Poder Constituyente.

Obsérvese, en suma, que la diferencia arriba analizada se funda en el *nivel de intensidad o fuerza* con que la Constitución ha previsto la reserva material de ley. Repárese, igualmente, que *jamás aquella diferencia conlleva la supre-*

<sup>7</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA *et al.* citado en *supra* nota 3, pp. 364-370. JUAN E. PALMA JARA: "Consideraciones sobre el Principio de Legalidad Administrativa", *I. Anuario de Derecho Administrativo* (Santiago, Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1976), p. 154.

*sión de la reserva legal*, o sea, la abdicación por el legislador de su potestad para trazar normas limitativas de la habilitación por él conferida<sup>8</sup>.

Fluye de lo expuesto que la reserva material de ley permite un *ámbito variable de regulación complementaria* por la potestad reglamentaria subordinada o de ejecución, pues tal habilitación no tiene la misma fuerza o intensidad en todos los casos previstos por el Poder Constituyente. En otras palabras, dependiendo de los términos empleados por ese Poder en cada norma que contempla la reserva legal, es posible establecer diferentes magnitudes del principio ya mencionado, *sin que por ello jamás deje de regir la reserva o que se trate de una habilitación en blanco* a la potestad reglamentaria. Procurando ser todavía más claro, los términos con que el principio de legalidad se encuentra contemplado en la Carta Fundamental *no son siempre idénticos en cuanto a la fuerza o intensidad* con que el Poder Constituyente reserva su dominio a la ley. Consiguientemente, se permite —también en términos variables— a la potestad reglamentaria de ejecución la regulación complementaria del asunto que se trate de llevar a la práctica.

Así y por ejemplo, en materia de garantías constitucionales tal reserva podríamos decir que es *más positiva y absoluta o menos negativa y relativa*, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional<sup>9</sup>, por lo que el área mayor de regulación corresponde a la ley y el menor a dicha especie de potestad reglamentaria, como ocurre en el artículo 19º N°s 5º, 7º, 12º, 15º inciso 2º, 21º inciso 1º y N° 26º de la Carta Fundamental.

En cambio, hay casos en que la fuerza de la reserva legal puede ser calificada de *menos positiva o absoluta o más negativa o relativa* y, por ende, 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. Tal como ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como "*con arreglo a la ley*", "*con sujeción a la ley*", "*de acuerdo a lo que determine la ley*", "*en conformidad a la ley*", "*en los casos y formas que determine la ley*" o "*los casos y el modo*" que ésta fije, v. gr., en los artículos 10º N° 4º, 14º, 32º N° 22º, 76º, 87º y 94º de la Constitución en vigor<sup>10</sup>.

Todas esas locuciones, evidentemente, *implican el respeto del principio de legalidad, pero lo flexibilizan* en la medida que así lo decida el legislador al

<sup>8</sup> JAVIER BARCELONA LLOP: "Principio de Legalidad y Organización Administrativa", en Sebastián Martín-Retortillo (coordinador): III. *Estudios sobre la Constitución Española* (Madrid, Ed. Civitas, 1991), pp. 2.358-2.412.

<sup>9</sup> Véase la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 21 de abril de 1992, cuyo considerando 12º señala:

"Que si bien es efectivo que el legislador haciendo uso de su facultad de "regular" puede establecer limitaciones y restricciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, esta facultad no le corresponde al administrador (...). En otras palabras, el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse".

<sup>10</sup> Rara excepción a la regla generalísima que ha sido expuesta encuéntrase en el artículo 19º N° 13º, pues en su redacción vigente contiene una ostensible y negativa involución al texto original del Código Político de 1925. Este, debe ser recordado, fue modificado en 1971 para ajustarlo al principio de legalidad más rígido en la reserva y que es el aplicable al ejercicio de los derechos fundamentales.

regular, con mayor o menor detalle, las directrices con arreglo a las cuales tendrá que desenvolverse el Poder Ejecutivo. Esa es, lo repito, una *determinación discrecional del legislador*, aunque el sentido lógico de las locuciones mencionadas es otorgar una zona extensa a la potestad reglamentaria subordinada. Pero siendo una facultad de ejercicio discrecional, la magnitud del ámbito franqueado por la ley a esta última potestad es algo *invariablemente coherente con la Carta Fundamental*. Por eso, si hoy la ley confiere una mayor extensión a la potestad reglamentaria para que se despliegue con arreglo a la ley, mañana puede esa extensión ser reducida o aumentada según la ponderación de las circunstancias que efectúe el legislador. Obrar con una u otra intensidad de regulación legal es perfectamente consistente con lo autorizado al legislador por la Constitución.

A mayor abundamiento, en los casos del segundo de los grupos mencionados, es decir, cuando existe la reserva legal pero la intensidad de ella es más de vinculación relativa o negativa, tiene que ser reconocido un amplio margen de ejercicio a la potestad reglamentaria de ejecución, pues ese y no otro es el propósito del Poder Constituyente. En esa situación, a la ley queda reservada la *tarea genuina o típica de esa jerarquía de normas positivas, cual es la de fijar las normas generales, básicas o que enmarcan* la competencia, límites, excepciones y controles de la acción del Jefe del Estado a través de la potestad de ejecución ya referida.

En punto a las interrogantes que he planteado y pretendo resolver, tórnase singularmente importante detenerse en la atribución especial contenida en el artículo 32º Nº 22º de la Constitución, porque ella es la regla general en el tópico. Dicha norma confiere al Jefe del Estado una habilitación para actuar, dentro de la Constitución y la ley, al tenor del artículo 24º inciso 2º, pero sin que el legislador pueda llegar hasta el mínimo o minucia en la regulación de las facultades presidenciales en la materia.

En efecto, si se revisa el sentido natural y obvio de la expresión "*con arreglo a*", empleada en aquel precepto por la Carta Fundamental, se despeja toda duda en torno a los caracteres de la habilitación allí conferida, pues ésta significa "conformemente, según"<sup>11</sup>, o sea, *de conformidad con lo que preceptúe la ley, según lo que disponga esta clase de norma jurídica*. Vale decir, en tal precepto al Presidente de la República se le exige que, en la recaudación e inversión de las rentas públicas o, lo que es igual, en la *ejecución* de la Ley de Presupuestos y demás que dispongan los ingresos y gastos de la Nación, actúe de acuerdo a lo que dispongan tales cuerpos legales, los cuales, en virtud del ámbito acotado de la reserva material de ley que se explicará luego, no pueden, sin infringir la Constitución, definir de manera completa, extensa, exhaustiva o agotadora el ejercicio de esa atribución presidencial. Hacerlo sería invertir la fórmula constitucional del *dominio máximo legal* para, en su lugar, reintroducir el dominio mínimo legal que contemplaba la Constitución de 1925, alteración ésta que el Poder Constituyente prohíbe efectuar y que sanciona en el artículo 7º con la nulidad *ipso iure*, insubsanable e imprescriptible.

<sup>11</sup> Real Academia Española: I. *Diccionario de la Lengua Española* (Madrid, Ed. Esparsa-Calpe, 1984) p. 129.

## II. DOMINIO MAXIMO LEGAL

Cabe ahora resolver si el Poder Constituyente trazó, entre los órganos colegisladores involucrados en la Ley de Presupuestos –Presidente de la República y Congreso Nacional–, un orden de preeminencia para alguno de ellos o si, por el contrario, los igualó en jerarquía y ámbito de las potestades que a uno y otro confirió.

1. *Sinopsis de la Evolución Constitucional*

La Constitución de 1925 consagraba, en su artículo 44º, el denominado *dominio mínimo legal*, en virtud del cual el legislador no sólo podía reglar las materias previstas en aquel catálogo enunciativo, sino que penetrar además en las regulaciones de detalle, menores o que pertenecían a la potestad reglamentaria. En el tópicó la doctrina escribió:

“Es evidente que lo que debe ordenarse sólo por ley no puede disponerse de otro modo, ni por el Parlamento ni por ningún otro órgano. El llamado a la ley importa exclusión para cualquiera otra autoridad de la facultad de estatuir en tales asuntos, so pena de realizar un acto de por sí nulo.

Por otra parte, el legislador no podría pronunciarse sobre materias que el constituyente ha entregado a la competencia de otras autoridades (...). Tales determinaciones del legislador serían también nulas.

Sin embargo, entre uno y otro extremo –materias que son de ley y asuntos que corresponden a determinados órganos– pueden concebirse, en la vida del estado, determinaciones que no encuadren en ninguna de esas órbitas y cabe preguntarse si esas decisiones pueden o no ser tomadas por el legislador.

Se impone, a nuestro juicio, la respuesta afirmativa (...).

Desde luego, formalmente el artículo 44º no envuelve una enumeración excluyente, puesto que a lo largo de la propia ordenación fundamental se confían muchas otras materias a la ley, además de las que se contemplan en el precepto citado. Las palabras empleadas revelan por otra parte falta de intención del constituyente de limitar el campo del legislador a los asuntos que determinadamente indica (...).

Sólo puede, entonces, ordenarse por ley en las materias que la Carta Fundamental preceptúa que de ese modo se rijan, pero, además, el legislador está facultado para pronunciarse también por esa vía sobre cualquier asunto que no implique atropello a la Carta Fundamental y a las atribuciones confiadas a otras autoridades”<sup>12</sup>.

Así, también, lo ha entendido el autor de este informe.

“(…) la Carta de 1925 carecía de una norma de clausura explícita, porque en su texto no limitaba el dominio legal, de manera que el órgano correspondiente podía legislar los asuntos comprendidos en el artículo 44º como los ausentes de él y no reservados al Presidente de la República o a cualquiera otra autoridad constitucional (...)”.

<sup>12</sup> ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN: III. *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1963) pp. 150-151.

Si el legislador se anticipaba a regular alguna de las materias aludidas, con ello cerraba o clausuraba la posibilidad de que se hiciera lo mismo a través de una norma distinta y subordinada a la ley, en especial la emanada de la potestad reglamentaria radicada en el Jefe del Estado (...).

Fluye de lo expuesto que el régimen constitucional implantado en 1925 tuvo, clara aunque implícitamente, *en la ley su norma de clausura*, facultando el ejercicio de la potestad reglamentaria para el solo efecto de ejecutar las leyes<sup>13</sup>.

Hondamente distinta es la *norma de clausura* del ordenamiento jurídico bajo la Constitución de 1980. Al efecto, útil es transcribir la *historia fidedigna* respectiva:

"El señor Bertelsen señala que habría que referirse a la potestad reglamentaria, donde debe figurar una innovación tan importante como lo es el *cambio en la distribución de las materias propias de ley y de reglamento*. Añade que en la chilena, como en la mayor parte de las Constituciones, se ha seguido el sistema del llamado "dominio mínimo legal", conforme al cual se enumera una serie de materias que necesariamente deben ser reguladas por ley. Dice que en el resto de las materias es posible tanto la intervención como de la potestad reglamentaria, campo concurrente donde prevalece, por cierto, la disposición de mayor jerarquía, que es la ley. Estima que con ello el campo de actividad del Poder Legislativo llega hasta donde lo desean los legisladores ya que se puede producir una verdadera "elefantiasis" legislativa cuando por vía legislativa se regule todo, sistema que a su juicio debe cambiar como sucedió en Francia y *establecerse que el dominio legislativo es máximo y no mínimo*, debiendo ser objeto de ley sólo aquellas materias que figuren en una lista taxativa o cerrada.

Dice que el resto caería dentro del campo de la potestad reglamentaria, la cual sale fortalecida al limitarse la actividad legislativa únicamente a las materias que, por su importancia para el país y por su carácter general, deban resolverse con acuerdo del Congreso (...).

*Se aprueba*<sup>14</sup>

Cierto es que el *Consejo de Estado*<sup>15</sup> manifestó su opinión contraria a la sustentada por la *Comisión de Estudio*, pero fue la opinión de esta última la que, en definitiva, recogió la Junta de Gobierno y quedó incorporada al texto actualmente en vigor. Se despejó así toda duda en torno al sentido y alcance de la *norma de clausura* del ordenamiento jurídico chileno.

¿Cuál fue, entonces, el sentido y alcance que el Poder Constituyente quiso infundir a la potestad reglamentaria del Presidente de la República?

<sup>13</sup> José Luis Cea Egaña: "Dominio Legal y Reglamentario en la Constitución de 1980", XI *Revista Chilena de Derecho* (1984) pp. 418-419.

<sup>14</sup> *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*, sesión 355, p. 2278 (Enfasis agregado).

<sup>15</sup> *Informe del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Nueva Constitución*, reproducido en VIII. *Revista Chilena de Derecho* N<sup>os</sup> 1-6 (1981) p. 412.

Una vez más, la *historia fidedigna* es clara al respecto. De ella transcribo los pasajes siguientes:

“El señor *Bertelsen* indica que sería preciso resaltar la *potestad reglamentaria amplia* que tendrá el Presidente de la República y precisar el deslinde entre el campo propiamente legislativo y el reglamentario; ver que la norma pertinente a las materias propias de la Ley esté señalada en el capítulo de la formación de las leyes, e indicar, *por exclusión*, que el resto cae en el ámbito de la potestad reglamentaria<sup>16</sup>.

(...)

El señor *Bertelsen* afirma que habrá dos tipos de reglamentos que conceptualmente pueden distinguirse, aun cuando no sea necesario hablar de ello en la Carta Fundamental, como son los *reglamentos autónomos*, que regulan materias que no son de ley, y los *reglamentos de ejecución*, que desarrollan, detallan y llevan adelante las disposiciones legislativas, tarea esta última del poder Ejecutivo, de donde emana su denominación (...).

El señor *Guzmán* estima de gran trascendencia la materia, y considera interesante hacer una detallada fundamentación de ella en el memorándum recalcando la congruencia que existe entre ese criterio y la concepción del gobierno moderno en cuanto a ser el conductor de la vida nacional, *especialmente en los planos económico, administrativo, internacional y social*. Piensa que ésa es una de las innovaciones más trascendentes que se introducen en la nueva Carta.

El señor *Ortúzar* (Presidente) recuerda que durante muchos años el legislador penetró abusivamente en el campo de la potestad reglamentaria, lo que viene a reforzar el planteamiento.

*Se aprueba*<sup>17</sup>

En suma y circunscrito al rubro que me ocupa, la Constitución de 1980 modificó sustancialmente la Carta Fundamental de 1925 porque fijó como norma de clausura la potestad reglamentaria del Presidente de la República, introduciendo además la denominada potestad reglamentaria *autónoma o independiente* de la ley y *extendida*, pues cubre el ámbito que el Poder Constituyente restó al de la reserva material de los preceptos legales. Con ello, adicionalmente, el Poder Constituyente configuró uno de los rasgos esenciales del Régimen Presidencial de Gobierno chileno.

Estima el informante que tal fórmula política se vería medularmente alterada si, al legislar, el Parlamento actuara con espíritu extensivo, exhaustivo, de regular detallada o agotadoramente las potestades que habilita ejercer de frente a las situaciones, sucesos, actos o personas destinatarios de sus normas. El Congreso impediría con ello a la potestad reglamentaria cumplir su rol de norma

<sup>16</sup> *Actas*, citadas *supra* nota 14 sesión 345, p. 2.094 (Enfasis agregado).

<sup>17</sup> Sesión 355, p. 2.279 (Enfasis agregado).



de clausura del ordenamiento jurídico, a la par que reintroduciría el dominio mínimo de la ley en la Carta Fundamental.

Estima el informante que si bien hay elementos fluctuantes o cambiantes propios de una cuestión de prudencia, confianza y consenso político en definir, en concreto y precisamente, hasta dónde ha de llegar la regulación general de la ley y dónde debe comenzar la particularización o detalle a cubrir por la potestad reglamentaria, lo más relevante desde el *ángulo jurídico* estriba en que el texto, contexto e historia fidedigna de la Constitución, se orientan a que ello sea realizado con objetividad, considerando cada una de las materias en que está involucrado el principio de legalidad, pero sin olvidar las reglas que infunden preeminencia a las funciones del Primer Mandatario en nuestro sistema político.

En efecto, existe en la Constitución un conjunto de factores generales que permiten definir, con bastante pero no total exactitud, el límite entre lo propio de la ley y del reglamento.

De esos factores, nombro el *dominio máximo* de la ley que determina la reserva legal en términos taxativos y no excedibles. Agrego la potestad reglamentaria que, en este campo y en todo caso, sólo puede ser *subordinada o de ejecución* de lo dispuesto por la ley. Consigno, en tercer lugar, el *carácter general* que ha de tener la ley, ajena a los detalles o particularizaciones inherentes a normas jurídicas inferiores. En fin, menciono las *necesidades del Estado de nuestro tiempo*, las cuales exigen un principio de legalidad flexible, como lo reconoce unánimemente la doctrina —nacional y extranjera— para que el Jefe del Estado obre con prontitud y eficacia frente a las circunstancias difíciles e imprevisibles, *no siempre de emergencia*, que se le presentan. Obviamente, actuar así con arreglo a la ley no significa *deslegalizar* la materia, sino concebir y aplicar el principio constitucional de legalidad en los términos que el Poder Constituyente ha fijado.

Recae en el legislador decidir el *nivel de profundidad o de detalle* al que puede llegar en su regulación general o de bases de un asunto y, con ello, determinar correlativamente donde se inicia la potestad reglamentaria de ejecución. Pero ésta *no es una cuestión de total o irrestricta discrecionalidad legislativa*, porque a la ley se impone el sistema o contexto al que debe someterse en su acción. No respetar esos límites es invadir competencias ajenas y dejar al *Tribunal Constitucional* en situación de hacer respetar la Carta Fundamental<sup>18</sup>.

## 2. Consecuencias del Sistema Vigente

La solución de las interrogantes formuladas, exige plantearlas, analizarlas y resolverlas en relación con el principio de legalidad y el dominio legal consagrados por el Poder Constituyente, pues uno y otro reflejan el sistema de nexos entre el Presidente de la República y el Congreso en punto, por ejemplo y precisamente, a la Ley de Presupuestos.

En efecto y como lo he ya demostrado, el Poder Constituyente de 1980 sustituyó el *dominio mínimo legal* que contemplaba la Carta Fundamental de 1925, con el objeto de consolidar la preeminencia del Presidente de la Repúbli-

<sup>18</sup> Constitución de 1980, artículo 82º N° 2º.

ca en el gobierno y administración del Estado. Inevitablemente, con ello el mismo Poder cambió la fuerza o intensidad reguladora de la ley que singulariza el principio de legalidad, esto sin merma de cuanto advertí en sentido contrario a propósito del ejercicio de los derechos fundamentales. Podrá disentirse de la superioridad que adquirió así el Primer Mandatario sobre el Congreso, pero la interpretación objetiva y de buena fe de la Constitución exige reconocer que, más allá de ese juicio respetable y tal vez compartido, lo inequívoco es que existe tal preeminencia<sup>19</sup>.

Bajo el imperio de la Carta Fundamental de 1925 y evaluando el propósito de la reforma constitucional de 1970 en la materia, la doctrina sostuvo respecto a la racionalización de los gastos públicos que:

“En nuestra historia política, desde principios de siglo, los parlamentarios usaron y abusaron, naturalmente que con buena fe, de su facultad de iniciar proyectos de ley que implicaban gastos públicos. Así, se aumentaban los sueldos de los funcionarios públicos, se creaban nuevos Servicios, se modificaban sus Plantas, se otorgaban gratificaciones, se cargaba al Fisco con nuevas obligaciones, se condonaban impuestos adeudados. Con ello se desarticulaban las finanzas del Estado y se impedía toda posibilidad de real planificación económica”<sup>20</sup>.

Este no es el lugar para profundizar en las causas que llevaron a esa decisión. Básteme mencionar que por dicha vía se pretendió vigorizar, aún más, a la institución Presidencia de la República, v.gr., en el ámbito del manejo de la hacienda pública, siguiendo con ello la línea trazada en 1943 por la primera reforma introducida a la Constitución de 1925.

Comparados los textos de la Constitución de 1925 y 1980 en la materia, se constata el reemplazo del *dominio mínimo legal* establecido en aquella, por el *dominio máximo* contemplado en ésta, alterando así la norma de clausura del ordenamiento jurídico chileno, de la ley bajo el imperio de la Carta Fundamental precedente a la potestad reglamentaria en la actualmente en vigor.

### III. PRINCIPIO DE LEGALIDAD PRESUPUESTARIA

#### 3. *Ley de Presupuestos y Dominio Máximo Legal*

La *Ley de Presupuestos*, única ley periódica subsistente en nuestro ordenamiento, debe ser comprendida en el marco del dominio máximo legal instaurado

<sup>19</sup> Oportuno es insistir en la imperatividad, teórica y práctica, del principio contemplado en el artículo 6º inciso 2º de la Constitución, el cual impone acatamiento a la supremacía de la Carta Fundamental respecto de todos los órganos públicos, personas, instituciones o grupos. Simultáneamente, el intérprete de la Carta Fundamental ha de iniciar su labor sometándose a dicho principio.

<sup>20</sup> ENRIQUE EVANS: *Chile, hacia una Constitución contemporánea* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1973), p. 40.

Véase también ARNALDO GORZIGLIA BALBI: *Facultades Presupuestarias Legislativas* (Memoria de Grado, Imprenta Lazcano, 1960) pp. 53 ff. Particularmente lúcida y concisa es la explicación de Enrique Piedrabuena Richard en su *Derecho Presupuestario* (Santiago, Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Chile, mimeo, 1957) pp. 42 ff.

con la Constitución de 1980. Consecuente con tal premisa, resulta preciso delimitar el ámbito de reserva que a ella corresponde, quedando lo demás en la potestad reglamentaria.

En tal sentido, la Ley de Presupuestos no es más que un ejemplo particular de aquella configuración global del dominio máximo legal, es decir, que a ella corresponde establecer las bases del régimen presupuestario del sector público, entregando a la potestad reglamentaria la particularización y ejecución del presupuesto nacional. Dicho en otras palabras, la Ley de Presupuestos es una normativa periódica típicamente autorizatoria en términos generales o básicos, de un marco que contempla los lineamientos fundamentales de la política de ingresos y gastos del Estado para el año calendario, cuya aplicación queda entregada al Jefe del Estado.

Despréndese tal aseveración de los *anales fidedignos* que a continuación reproduzco:

“(...) El señor *Bertelsen* respecto de las facultades de tipo económico, plantea la tendencia predominante en el Derecho Público chileno de las últimas décadas: permitir que el Presidente de la República tenga atribuciones para fijar la política económica del país, problema que se relaciona (...)”<sup>21</sup>.

(...)

(...) El señor *Ortúzar* (presidente) acota que, además, es preciso tener en cuenta que la *administración financiera y económica* de la nación *corresponde exclusivamente al Presidente de la República* (...).

El señor *Guzmán* funda su punto de vista favorable a estos preceptos en el hecho de que en la época actual, como lo ha aseverado el señor *Bertelsen*, ya no cabe hablar de Ejecutivo y legislativo, sino de Gobierno y Parlamento, y en que la responsabilidad de conducir la vida económica del país corresponde al Gobierno, requiriendo la aprobación del Parlamento para determinadas materias que se consideran de importancia (...).

La señora *Bulnes* destaca que la Comisión ha aprobado como *principio indiscuido* la idea de la vigorización del Ejecutivo, sobre todo en materias administrativas, *económicas y financieras*”<sup>22</sup>.

De los anales oficiales del *Consejo de Estado* es posible deducir idénticas intenciones:

“El señor Presidente ofrece la palabra, en seguida, al Consejero don Héctor Humeres, quien quedó encargado en la sesión última, de consultar con funcionarios del Ministerio de Hacienda el inciso 1º del artículo 70º (hoy 64º) del anteproyecto. El señor Humeres hace presente que el Subsecretario de Hacienda y el Director de presupuesto concuerdan plenamente en que el Congreso no puede alterar la ley de presupuestos en cuanto a entradas y gastos. Agrega que dichas personas se mostraron partidarias de despachar

<sup>21</sup> *Actas citadas en supra* nota 14, sesión 345, p. 2095.

<sup>22</sup> *Id.*, sesión 394, p. 3031 (Enfasis agregado).

esa ley en un período más breve, puesto que *con la Nueva Ley de Administración Financiera, vigente desde hace cuatro años, la de presupuestos se ha simplificado mucho*. Oídas estas explicaciones y conocidas las enmiendas propuestas, *se aprueba por unanimidad el siguiente artículo 70º (hoy 64º)...*<sup>23</sup>.

De las expresiones anteriores es posible colegir consecuencias relevantes para la adecuada resolución de las cuestiones que he planteado.

En efecto, despréndese con nitidez que el Poder Constituyente *tuvo a la vista* el decreto ley Nº 1.263, incluyendo ciertamente sus artículos 26º y 28º, cuya constitucionalidad en ningún momento fue puesta en duda. Por el contrario, tal decreto ley fue considerado un texto indispensable para la elaboración del proyecto, su discusión y aprobación legislativa, en fin, la ejecución y control de la Ley de Presupuestos, pues allí se contemplaban los mecanismos de flexibilidad adecuados para que el cumplimiento de esta Ley resultara efectivo o eficaz.

A mayor abundamiento, interesante resulta recordar que bajo la vigencia de la Constitución de 1925 se planteó el problema del rol del Parlamento en materia presupuestaria y del nivel de detalle con que la ley respectiva debía ser despachada por aquella Institución. En testimonio de tal aseveración, transcribo una opinión vertida por la doctrina, la cual cita parte de la historia fidedigna del precepto pertinente de la Constitución de 1925:

“Don Romualdo Silva Cortés reconoció que el abuso del parlamentarismo en la materia de que se trata, consistió en Chile, principal, o casi exclusivamente, en el retardo o demora en el despacho del presupuesto anual de los gastos públicos” (Actas p. 68).

Sin embargo, el señor Vicuña Fuentes declaró que “su pensamiento no es impedir que la Cámara estudie, fiscalice y vigile la inversión de los fondos públicos, sino evitar que pueda hacerse de esta facultad un arma política contra las atribuciones propias del Poder Ejecutivo” (Actas p. 66). “En resumen —considera el señor Yáñez— que debe quitársele a los presupuestos su carácter político y dejarlos sólo como una ley administrativa, para la revisión de las entradas y gastos de la Nación” (Actas p. 67)”<sup>24</sup>.

De los anales transcritos es posible colegir que el dominio legal o ámbito reservado por la Constitución a la ley en sentido material o sustantivo se inserta en el contexto más amplio y considerado de mayor relevancia por el Poder Constituyente, cual es el del régimen presidencial de gobierno. Por eso, el conjunto de disposiciones supremas que regulan el principio de legalidad, el dominio legal y la tramitación de la ley deben ser interpretadas en armonía con la *relación de preeminencia*, constitucionalmente establecida, del Presidente de la República en parangón con el Congreso Nacional. Tales normas, consiguientemente, han de ser aplicadas en favor de aquél y no de este órgano estatal, pues, a pesar de las razonables disensiones que existen sobre el particular, la historia fidedigna, el texto y contexto de la Constitución demuestran que tal fue

<sup>23</sup> *Actas oficiales del Consejo de Estado*, sesión 89ª, pp. 113-114.

<sup>24</sup> SILVA BASCUÑAN, *Tratado* citado en *supra* nota 12, pp. 322-323.

la finalidad querida por el Poder Constituyente, finalidad que el intérprete y ejecutor de la Carta Fundamental ha de respetar.

#### 4. *Legalidad del Gasto Público*

El rasgo de *ley marco* es transparente en el caso de la *Ley de Presupuestos*, ya que ésta consiste en una autorización que el Congreso otorga periódicamente al Presidente de la República dentro de los parámetros que le fija al efecto. Tal naturaleza jurídica de la ley mencionada había sido ya reconocida durante la vigencia de la Constitución de 1925, a pesar que en ella se consagraba el dominio mínimo legal.

Ilustra cabalmente la exactitud de aquel rasgo de la Ley de Presupuestos lo sostenido por el *Tribunal Constitucional*.

“(…) Queda, entonces, en claro que tanto para la Constitución Política del Estado, como para la ley y la doctrina, el concepto de Ley de Presupuestos tiene un sentido específico y concreto, significativo del *acto por el cual el legislador autoriza al Ejecutivo el conjunto estimativo de ingresos y el gasto máximo con cargo a esos recursos* (...)”<sup>25</sup>.

No puede ser tampoco olvidado que el sistema presupuestario trazado por el Poder Constituyente en 1925 respondió a acontecimientos históricos precisos y de la más honda trascendencia, pues se trata de un hecho reconocido que la guerra civil de 1891 se originó en la disputa entre el Presidente Balmaceda y el Congreso Nacional en torno a la interpretación de la normativa constitucional relativa a la tramitación y aprobación de la Ley de Presupuestos. Sabido es también que el desenlace de ese conflicto significó la hegemonía del Congreso en un régimen de asamblea, una de cuyas secuelas fue el conflicto recurrente de aquel con el Primer Mandatario a propósito del despacho periódico o anual de la Ley de Presupuestos<sup>26</sup>.

Ante tales acontecimientos, la solución dada por el Poder Constituyente tuvo que ser práctica y no teórica, resultando así un sistema de formación de la Ley de Presupuestos que casi no encuentra paralelo en el Derecho Constitucional Comparado. En otras palabras, las disposiciones de la Carta Fundamental de 1925 en el rubro fueron la consecuencia de una penosa experiencia, o sea, la respuesta a sucesos de gravedad extrema, cuya repetición se quiso deliberadamente prevenir comprimiendo la participación del Congreso en la materia.

Inspirada en el propósito de robustecer todavía más la autoridad del Presidente de la República, la Constitución de 1980 mantuvo el criterio de la Carta Fundamental precedente y lo vigorizó con las modificaciones contempladas en su artículo 64<sup>º</sup>. Evidencia de tal aseveración se encuentra en los *anales oficiales* de la Constitución en vigor, de los cuales extraigo la constancia siguiente:

<sup>25</sup> Considerando 13<sup>º</sup> de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 19 de enero de 1972 (Enfasis agregado).

<sup>26</sup> JOSÉ GUILLERMO GUERRA: *La Constitución de 1925* (Santiago, Establecimientos Gráficos Balcells, 1929) pp. 269-271; ALEJANDRO SILVA BASCUÑAN: *Tratado* citado en *supra* nota 12, pp. 322-323.

“A este respecto, es conveniente recordar, como lo señaláramos al considerar el tema del Orden Público Económico, que la estimación de los recursos que contempla la Ley de Presupuestos y de los nuevos que establezca cualquiera otra iniciativa de ley, corresponderá exclusivamente al Presidente de la República, previo informe de los organismos respectivos; como asimismo, cabe tener presente la atribución que tendrá el Jefe del Estado, en caso de que el Congreso despachare un proyecto que importe gastos con recursos insuficientes, para, al promulgar la ley y previo informe favorable de la Contraloría, reducir proporcionalmente los gastos, cualquiera que sea su naturaleza”<sup>27</sup>.

A idéntico propósito se orientaron los cambios que, al sistema presupuestario, introdujo el *Consejo de Estado* en su proyecto de Nueva Constitución, puesto que “amplió y precisó cuanto pudo la redacción” del artículo 64º, “tanto para asegurar un manejo del gasto público cuanto para resguardar cabalmente el precepto constitucional, según el cual es el Presidente de la República quien administra el Estado”<sup>28</sup>.

En suma, el *principio de legalidad*, en el contexto del régimen político establecido por la Constitución de 1980, permite afirmar que la ley no puede ser exhaustiva, de detalle o que regule minuciosamente cada una de las situaciones que contempla, pues ello sería extender tal principio más allá de lo decidido por el Poder Constituyente, según lo he demostrado.

Por el contrario; la genuina interpretación del principio de legalidad implica comprenderlo en los términos expuestos, es decir, ocupándose la ley sólo de los aspectos básicos, fundamentales o generales de la situación que va a regular, reservando a la potestad reglamentaria subordinada o de ejecución las cuestiones de detalle que demanda su ejecución cotidiana. Así, y *flexiblemente*, se conjuga la *reserva material del dominio máximo legal*, de una parte, con la *norma de clausura radicada en la potestad reglamentaria*, de otra.

Con el ánimo de ser concreto, agrega este informante que la Ley de Presupuestos ha de contener las prescripciones o lineamientos generales a los que debe someterse el Jefe de Estado en la ejecución de las normas que lo autorizan para velar por la recaudación de los ingresos y decretar los gastos públicos, tal como lo entendió el legislador al dictar la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado. Esta, como se desprende principalmente de sus *artículos 1º, 26º, 26º bis y 28º*, recogió el principio flexible, más relativo y menos positivo de legalidad presupuestaria, en los términos que fija la Carta Fundamental de 1980. No puede, entonces, razonablemente, sostenerse que lesione la supremacía obrar *con arreglo a la ley*, o sea, *según lo preceptuado por ésta* ejerciendo la facultad otorgada por la Constitución en su artículo 32º Nº 22º<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Informe de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, reproducido en VIII *Revista Chilena de Derecho* N.º 1-6 (1981), p. 241. Mayores antecedentes fidedignos sobre el artículo 64º de la Carta Fundamental se hallan en las *Actas Oficiales* correspondientes a las sesiones 349, 350, 351, 353, 394 y 414 celebradas por la Comisión aludida.

<sup>28</sup> Informe del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Nueva Constitución, reproducido en la fuente señalada en la nota anterior, p. 413.

<sup>29</sup> BARCELONA LLOP, citado en *supra* nota 8, pp. 2.426-2.432.

Claro lo anterior, tampoco puede el dictaminante omitir una referencia a las expresiones que emitió varios años atrás, ya que entenderlas adecuadamente significa captar también el genuino alcance del principio de legalidad en nuestro Estado de Derecho y acceder así a la correcta solución de las cuestiones planteadas:

“La interpretación sistemática de todas las disposiciones citadas induce a sostener que con ellas ha quedado excluida la posibilidad de que se introduzcan gastos públicos no legislados. Además, puede deducirse que ha sido recortada la discrecionalidad administrativa en la materia. En resumen, en su intención o espíritu ha sido terminante el Poder Constituyente al exigir decisiones responsables, adoptadas con conocimiento de los costos y beneficios que ellas implican”<sup>30</sup>.

Efectivamente, no cabe introducir, o sea, crear por la *sola* vía de la potestad reglamentaria nuevos gastos, ya que ello vulneraría la reserva material que integra el principio de legalidad de los egresos públicos. Mas, fuerza es puntualizar que la ley en que esos nuevos gastos se contemplen no es sólo la anual de presupuestos, sino cualquier otro cuerpo legal, como es el *decreto ley* N° 1.263 y, en éste, su artículo 28°. En otras palabras, la *Ley Periódica de Presupuestos no es la única* idónea para habilitar al Presidente de la República a fin de regular el ejercicio presupuestario en lo relativo a los gastos, pues nada obsta a que el legislador, mediante otros mandatos que de él emanen, faculte al Jefe del Estado en igual sentido. Así lo ha hecho, repito, el artículo 28° del *decreto ley* N° 1.263, dictado en aras de la eficiencia y el cumplimiento de las obligaciones allí expresadas, esto es, de la flexibilidad presupuestaria que requiere la administración y gobierno adecuado del Estado.

Corroboración la tesis expuesta el artículo 89° de la Constitución. En él, efectivamente, queda de relieve que el principio de legalidad del gasto se encuentra previsto en leyes especiales que lo autoricen y, como norma general, en la Ley de Presupuestos.

##### 5. *Recapitulación*

El principio común de legalidad y el del gasto o presupuestario en particular, deben entenderse en sus justos términos; es decir, dentro del sistema o contexto al efecto consagrado por la Constitución. Este sistema, a su vez, se sitúa en el marco global del régimen político en ella trazado, en que el Presidente de la República adquiere preeminencia, superlativamente en materias financieras, sobre el Congreso Nacional.

Al legislar, el Congreso debe dictar normas de carácter general que permitan el ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución. Tal potestad, a su turno, ha de situarse en el marco establecido por la ley que, en el caso del presupuesto, no es sólo la ley anual, sino también y entre otras, la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado. Obrando dentro de ese marco, el

<sup>30</sup> JOSÉ LUIS CEA EGAÑA: *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1989) p. 170.

Primer Mandatario lo hace *con arreglo a la ley, de acuerdo a lo dispuesto en ella, con sujeción a los requisitos, límites y controles previstos por el legislador, en términos más o menos flexibles, según las circunstancias por él ponderadas. Legislar en dichos términos no vulnera lo dispuesto en la Carta Fundamental, sino que se ajusta estricta y cabalmente a lo prescrito en el texto, contexto e historia oficial de ella.*

## 6. Competencia del Congreso

Llégase así al punto de resolver *hasta dónde puede legítimamente llegar el Congreso* en el ejercicio de sus facultades en lo que dice relación con el proyecto de Ley Anual de Presupuestos.

Introduciéndome en el tema, creo útil recordar la respuesta dada a esa interrogante por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado bajo el imperio de la Constitución de 1925:

“Finalmente, (...) vuestra Comisión, ha considerado una (consulta) que muy a menudo ha solido plantearse en la práctica, y que dice relación con la *facultad de los parlamentarios de poder o no modificar la glosa* de un ítem de variables, sin alterar la cantidad global correspondiente.

Al respecto, vuestra Comisión considera que les asiste a los parlamentarios esta facultad en razón de que no existe precepto constitucional o legal alguno que la limite o restrinja y, por el contrario, la disposición del artículo 44 del número cuarto de nuestra Carta Fundamental, reconoce expresamente el derecho de éstos para modificar los gastos variables de la Ley de Presupuestos, sin otra limitación que la de entregar la iniciativa de su aumento al Presidente de la República (...).

En consecuencia, considera vuestra Comisión que los parlamentarios tienen la facultad de modificar la glosa de un ítem de la Ley General de Presupuestos, siempre que esta modificación no signifique aumento de la suma consultada para ese ítem o la agregación de un ítem nuevo”<sup>31</sup>.

El informe transcrito es suficientemente ilustrativo, máxime si se repara que fue emitido en el marco del *dominio mínimo legal* establecido por la Carta Fundamental de 1925, es decir, en donde la norma de clausura era la ley y, por ende, ésta podía regular en la homónima de Presupuestos hasta el mínimo detalle, cubriendo la gama completa de las clasificaciones pertinentes si así lo decidía y alterando las glosas de rigor.

Si la Constitución de 1980 ha invertido el sistema y hoy rige el *dominio máximo legal*, siendo la potestad reglamentaria la norma de clausura, cabe concluir que tal informe también ha de ser revertido en iguales términos. Por ello, al Congreso sólo cabe ocuparse de los gastos *variables*, tal como lo prescribe en texto expreso el artículo 64º de la Constitución, a nivel de las *partidas* y demás clasificaciones presupuestarias. Pero en punto a la *rigidez de las normas que regulan la ejecución* del presupuesto, no cree el informante que sea congruente

<sup>31</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado emitido el 28 de junio de 1945 (Énfasis agregado).



con la Constitución que en dicha ley se llegue a prohibir sus modificaciones por vía reglamentaria a nivel de capítulos u otros inferiores<sup>32</sup>. Reputo adecuado, en suma, lo dispuesto hoy en el *artículo 26º inciso 2º* del decreto ley N° 1.263 y las excepciones a tal flexibilidad allí contempladas<sup>33</sup>.

Reconoce el informante que en el tópico cabe la prudente ponderación de las circunstancias políticas. Pero aún consciente de esa situación y ante la duda, estima que debe optarse, en virtud de los fundamentos expuestos, por confiar en un grado amplio de flexibilidad la ejecución del presupuesto a la potestad reglamentaria de ejecución o subordinada, dejando a la ley lo que es típico de ella, o sea, sólo el trazado de los parámetros o criterios habilitantes en términos generales o básicos, sin descender a minucias.

#### IV. FACULTADES DEL PRIMER MANDATARIO

##### 7. *Traspaso de gasto ya autorizado*

¿Puede el Jefe del Estado, sin infringir la Constitución o la ley y por simple decreto, transferir o traspasar de una sección a otra de la Ley de Presupuestos, fondos ya autorizados por el Congreso? En concreto, la cuestión estriba en si los *artículos 26º* y *26º bis* del decreto ley N° 1.263 se ajustan o no a la Carta Fundamental al permitir el ejercicio de la facultad mencionada.

A la luz de las premisas ya expuestas, la respuesta del dictaminante es afirmativa, pues a los argumentos relativos al sentido y alcance del principio de legalidad en conexión con el régimen político y el dominio máximo legal establecido por el Poder Constituyente de 1980 es posible agregar otras razones para sostener la validez constitucional de la autorización legal en examen.

En efecto, la facultad contenida en el *artículo 26º* del decreto ley N° 1.263 ha sido reconocida y justificada por la *doctrina*, pues permite adecuar la ejecución del presupuesto a las fluidas circunstancias que debe enfrentar el Poder Ejecutivo en la aplicación de esa ley autorizatoria, aprobada en términos de *una estimación o cálculo aproximado* presentado por el Jefe del Estado al Congreso. Por ello, y sensatamente, pudo señalarse, aún antes de la Constitución de 1980, que:

<sup>32</sup> En el *artículo 32º N° 22º*, invocado usualmente para sustentar sobre él una visión rígida del principio de legalidad del gasto público encuéntrase, empero, no sólo la fórmula elástica que lo encabeza sino que, además, una confirmación de su flexibilidad, razonable por cierto, en la dinámica del Estado contemporáneo. Pues y efectivamente, en la tercera oración del precepto citado se autoriza al Presidente de la República para efectuar traspasos administrativos, verdad es que sin alterar el ítem respectivo, para sufragar los gastos derivados de contrataciones de funcionarios. Idéntica corroboración fluye del *artículo 64º inciso 2º*, el cual alude a los gastos gubernamentales, cuyo reverso son, precisamente, los gastos variables o que exceden el movimiento cambiante en los compromisos públicos.

<sup>33</sup> Más rígido era el *artículo 42º del DFL N° 47*, pues en virtud de él sólo por ley era posible autorizar el traspaso de fondos de una Partida a otra, o entre los capítulos de una misma Partida cuando el traspaso excediera del 5% de los gastos consultados en el capítulo cuyo total se disminuía. Además, el *artículo 47º* de aquel texto legal imponía al Jefe del Estado la obligación de comunicar al Congreso, dentro de los treinta días siguientes a la fecha del decreto respectivo, los traspasos que hubiere ordenado de acuerdo a la disposición mencionada.

"El principio de especialidad exige que los fondos destinados a un determinado gasto sean empleados específicamente con este fin, se opone al traspaso de recursos de un fondo a otro (...).

Sería inconveniente el traspaso múltiple, que haría del presupuesto sólo una referencia optativa, sin sentido de obligación en el aspecto administrativo (...). Como contrapartida de esta ventaja, surge la rigidez del sistema. En efecto, la simple previsión de un gasto está sujeto a las variaciones que imponga la realidad misma de su ejecución. Programar hoy para realizar mañana encierra un margen de incertidumbre que el principio de especialidad del gasto debe reconocer.

El reconocimiento de esta limitación no significa el abandono del principio. Basta su aplicación equilibrada. En efecto, la especialidad del gasto puede aplicarse al nivel del servicio o del Ministerio, que coordina un conjunto de servicios. Sin afectar el gasto de detalle, pueden asignarse simplemente sumas globales, que las entidades mencionadas aplicarán en la forma más conveniente al cumplimiento de sus fines.

Además, también puede recurrirse al sistema de traspasos, que permita desplazar los excedentes de un rubro para cubrir los déficit de otro y asegurar una adecuación permanente de ingresos y gastos"<sup>34</sup>.

Indispensable resulta igualmente considerar el *principio de flexibilidad presupuestaria*, en juego al analizar los artículos 26º y 26º bis del decreto ley Nº 1.263.

Tal principio no es extraño a nuestra historia en el rubro, pues la norma anterior a la de ese decreto ley, contenida en el D.F.L. Nº 47 de 1959, ya lo contempló e incluso con mayor fuerza, al tenor de lo ya visto.

En efecto, actualmente y en virtud de lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, existe un solo presupuesto para todo el *Sector Público*, abarcando tanto el sector centralizado cuanto al autónomo o personificado. Durante la vigencia de la antigua ley, en cambio, sólo el presupuesto del sector fiscal o centralizado era aprobado por normas periódicas de esa jerarquía y, respecto del sector descentralizado, la ley se limitaba a aprobar aportes globales, cuya especificación correspondía a la potestad reglamentaria del Jefe del Estado. Tratábase ya entonces, por ende, de un régimen flexible de ejecución del principio de legalidad presupuestaria.

A mayor abundamiento, imperativo es observar que se planteó en la *comisión mixta que estudió el proyecto de Ley de Presupuestos para 1992*, la idea de rigidizar su ejecución. Entonces se presentaron las dos indicaciones siguientes: Una y que fue declarada improcedente por inconstitucional, para prohibir los traspasos de fondos entre diferentes *partidas* (Ministerios y Tesoro Público) y el incremento de aportes a las empresas del Estado que no fueran sociedades anónimas, salvo que tal traspaso se hiciera por ley; y la otra que fue rechazada, para fijar un monto global a determinados gastos, impidiendo respecto de ellos ejercer la facultad del artículo 26º del decreto ley Nº 1.263<sup>35</sup>. Lo ocurrido un

<sup>34</sup> HUGO ARANEDA DORR: *Finanzas Públicas* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1980) pp. 89-90.

<sup>35</sup> Así consta en el *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, sesión 25ª (21 de noviembre de 1991) p. 1.990.

año atrás revela que se evaluó el régimen de flexibilidad en vigor, decidiéndose mantenerlo inalterado.

Con todo, es preciso hacerse cargo de la aparente contradicción en que incurrirían la Constitución y el decreto ley N° 1.263, pues aquélla señala que corresponde al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de las *modificaciones* a la Ley de Presupuestos, mientras que ese decreto ley menciona, entre las facultades del artículo 26° inciso 1°, la de establecer por decreto o administrativamente *las demás modificaciones presupuestarias*.

No carece de plausibilidad sostener que el legislador pudo emplear otra expresión más precisa en el precepto indicado, porque el término *modificaciones* induce a confusión, haciendo posible pensar que esa facultad se entienda como contraria a la Constitución, en circunstancias que ello no es así.

Efectivamente, la norma no dice que toda modificación a la Ley de Presupuestos en vigor tenga que ser efectuada, necesariamente, mediante una ley. Dicha norma *contiene un mandato distinto*, esto es, que la iniciativa para modificar la Ley de Presupuestos incumbe con carácter exclusivo al Presidente de la República. No es correcto, entonces, confundir ambas ideas.

Por otra parte, hay dos tipos de *modificaciones* a la Ley de Presupuestos, las cuales, siendo distintas, tampoco pueden ser reguladas por la ley en el mismo grado de detalle, o sea, con lo que se ha denominado *fuerza o intensidad del principio constitucional de legalidad*. Pues y en primer lugar, *la Constitución* se refiere a las modificaciones *al proyecto* sometido por el Presidente de la República, cada año, a la aprobación parlamentaria, con la estimación de los ingresos y gastos para el sector público, mientras que *el decreto ley* citado, por el contrario y en primer lugar, versa sobre las modificaciones que, para adecuar la que *ya es ley* a las cambiantes circunstancias, debe realizar el Jefe del Estado sin alterar, salvo en los casos del artículo 28°, la estimación aprobada por el Congreso Nacional.

Siendo así, el Jefe del Estado puede realizar los traspasos de fondos autorizados en la Ley de Presupuestos, sin que esto infrinja el principio de legalidad del gasto, porque aquellas transferencias *están ya autorizadas en tal ley*, en relación con los artículos 26°, 26° bis y 70° del decreto ley N° 1.263. No puede, en cambio, el Primer Mandatario efectuar esos traspasos cuando sean de un Ministerio a otro, pues, en este caso, se requiere de una habilitación legal previa y especial, como tampoco puede practicar traspasos que impliquen un incremento de aportes a empresas estatales que no sean sociedades anónimas, en atención a la misma exigencia señalada; una y otra prohibición previstas en el artículo 26° inciso 2° del decreto ley N° 1.263.

Esas dos excepciones, empero, no hacen más que confirmar la validez del planteamiento general que he expuesto, pues como tales salvedades ellas demuestran que el principio o regla es la potestad presidencial en orden a ejercer la facultad contenida en el inciso 1° del artículo 26°.

En cuanto a la *primera excepción*, no cabe ejercer la potestad presidencial en punto al traspaso de fondos entre las Partidas de los Ministerios, porque allí expresamente se requiere intervención directa, previa y específica del legislador. Esta prohibición corresponde a una reserva material de ley, impuesta con carácter de vinculación positiva en el rubro nombrado. Se funda en la reserva material que el Poder Constituyente le ha conferido al legislador, que él ha resuelto regular por sí mismo y que implica una reducción de la relatividad o flexibilidad del principio de legalidad, sin llegar por ello a su versión clásica de

sentido absoluto y rígido. Confirma esta excepción que, en todos los demás casos de traspasos entre Partidas, no cabe según la ley vigente intervenir al Congreso ni al legislador, porque aquélla autorizó el ejercicio de la potestad reglamentaria. Naturalmente, la Constitución *no impide que sean reformados* por el legislador los artículos indicados, infundiéndoles mayor aunque no total o exclusiva rigidez, *pero de ello no puede desprenderse que en su texto actual dichos artículos vulneren la Carta Fundamental.*

Sin perjuicio de lo anterior, cabe aquí indagar si la Partida denominada *Tesoro Público* constituye o no un Ministerio para así determinar si la transferencia de fondos de ella a uno de éstos exige o no de ley habilitante previa y especial.

Aclaro desde luego que si bien a cada uno de los Ministerios corresponde una Partida, hay además Partidas que no corresponden a ningún Ministerio. Esto último sucede, exactamente, con la Partida Tesoro Público, la cual aparece en la respectiva clasificación institucional con carácter independiente respecto de la Presidencia de la República, el Congreso Nacional, el Poder Judicial, la Contraloría General de la República y los Ministerios. Y esa clasificación presupuestaria, en la que la Partida Tesoro Público no se confunde con la homónima de los Ministerios, es la que el legislador tiene a la vista cuando aprueba la Ley de Presupuestos. Siendo así, no se configura la excepción prevista en el artículo 26º inciso 2º mencionado<sup>36</sup>.

Si se quiere prohibir que el Jefe del Estado ejerza la potestad contemplada en dicho precepto respecto de la Partida Tesoro Público, debe entonces ser modificado con antelación tal norma empleándose en él, v.gr., la expresión *partida* y no *ministerio*, pues insisto que éste no abarca a aquélla. Empero, de lo escrito no se sigue que el texto en vigor del artículo 26º inciso 2º sea contrario a la Carta Fundamental, porque *el legislador está habilitado para dictar la norma con la fuerza o intensidad de reserva material de ley que considere conveniente o necesaria.*

Ahora, en cuanto a la segunda de las excepciones precedentemente aludidas; ella corrobora la validez constitucional y legal de la potestad reconocida al Presidente de la República en el tópicó examinado. Tal excepción se configura *sólo* respecto de aquellas empresas del Estado que no sean sociedades anónimas<sup>37</sup>, de manera que si son tales sociedades ellas admiten la recepción de aportes.

Sin duda es insostenible analizar aisladamente la norma que contempla la segunda excepción, porque ella ha de ser insertada en el contexto constitucional atinente a las empresas públicas, incluyendo el cumplimiento de los requisitos trazados en el artículo 19 N° 21º inciso 2º y el artículo 60º N° 9º de la Carta Fundamental. Pero aún situado en ese contexto de exigencias, no se divisa oposición entre lo dispuesto en tal excepción, por un lado, y lo ordenado en el rubro por el Código Político, de otro.

<sup>36</sup> La *Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*, en su artículo 19º inciso 1º, define a los Ministerios como "los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones del gobierno y administración de sus respectivos sectores, los cuales corresponden a los campos específicos de actividades en que deben ejercer dichas funciones."

<sup>37</sup> Recuérdese aquí lo dispuesto en el artículo 29º inciso 4º del decreto ley N° 1.263.

Resumiendo, estimo que los traspasos de fondos desde la Partida Tesoro Público a un Ministerio, dispuestos por decreto con sujeción a la ley, son constitucionalmente inobjetables, porque se ajustan a los términos del principio de legalidad flexible o relativo que, en materia presupuestaria, se haya previsto en los artículos 26º, 26º bis y 29º del decreto ley Nº 1.263.

#### 8. *Aumento de un gasto ya autorizado*

¿Puede el Presidente de la República, por decreto supremo, aumentar el monto máximo de los gastos autorizados en la Ley de Presupuestos sin infringir con ello la Constitución y la ley? Es decir, y concretamente, la interrogante estriba en si los artículos 26º y 28º del decreto ley Nº 1.263, que han regulado la materia, se ajustan o no sustantivamente a la Carta Fundamental.

Respondo que, por aplicación de los principios del régimen político articulado en la Constitución de 1980, dos de cuyas expresiones son la reserva legal flexible y el dominio máximo legal, la respuesta debe ser afirmativa, pudiendo el Jefe del Estado, mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria subordinada o de ejecución, aumentar un gasto que se encuentra ya autorizado en la Ley de Presupuestos *si este texto legal u otro lo faculta expresamente para ello*.

No es vano realzar que la Constitución exige al Congreso obrar con cualidad general, pese a lo cual dicho órgano cumple su labor hasta en los detalles de cada una de las clasificaciones presupuestarias, expresión máxima de lo cual es la glosa.

Con ánimo demostrativo de que la aseveración anterior es correcta, cito la jurisprudencia constitucional que se ha pronunciado precisamente sobre el punto en análisis:

*“Que la idea de que la Ley de presupuesto específicamente es un cálculo estimativo de ingresos y una autorización máxima de gastos, obedece, igualmente, a una noción universal de Ley y de doctrina (...).*

*Es precisamente el caso de la especie en que es el propio artículo 44 Nº 4 del texto constitucional el que se encarga de determinar, complementado por los antecedentes de toda índole que se han indicado en los considerandos precedentes, cual es la idea matriz o fundamental de la Ley de presupuesto y tal idea no es otra que un cálculo estimativo de entradas y una fijación del monto de gastos (...)<sup>38</sup>.*

Pero lo más relevante yace en que la intervención parlamentaria no rigidice excesivamente la adecuación de la ley a la realidad. A ese objetivo obedecen los preceptos legales arriba indicados. La misma idea vale también con respecto a la naturaleza del *cálculo de entradas y gastos* que presente el Jefe del Estado al Congreso. Pues y efectivamente la Ley de Presupuestos se elabora sobre la base de una *estimación presidencial no del todo exacta e inamovible* de los rubros aludidos, exigencia esta última que, si se impusiera, resultaría utópica porque científica y técnicamente es imposible llevarla a la práctica.

<sup>38</sup> Considerandos 13º y 26º de la sentencia citada en *supra* nota 24 (Énfasis agregado).

Por eso es que la Constitución se refiere, en su artículo 64º, a la *estimación* de los ingresos, es decir, al *cálculo* o apreciación aproximada y, por ello también la Carta Fundamental ya no alude, como la precedente en su artículo 44º N° 4º, a la función del legislador consistente en fijar o designar de un modo cierto los gastos correlativos. Perfectamente coherente con tal predicamento es el lenguaje empleado en la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado.

También la *doctrina* consideró válida, aunque pronunciándose de cara a situaciones deficitarias distintas a las que motivan este Informe, la norma contenida en el artículo 44º del D.F.L. N° 47º de 1959, antecesor del actual artículo 28º, al señalar que:

“Estos aumentos de los gastos públicos, aun cuando atentan contra el equilibrio presupuestario, no pueden dejarse sin realizar, ya que ello significaría el incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones, incumplimiento que en ocasiones se traduciría en la pérdida del crédito y de la responsabilidad financiera del Estado, y en otras de la negación del derecho y de la justicia”<sup>39</sup>.

Pueden adicionarse los argumentos en favor de la tesis aquí sustentada.

Así y en materia de inversión de rentas públicas, ya he demostrado que la Constitución ha conferido *expresamente* al Presidente de la República la atribución especial de hacerlo ejerciendo la potestad reglamentaria, siempre que sea *con arreglo* o con sujeción a los que disponga *la ley*, al tenor del artículo 32º N° 22º.

No puede tampoco entenderse que los únicos casos en que el Jefe del Estado está habilitado para exceder la estimación de gastos autorizada por la Ley de Presupuestos son los contemplados respecto *de la emergencia económica*. Estos no son más que casos, cierto que los más importantes aunque de menor ocurrencia, por tales razones considerados en la Carta Fundamental. Pero nada obsta a que la ley consigne otros casos, como lo hacen los artículos 26º y 28º del decreto ley N° 1.263, fundado en la habilitación que el Poder Constituyente otorgó al legislador para obrar en términos de un principio de legalidad flexible o no rígido.

Si se considerara la emergencia económica como la *única* que admite gastos excedibles, ello sería casi obligar al Presidente de la República a que encuadrara todo en alguna de tales situaciones, forzando los hechos con el objeto de acceder a dicho gasto y, con ello, cubrir necesidades imposterables para la buena administración y eficiente gobierno del Estado.

El carácter de ley marco, general o de autorización global que ha de poseer la Ley de Presupuestos queda, una vez más, de manifiesto, si se recuerda que el artículo 89º de la Constitución señala que las Tesorerías del Estado no pueden efectuar ningún pago, sino en virtud de decreto o resolución expedido por la autoridad competente, el cual debe expresar *la ley o la parte del presupuesto* que autorice tal gasto.

Pues bien, ¿qué sentido tendría la dictación de ese decreto o resolución si la ley ha previsto ya, de manera exhaustiva, minuciosa o de completo detalle,

<sup>39</sup> GORZIGLIA BALBI, citado en *supra* nota 19, p. 141.

el gasto que ha de efectuarse y no, como debe ser, que sólo haya prefigurado en forma genérica la situación, habilitando al Presidente de la República para que, en virtud de la potestad reglamentaria, decida en concreto, ajustándose a dicha ley marco, periódica y autorizatoria, el gasto que ha de ser efectuado?

La realidad a que debe enfrentarse el Presidente de la República en la ejecución del presupuesto aprobado por el Congreso puede variar y, de hecho, así ocurrirá generalmente. Las prescripciones de la ley, si fueran exhaustivas o agotadoras, no podrían tampoco por ello cumplirse a menos que se procediera al despacho de decenas o centenares de textos legales modificatorios de la Ley de Presupuestos. Se tornaría con ello inevitablemente rígida o inflexible la norma presupuestaria, impidiendo también la eficiente administración y racional inversión de los recursos del Estado. Este, en su vertiente contemporánea, no puede quedar sometido a una concepción inelástica y absoluta del principio de legalidad, si se pretende, como es lógico para consolidar la legitimidad del régimen democrático constitucional, optimizar los recursos en la satisfacción de las necesidades públicas.

Para reafirmar lo anterior, creo conducente plantear el ejemplo inverso al que origina la interrogante planteada: si un gasto aprobado por el Congreso en la Ley de Presupuestos resulta después excesivo ¿querrá decir que el Presidente de la República está obligado a cumplir con el mandato del legislador, en aplicación rígida del principio de legalidad, y dilapidar los escasos recursos del Estado? La sensatez que debe imperar en la hermenéutica constitucional tanto como en la obra gubernativa no admite que sea afirmativa la respuesta a tal pregunta<sup>40</sup>.

Por eso, estimo que el Presidente de la República puede aumentar el monto de un gasto ya aprobado por el Congreso, *siempre que exista un incremento en los ingresos públicos que permita mantener el equilibrio presupuestario y que se trate de alguno de los casos expresa y taxativamente previstos en la ley*. Lo así obrado quedará sometido al control no sólo jurídico y contable de la Contraloría General de la República, de las Tesorerías y eventualmente del Tribunal Constitucional, sino que también a la fiscalización política que incumbe ejercer exclusivamente a la Cámara de Diputados.

En suma, estima el dictaminante que el principio constitucional de legalidad del gasto público debe ser concebido en términos *flexibles o relativos y no rígidos o absolutos, porque es la Constitución la que habilita al legislador para obrar así, concretamente en su artículo 32º Nº 22º*. En otras palabras, me asiste la convicción que la ley puede válidamente autorizar al Presidente de la República, como lo ha hecho en los artículos 26º, 26º bis y 28º del decreto ley Nº 1.263 de 1975 y sus reformas, para que decrete un gasto superior al autorizado por el Congreso, si los ingresos son mayores que los estimados y se encuentra en la situación habilitante prevista por el legislador, o sea, dentro de los

<sup>40</sup> Así entiendo la breve, incidental y no clara alusión efectuada por el Presidente Arturo Alessandri a lo que él llamó "un sobrante de fondos" y que "entonces se toma para hacer el nuevo gasto", sin necesidad de una ley que aprobara la creación de un tributo para solventarlo o que otorgara una autorización especial para efectuarlo. Véase *Actas Oficiales de la Constitución de 1925* (Santiago, Imprenta Universitaria, 1925), sesión 33ª, p. 511.

objetivos de antemano contemplados y autorizados por éste. Al fin y al cabo, proceder con sujeción a tales exigencias respeta el principio de legalidad y se conjuga con el rasgo de Jefe del Gobierno y de la Administración del Estado que, en nuestra República Democrática y de Estado de Derecho inviste al Primer Mandatario<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> En las pp. 10 y 11 del Informe de la Comisión de Constitución, del Senado, evacuado el 10 de noviembre de 1992 (Boletín N° S 102-10), aún no aprobado por la sala de esa rama del Congreso, léanse las siguientes puntualizaciones del Director de Presupuestos del Ministerio de Hacienda:

“Puso de relieve que todos los decretos de modificaciones presupuestarias habían sido objeto de toma de razón por parte de la Contraloría General de la República, sin que hubieran surgido problemas al respecto, haciendo presente que aproximadamente a partir de 1975 se vienen aplicando las actuales normas de flexibilidad presupuestaria, efectuándose traspasos de fondos dentro de cada Ministerio y desde y hacia la Partida Tesoro Público.

Informó que en los años 1987, 1988 y 1989 –al igual como sucedió en años anteriores– se dictaron decenas de decretos de modificaciones presupuestarias y, además, en la ejecución presupuestaria de cada uno de esos años se superó el gasto autorizado en la Ley de Presupuestos. Es así –continuó expresando– como en 1987 se excedió el gasto fijado inicialmente en la Ley de Presupuestos en 6%; en 1988, en 23%, y en 1989, en 37%, haciendo presente que en este último año parte importante correspondió a prepago de deudas con el Banco Central.

Destacó que, en todo caso, el gasto total autorizado por la Ley de Presupuestos correspondiente a 1991 no fue superado en la ejecución presupuestaria.”