

# VALOR JURIDICO DE LAS DIRECTIVAS PRESIDENCIALES, PROGRAMAS MINISTERIALES, CIRCULARES E INSTRUCCIONES DE SERVICIO

*Jorge Precht Pizarro*

Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad Católica de Chile

## A. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DIRECTIVAS, PROGRAMAS MINISTERIALES E INSTRUCCIONES DE SERVICIO

### A. 1. *El principio de juridicidad*

Es de sobra conocido que el principio de legalidad es uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho. Así lo reconoce explícitamente el artículo 6º de nuestra Constitución, al disponer que "los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo", en tanto que el artículo 7º dispone: "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes".

Este *principio de legalidad formal* es reforzado en el artículo 24, inciso 2º de la Constitución en el ejercicio de las funciones de Gobierno y Administración por el Presidente de la República y en especial en el artículo 32 Nº 8 en el ejercicio de su potestad reglamentaria y en innumerables preceptos constitucionales (32, Nos. 1, 2, 3, 6, 7, 12, 13, 16, 17 y 22; 19, Nº 2 incisos 1º y 2º; art. 24 inciso 2º; artículo 24 inciso 3º; artículo 100 inciso 1º; artículo 107 final, etc.).

Pero la Constitución de 1980 no reconoce sólo un principio de legalidad for-

mal sino que con gran fuerza establece y consolida *principios de legalidad material*, en especial en su artículo 1º; en su artículo 5º inciso 2º; en su artículo 19 Nº 2, 19 Nº 3 inciso 5º, 19 Nº 20 inciso 2º, 19 Nº 22 inciso 1º, 19 Nº 7 letras a) y b); 19 Nº 26, entre varios otros.

Esto es, la Constitución de 1980 ha enriquecido el principio de juridicidad meramente formal, con principios materiales de justicia que deben ser respetados y desarrollados.

Véase al respecto: Jorge Precht Pizarro: "El principio de legalidad. Un enfoque de derecho administrativo chileno y comparado", *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Nº 4, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1988.

Este principio de sujeción al derecho está, en referencia a la Administración del Estado, contenido en el artículo 2º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado Nº 18.575, publicada en el Diario Oficial de 5 de diciembre de 1986, el que dice a la letra: "Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes".

Como puede observarse, el texto legal enfatiza el llamado principio de juridicidad estricto, esto es, que la Administración del Estado debe someterse al derecho en la conformación de su ser y de su actuar, y ello incluye también a las empresas públicas creadas por ley, ya que el artículo 1º de la Ley Orgánica en

comentario expresamente las incorpora como constitutivas de la Administración del Estado.

Es en este contexto igualmente que deben interpretarse el artículo tercero inciso primero de la Ley Bases de la Administración y los artículos 7º y 10 de dicha ley.

El artículo tercero inciso primero nos entrega un principio material de juridicidad que rige toda actividad —jurídica o material— de los entes y funcionarios administrativos: “La Administración del Estado *estará al servicio de la comunidad*, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente”, y respecto a los funcionarios de la Administración se indica que deben observar estrictamente *el principio de probidad administrativa*, que no sólo implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, sino el velar por la “preeminencia del interés público sobre el privado” (artículos 7º y 10 in fine).

Este principio de juridicidad sustantivo o valórico se ve asimismo reforzado por el *principio de obediencia reflexiva*, pues si bien el artículo 7º señala que “los funcionarios de la Administración del Estado estarán afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado”, y que “deberán cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el servicio y obedecer las órdenes que les imparta el superior jerárquico”, ello no puede entenderse en el caso de instrucciones contra derecho, ya que el artículo 10 dice a la letra: “Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia. Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos *como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones*”.

De suerte que ello eliminará las actuaciones ilegales y, en el caso que las hubiere, serán reprimidas por las autoridades y jefaturas y si éstas —en un caso extremo— ordenaren perentoriamente algo ilegal, podrá el funcionario hacer uso del derecho de representación que

le franquea el Estatuto Administrativo en su artículo 151 inciso 2º: “Si el empleado estimare ilegal una orden deberá representarla por escrito, y si el superior la reitera en igual forma, aquél deberá cumplirla, quedando en este caso exento de toda responsabilidad, la cual recaerá por entero en el superior que hubiere insistido en la orden” (Decreto con Fuerza de Ley 338, de 1960).

El artículo 4º completa el principio de juridicidad administrativa, ampliándolo con una cláusula general de responsabilidad de los órganos de la Administración del Estado; el artículo 8º inciso 1º, estableciendo el derecho a reclamo y el artículo 9º lo hace operativo a través de los recursos administrativos que allí se consultan.

Finalmente, no está de más señalar la consagración que el *principio de subsidiariedad* logra en el inciso segundo del artículo tercero de la L.O.C. Bases de la Administración del Estado: “La Administración deberá desarrollar su acción garantizando la adecuada autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos y respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes”.

Es, pues, enteramente sometido al principio de juridicidad, en sentido material y en sentido formal, que la Administración del Estado debe realizar sus cometidos.

#### A. 2. *Naturaleza jurídica de las directivas presidenciales, programas ministeriales e instrucciones de servicio*

En el ejercicio de sus facultades discrecionales, los órganos públicos administrativos son orientados por sus superiores jerárquicos o por las autoridades de tutela a través de regulaciones no siempre jurídicas, de naturaleza compleja, llamadas directivas, programas, instrucciones, circulares, etc.

El objetivo de estas regulaciones es hacer efectivo lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 18.575: “Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiencia de la Administración, procurando la

simplificación y rapidez de los trámites y el mejor aprovechamiento de los medios disponibles.

Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones<sup>1</sup>.

Ello se complementa con el inciso segundo del artículo 8º: "Los procedimientos administrativos deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos"; con el inciso segundo del artículo 10: "Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones". Normas pues preponderantemente técnicas, de buena administración, que persiguen la fijación de objetivos, condiciones y criterios generales de actuación (a veces imperativos, a veces indicativos), estas "directivas" no son sólo un medio de comunicación entre autoridades, sino, ante todo, el establecimiento de una línea de conducta del propio poder discrecional de quien las emite o del ejercicio del poder discrecional del órgano subordinado<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Este carácter preponderantemente técnico-administrativo es reconocido en los considerandos de los programas ministeriales de 1980 y 1981 (véase Decreto Supremo, Ministerio del Interior Nº 141, publicado en el *Diario Oficial* de 23 de marzo de 1980; Decreto Supremo, Ministerio del Interior Nº 492, publicado en el *Diario Oficial* de 28 de abril de 1981):

"CONSIDERANDO:

Que la conducción y administración del Estado debe ser *coordinada y coherente, a fin de evitar duplicidad de esfuerzos y alcanzar el logro del objetivo parcial del Gobierno para el año . . . en forma eficiente.*

Que, para ello, uno de los requisitos fundamentales es obtener un *funcionamiento coordinado* de los ministerios y demás organismos del Sector Público de acuerdo a un conjunto de medidas y directrices que estén *en concordancia con*

Pero si bien estas normas no son jurídicas (sin perjuicio de que puedan serlo) tienen una importancia capital para el quehacer jurídico de la Administración.

De allí que la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado las hayan estudiado latamente<sup>2</sup>.

*los principios y líneas de acción aprobados por el Gobierno.*

Que es de imperiosa necesidad *informar oportunamente a la opinión pública* acerca de las políticas de acción que el Estado lleve a cabo para el desarrollo económico y social del país.

Que es indispensable *determinar*, con la mayor precisión posible, *las tareas prioritarias* de los ministerios y de los Servicios, Instituciones y Empresas de la Administración Centralizada y Descentralizada del Estado.

Que es de fundamental conveniencia simplificar y agilizar el funcionamiento de estos organismos del Estado".

Esta actividad técnico-administrativa de la Administración aparece siempre enmarcada y ordenada a través de la actividad jurídica, la cual o la precede o la subsigue o la acompaña.

Pero esta realidad de una imbricación constante entre la actividad técnica de la Administración y la actividad jurídica de la Administración no implica una confusión entre uno y otro plano, que se mantienen perfectamente diferenciados.

Véase al respecto, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Civitas, Madrid, 1979, pp. 692 a 695.

<sup>2</sup> La obra clásica en esta materia es: PROCOPIOS PAVLOPOULOS: "La Directive en Droit Administratif", L.G.D.J., Paris, 1978, 268 páginas. He tenido en consideración además RIVERO, J.: "Les mesures d'ordre interieur", Paris, 1934, pp. 91-119; COCATRE-ZILGIENS: "La nature juridique des mesures d'ordre interieur en Droit Administratif", R.I.C.A., 1958, pp. 487-500; WALINE, M.: "L'Autolimitation du pouvoir discrétionnaire par des directives", R.D.P., 1971, pp. 1224-1231; P. DEVOLVE: "La notion de directive", A.J., 1974, pp. 487-500; Jorge SILVA CENCRO: "Directivas, circulares e instruc-

En general, podemos considerarlas como *actos indirectos*, ya que ni una directiva, ni un programa, ni una instrucción de servicio se aplica en sí, *sino sólo a través de otras medidas administrativas*, que causan transformaciones en el ordenamiento jurídico.

La directiva, el programa o la instrucción de servicio determinan los actos administrativos aplicativos, pero sólo estos últimos actualizan la potencialidad de los primeros.

ciones en el derecho francés”, en *Revista de Derecho Público*, enero-diciembre 1979, pp. 71 a 97.

La influencia del derecho francés en el chileno es marcada en estas materias, ya que es desde la Constitución francesa de De Gaulle de 1958 (artículo 34, Título V, y artículo 37 inciso 1º) que el derecho constitucional chileno tomó la regulación de la potestad reglamentaria del Presidente de la República (artículo 32 Nº 8).

Fuera de los manuales clásicos de derecho administrativo, he tomado en consideración BAENA DEL ALCÁZAR: “Instrucciones y circulares como fuente del derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública* (España), Nº 48.

Sobre el tema, aunque tangencialmente, véase Jorge PRECHT PIZARRO: “Potestad Reglamentaria y Equilibrio Constitucional en la Constitución chilena de 1980”, en *Boletín de Investigaciones* de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Nos. 48-49, abril-agosto 1981, pp. 15 a 22.

El “leader case” en el derecho francés es la sentencia *Crédit Foncier de France*, Conseil d’Etat, 11 décembre 1970, C. Demoiselle Gaupillat et Dame Ader, Rec. 750, concl. Bertrand. Puede consultarse en LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.: *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1978 (con numerosos comentarios de jurisprudencia especializada), pp. 550 a 560.

Asimismo, el tema ha sido abundantemente estudiado en derecho comunitario europeo, debido a que el sistema de “directivas” fue previsto por el artículo 189 del Tratado de la C.E.E. y por el

Tanto es así que en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 11 de la Ley 18.575 indica: “Las autoridades y funcionarios facultados para elaborar planes o dictar normas, deberán velar permanentemente por el cumplimiento de aquéllos y la aplicación de éstas, dentro del ámbito de sus atribuciones, sin perjuicio de las obligaciones propias del personal de su dependencia”.

Con todo, esta observación debe ser matizada, como lo veremos en el acápi-

artículo 161 de la C.E.E.A., como el sistema de “recomendaciones” fue previsto en el artículo 14 de la C.E.C.A. He consultado al respecto N. CATALANO, Manuel de Droit des Communautés Européennes, Dalloz-Sirey 1974, pp. 135 y siguientes (en castellano, Nicola CATALANO: “Manual de Derecho de las Comunidades Europeas, INTAL (Bid), 1966, nota 67, pp. 136-137; pp. 161-170); J. MEGRET: *Le Droit de la communauté économique Européenne*, Vol. I. Université Libre de Bruxelles, Bruxelles 1970, y diversas actualizaciones).

Sobre los aspectos procedimentales, puede consultarse con provecho, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: “Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo”, Ed. Civitas, Madrid, 1977, pp. 863-868.

Anotemos al pasar a lo menos dos diferencias capitales entre las directivas que conoce el derecho comunitario y las del derecho administrativo interno:

a) Las directivas europeas están previstas en los textos mismos de los tratados; las directivas del derecho administrativo no tienen un texto explícito de apoyo las más de las veces.

b) Si bien las directivas pueden ser indicativas o imperativas, en general la directiva comunitaria deja libre la elección de la forma y de los medios de acción, en tanto la directiva administrativa interna enfatiza los resultados y a menudo precisa incluso los medios de acción.

Para efectos del presente informe es particularmente importante en la jurisprudencia francesa la sentencia *Société Géo*, Rec. 453; D. 1974. 141, Note Duprupty; R.D.P. 1974; 547 note Waline; AJ 1973-587, chr. Franc et Bayon; A.J.

te A.2.2, pues las directivas, programas ministeriales e instrucciones de servicio pueden ser productoras de efectos jurídicos, al condicionar de una cierta manera (sea general o abstracta, sea con un cierto particularismo) los actos administrados que serán dictados bajo su impulso.

Por regla general, asimismo, las instrucciones de servicio y las circulares no son expresión de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, en sentido estricto, sino más bien de la jerarquía administrativa. En efecto no in-

novan el ordenamiento jurídico, sino que contienen órdenes generales impartidas por un órgano a aquellos que de él dependen para señalarles el rumbo de actuación.

Con todo, habría que tener en consideración si bajo la vestidura de una instrucción de servicio no se esconde el ejercicio de la potestad reglamentaria y se suscita por lo tanto el problema de bajo qué condiciones de validez pueden dictarse "instrucciones reglamentarias". Es entonces claro que podemos distinguir en la teoría del derecho administrativo aplicada al caso chileno:

---

1973-581, note Vier. En efecto, a propósito de directivas relativas a la atribución de las autorizaciones especiales para importación de productos petroleros, el Consejo de Estado ha examinado si los criterios retenidos por estas directivas restringían ilegalmente la libertad de comercio (C.E. 29 junio 1973, Société Géa).

Ello implica, como lo dice sabiamente Waline, precitado, página 550, que las directivas que contenían criterios para las autorizaciones de importaciones modificaban o podrían modificar la situación de los administrados, ya que la Sociedad Gea ve rechazada su demanda, pues se procede precisamente al examen de juridicidad de la directiva; se declara que no atentan sus criterios a la libertad de comercio, pero se señala que la Sociedad Gea presuntamente no reúne las condiciones allí queridas, y Waline concluye, página 551: "Paralelamente a los administrados, víctimas de la aplicación de circulares sobre la base de las cuales se toman decisiones individuales de rechazo (de autorizaciones solicitadas, por ejemplo) y a lo que la teoría clásica responde que puede atacarse la decisión individual sin que pueda uno oponerse a las normas o criterios de la circular, la que no les es oponible directamente a los administrados, las sociedades petroleras pueden atacar las decisiones de rechazo de autorizaciones, pero deben combatir un adversario enmascarado, ya que los términos de la directiva que les está siendo aplicada no les es conocida. Es una situación que recuerda ciertos filmes en los que los personajes combaten al "hombre invisible".

1) *La Directiva Presidencial*: Conjunto de los valores y fines globales que orientarán en un periodo de tiempo determinado el quehacer político y/o administrativo de la nación.

2) *El Programa Ministerial*: Conjunto de objetivos operacionales (resultados precisos a alcanzar en un lapso de tiempo prefijado) que debe lograr una unidad u órgano administrativo, sea de la administración centralizada o descentralizada del Estado, vinculada o subordinada a un ministro.

3) *Instrucciones de servicio* (Circulares, instrucciones, resoluciones, oficios, etc.): Expresiones de la jerarquía administrativa, esto es, prescripciones que los jefes de servicio dan a los funcionarios colocados bajo su autoridad, en lo que concierne a la administración y la aplicación de las leyes y reglamentos.

Examinadas así las cosas, concuerdo con Fleiner en el sentido en que son "res interna" a la Administración, normas o preceptos técnicos de planificación-programación-presupuesto y que no tienen la fuerza obligatoria bilateral de la norma jurídica<sup>3</sup>.

Sin embargo, preciso es aclarar:

A.2.1. Su relación con el principio de legalidad.

A.2.2. Su relación con los administrados.

---

<sup>3</sup> FLEINER, J.: "Instituciones de Derecho Administrativo", traducción española, Editorial Labor S. A., Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1933.

A.2.3. La vinculación jurídica entre el principio de responsabilidad y este tipo de normas técnicas.

A.2.1. *Relaciones entre el principio de juridicidad e instrucciones, programas ministeriales y directivas presidenciales*

Ni la dictación de estas normas técnicas ni su aplicación a través de medidas administrativas hacen excepción alguna al principio de juridicidad, enunciado en su dimensión formal y substancial en el acápite A.1 de este informe.

Por lo tanto, el organismo de control —sea éste administrativo (jerárquico o de tutela) o jurisdiccional— deberá examinar tanto la legalidad externa como la legalidad interna.

Lógicamente no podrá hacerlo de una manera directa, pues ello transformaría a la Administración de control en Administración activa, pero lo hará indirectamente en tanto norma de referencia de las decisiones individuales tomadas en el ejercicio del poder discrecional.

Deberá en primer lugar examinar si se trata efectivamente de normas de servicio o si se encubren normas jurídicas sean individualizadas o reglamentarias (control de legalidad externo). Ello lo hará el órgano de control, de acuerdo a los índices, en especial el contenido y fin de la norma, y de acuerdo a su conclusión examinará la investidura, la competencia y las formalidades de su dictación<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Esto es particularmente importante en el caso de que la autoridad administrativa ejerza a través de normas técnicas una potestad reglamentaria, esto es, dicte normas de carácter general, permanente y abstracto que regulen una situación o ámbito específico de actividad social. La doctrina ha distinguido entre el caso de inexistencia de norma y el caso de existencia de norma habilitante.

La potestad de mando no comprende la potestad reglamentaria. Si no existe norma que la habilite, la Administración no puede delimitar un ejercicio válido de derechos e imponer obligaciones de modo general a los administrados. En ausencia de norma habilitante, debe procurar-

Pero, más allá de ello, el organismo de control procederá al control de legalidad interno:

a) *No pueden las directivas, programas e instrucciones de servicio entrar en colisión con reglamentos, leyes y "a fortiori" con la Constitución.* Deberá entonces examinarse si la aplicación de estas normas técnicas impide u obstaculiza la aplicación efectiva de la normativa jurídica vigente, haciendo una interpretación inexacta del ordenamiento jurídico.

b) Examinará si las leyes que rigen la acción administrativa colocan condiciones adicionales al ejercicio del poder discrecional otorgado a la autoridad en cuestión.

c) Verá si existe conformidad entre la directiva y los principios generales del derecho reconocidos en el ordenamiento jurídico.

d) Finalmente deberá ver si es respetado el principio del bien común bajo las diversas formas que manifiestan las satisfacciones de las necesidades colectivas, a fin de eliminar todo abuso de poder o toda desviación de poder.

A.2.2. *Directivas presidenciales, programas ministeriales, instrucciones de servicio y el administrado*

Siendo normas técnicas internas de administración y no normas jurídicas, en general al administrado le son indiferentes. Dado que en sí mismas no constituyen una decisión, no crean obligaciones ni derechos. No puede prevalerse de ellas la Administración ni puede el administrado contestar su legalidad. Si las disposiciones de una circular, programa, directiva, etc., no afectan al administrado, son en sí mismas irrecurribles, no necesitan ser publicadas, etc.

Pero los porfiados hechos dicen lo contrario. Es Waline quien lo describe más certeramente en su *Derecho Admi-*

se del Presidente de la República o del legislador esa norma, faltando la cual no puede actuar.

Aún es discutible en nuestro derecho si la potestad reglamentaria es delegable. Personalmente, entiendo que es una potestad de atribución indelegable.

*nistrativo*: "Cualquier funcionario tiene siempre una cierta tendencia a obedecer antes a una circular, incluso de legalidad dudosa, que a la ley misma... Numerosos funcionarios creen que una ley no es aplicable hasta que una instrucción de servicio la haya hecho suya... seudorregla de derecho... híbrido cuyos efectos se producen en una semiclandestinidad" y en su *Nota Comentario a la Sentencia Société Géa* (Conseil d'Etat, 29/06/1973), *Revue de Droit Public* 1974, páginas 547 y siguientes, va a decir: "Si las directivas no modifican 'por ellas mismas' la situación jurídica de los administrados, de todas maneras las directivas la modifican".

La doctrina tradicional —como he tenido ocasión de señalarlo anteriormente— considera que estas normas técnicas no empecen al administrado, sino de una manera indirecta, esto es, en virtud de medidas administrativas que, dictadas bajo su orientación, son ejecutadas afectando a los administrados.

Con todo, ello no ha sido aceptado sin excepciones, pues ya en 1954 el comisario de gobierno, Tricot, señalaba que producen efectos directos sobre los administrados las directivas e instrucciones de servicio:

a) Que someten a sujeciones nuevas a los administrados o les otorgan nuevas garantías.

b) Las que comportan una decisión de carácter general seguida de simples medidas de aplicación.

c) Las que crean una regla imperativa nueva.

(Tricot, Conclusiones sobre la Sentencia del Conseil d'Etat 29/01/1954 *Notre Dame de Kreisker*, *leb.* p. 64, reproducidas en parte en *Les Grands Textes Administratifs*, p. 272).

La evolución doctrinaria y jurisprudencial anterior —debida a la profusión de estos instrumentos normativos de gestión— muestra un mayor rigor, señalando entre otros efectos directos sobre los administrados:

a) Puesto que las decisiones administrativas por el principio de presunción de legitimidad del acto administrativo se entienden como fruto del ejercicio correcto del poder discrecional del órgano al cual fue dirigida la directiva, programa o

instrucción de servicio, va a recaer sobre el administrado el onus probandi. Incumbe al administrado aportar la prueba de la ilegalidad y pedir su invalidación.

b) Corresponde también a los administrados pedir el respeto del principio de igualdad de trato de los administrados, sea de una manera directa, exigiendo que sea aplicada la directiva a todos o, por vía de excepción, al invocar la particularidad de su situación, ser exento de la aplicación igualitaria.

Esta evolución doctrinaria es la que ha dado lugar a la sentencia *Crédit Foncier de France*, ya citada en la nota 2 de este informe, y que no es del caso analizar aquí en detalle.

#### A.2.3 Vinculación jurídica entre el principio de responsabilidad y este tipo de normas técnicas

Es evidente que una directiva, circular, programa, instrucción de servicio tiende a regular anticipadamente el ejercicio del poder discrecional del subordinado o del órgano sometido a tutela.

Pero ello no dispensa ni al que emitió la norma a cumplir su deber de velar por que sea aplicada, ni al que es su destinatario a apreciar las circunstancias particulares en que será aplicada, puesto que es a la orientación del poder discrecional del destinatario que va dirigida la orientación, aunque revistiere un carácter imperativo.

Y tanto el uno como el otro pueden incurrir en responsabilidad, sea como funcionario, sea como órganos de la Administración. En el caso chileno se establece una cláusula general de responsabilidad de Administración del Estado en el artículo 4º de la Ley 18.575: "El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado". Esta cláusula general no es sino una expresión del artículo 38, inciso 2º de la Constitución.

Continuando la vía abierta por el artículo 62 de la Ley Orgánica de Municipalidades (D.L. 1.289/1976), conságrase de manera genérica el principio de responsabilidad objetiva extracontractual

del Estado, ya reconocido por la jurisprudencia por la Corte Suprema en el recurso de casación en el fondo rol 14.074-81.

Hago mías en este informe las expresiones del profesor Rolando Pantoja: "Como puede advertirse, el artículo 4º de la LOC consagra la responsabilidad 'por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones', como la regla jurídica base de la responsabilidad del Estado administrador, común a todo el complejo orgánico administrativo. Con esta norma, el legislador ha venido a innovar profundamente en los conceptos que hasta ahora han regido en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, excluyendo definitivamente del ámbito público las ideas civilistas que hasta el presente habían debido servir de necesario fundamento a la Judicatura Civil para conocer de las demandas de indemnización de perjuicios intentadas en contra del Fisco chileno, mezquinas en sus resultados prácticos por la persistente actitud de las defensas fiscales de negar los hechos para obligar a los demandantes a agotarse en la búsqueda de elementos probatorios y en la rendición de una exhaustiva prueba para abrir un nuevo cauce jurídico a las vías de acción procesal, consagrando la existencia de una *responsabilidad de Derecho Público, de naturaleza objetiva*, en que la obligación de indemnizar al afectado nace del hecho de que los órganos administrativos hayan causado un daño a un sujeto jurídico 'en el ejercicio de sus funciones', sin que sea necesario individualizar la persona natural que causó el perjuicio ni... la culpa o dolo de su actuación, y sea que ese daño, dentro de los parámetros constitucionales que lo hacen indemnizable, hubiere provenido de una actuación lícita o ilícita de la Administración Pública, sea que derive de un hecho material o de un acto jurídico"<sup>5</sup>.

Como puede observarse, si se causare

daño en el ejercicio de este poder de creación preceptiva técnica o jurídica o en su aplicación, la cláusula general del artículo 4º es perfectamente aplicable.

#### A.2.4 *La jurisprudencia de la Contraloría General de la República es materia de normas técnico-administrativas*

La elaboración doctrinaria y jurisprudencial brevemente esbozada en los puntos anteriores ha sido retomada en nuestro medio por la Contraloría General de la República en numerosos dictámenes.

Desde siempre la Contraloría ha tomado la precaución de subordinar al principio de legalidad tanto la aprobación de los decretos del Ministerio del Interior que aprueban los programas ministeriales como las instrucciones que se imparten al respecto, formulando los alcances respectivos.

Así, el dictamen 12.902, de 1977, "Cursada Decreto Interior por el cual se aprueba el documento 'Programas ministeriales año 1977' y se imparten instrucciones al respecto, con el alcance de que las directrices y tareas que se asignan a este documento a ministerios, servicios y entidades que se señalan se ajusten a las normas vigentes, y que, *en el evento de surgir desconformidad, prevalecerán las normas legales y reglamentarias que les sirven de fundamento*". De idéntico tenor es el dictamen 3.199, de 1978.

Más tarde y en la misma dirección que se ha sostenido en la parte teórica de este informe (acápito A.2.1) ha mantenido la distinción entre el programa ministerial mismo y los actos administrativos aplicativos. Así, por ejemplo, el dictamen 15.197, de 1988: "Cursada Decreto 541, de 1988, del Ministerio del Interior, que aprueba el documento Programas Ministeriales, año 1988, haciendo presente que entiende que *las medidas que se dicten para cumplir dichos programas se adoptarán en conformidad con las atribuciones y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico vigente*". Igualmente, dictamen 6.791, de 1987.

Le ha tocado asimismo, entre muchos otros, a la Contraloría General de la República examinar tres casos interesantes:

<sup>5</sup> PANTOJA BAUZÁ, Rolando: *Bases Generales de la Administración del Estado*, Editorial Jurídica Ediar-Conosur, 1987, pp. 43-44.

a) *Caso de una acción prevista en los programas ministeriales e inexistencia de una norma jurídica que la posibilite*: La Contraloría, fiel al principio de que en general una directiva o programa no son normas jurídicas, ha mostrado la necesidad de dictar una norma habilitante. En efecto el DFL 338, de 1960, en su artículo 148 expresa que “el decreto (de comisión en el extranjero) indicará si el funcionario seguirá ganando las remuneraciones asignadas a su cargo u otras adicionales, en moneda nacional o extranjera, *debiendo indicarse la fuente legal a que deba imputarse el gasto* y el plazo de duración de cometido. El decreto llevará, además, la firma del Ministro de Relaciones Exteriores”.

En los programas ministeriales de 1984 se aprobaron comisiones al extranjero; sin embargo, en ausencia de norma jurídica que fundara el gasto, la Contraloría dictaminó:

“Devuelve decreto del Ministerio del Trabajo sobre Comisión al Extranjero, por cuanto la Ley de Presupuesto para 1984 no contempla una norma relativa a las comisiones de servicio al extranjero aprobadas en los programas ministeriales, por lo que toda comisión que signifique gastos para el Erario Nacional debe ser dispuesta por Decreto Supremo, conforme al DFL 338/60, artículo 148” (dictamen 27.743, de 1984) <sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Esta situación fue corregida en los *Programas Ministeriales de 1981*. En ellos se lee (Diario Oficial de martes 3 de abril de 1981): “En materia de comisiones de servicio al exterior se continúa con la distinción entre aquellas que irrogan o no irrogan gasto público distinto del proveniente de seguir el funcionario ganando las remuneraciones correspondientes a su cargo.

— *Las comisiones que no irroguen gasto público*, por tratarse de becas o tener financiamiento particular, se dispondrán por decreto del Ministerio respectivo dictado con la fórmula “Por orden del Presidente de la República” y la firma del Ministro de Relaciones Exteriores, sin que sea necesario, respecto de estas comisiones, la firma del Ministro de Hacienda.

b) *Caso de acción prevista en los programas ministeriales y no indicación de vías legales a seguir para su cumplimiento*: La Contraloría lógicamente dictamina que podrá utilizarse cualquier medio legal que permita el cumplimiento del programa, en este caso la liquidación de activos prescindibles, y pese a que el programa ministerial hablaba de *licitación de activos prescindibles*, la Contraloría —con justa razón— entiende que podrá usarse el sistema de licitación u otra forma igualmente lícita:

“Normas que regulan disposición de bienes raíces municipales específicamente en lo que respecta a su enajenación están contenidas en el D.L. 1.289/75, artículo 43; D.L. 1.939, artículo 77, y DFL 789/78 Ministerio de Tierras, artículo 14 y artículo 15, normativa de la cual se desprende que *las autoridades municipales pueden enajenar los inmuebles prescindibles sin otras limitaciones que la autorización del Gobernador Provincial respectivo y cumplimiento de los requisitos contemplados en ella, la cual no prevé que las ventas deban efectuarse necesariamente a través de subasta o propuesta pública*. Es decir, no obliga a las autoridades respectivas a utilizar exclusivamente dicho procedimiento, sin perjuicio de facultades de los alcaldes para adoptar todas las medidas tendientes al mejor resguardo de los intereses municipales, pudiendo optar por procedimiento de excepción establecido en el

— *Las comisiones de servicios al extranjero* que irroguen gasto público deberán autorizarse con cargo al programa de comisiones de servicio al exterior compatibles con el presupuesto anual respectivo, debiendo ser autorizadas por decreto supremo del Ministerio del ramo correspondiente, con la fórmula “Por orden del Presidente de la República” y la firma del Ministro de Relaciones Exteriores. Si el decreto otorga al funcionario comisionado gastos de representación, deberá ser suscrito además por el Ministro de Hacienda. Solamente previa autorización expresa del Presidente de la República se podrán disponer comisiones al extranjero que excedan los programas referidos”.

D.L. 1.056/75, Título II, y sus modificaciones. Respecto Decreto 492, de 1981, Ministerio del Interior, en el sentido de que los alcaldes deberán licitar todos los bienes prescindibles, *cabe destacar que Contraloría lo cursó en el entendido de que medidas que se dictaran para llevar a efecto los programas ministeriales correspondientes* se adoptarían en cada caso haciendo uso de las atribuciones y conforme procedimiento previsto en *ordenamiento jurídico vigente*" (dictamen 13.050, de 1982).

c) *Caso de acción prevista en los programas ministeriales, opuesta a normativa vigente*: Los programas ministeriales de 1981 obligaban a la Administración del Estado a vender los activos prescindibles con licitación. La Empresa Nacional de Minería entendió que su participación en sociedades inactivas no era venta de activos prescindibles. La Contraloría sostuvo que: "Enajenación de activos de la Empresa Nacional de Minería se encuentra regulada por Ley 18.134, artículo 12, y DFL N° 2, de 1983, de Eco-

nomía, debiendo ajustarse a esa normativa en estas materias, por lo que no resulta procedente que cuando se trate de liquidar la participación en esa empresa en sociedades inactivas, no disueltas por problemas legales de otra índole, esa operación pueda efectuarse al margen de aquellas disposiciones, basándose en que no se trataría de la venta de activos prescindibles, según programas ministeriales aprobados por Decreto 2.159, de 1981, Ministerio del Interior, *ya que ese distinción no tiene fundamento legal. Además, programas ministeriales deben cumplirse por los entes públicos en lo que no se oponga a legislación y reglamentación vigentes*" (dictamen 29.721, de 1984).

En conclusión: No cabe duda que los programas ministeriales y las instrucciones u órdenes de servicio que contengan están enteramente sometidos no sólo a la ley sino a todo el ordenamiento jurídico en su conjunto, y que las medidas que las autoridades encargadas adopten deben ajustarse no sólo a las metas trazadas en el programa sino a la par al derecho.