

El poder “In–Ejecutivo” (el deber constitucional del Presidente de la República de ejecutar la ley y su infracción)**

I. Introducción

La Constitución de 1980 innova en muchos aspectos respecto del “constitucionalismo” chileno que la precede. Dos de ellos, quizás los menos destacados, son el empleo de la expresión “Gobierno”, en vez de “Presidente de la República”¹ o “Poder Ejecutivo”², y el nuevo orden que da a los clásicos poderes del Estado³, pues, a diferencia de las constituciones que la preceden, sitúa, en primer lugar, al “Gobierno” –en el Capítulo IV–, y a continuación al Congreso Nacional –en su Capítulo V–.

Lo anterior puede interpretarse como un reconocimiento implícito del Constituyente a la prevalencia del Presidente de la República en el sistema institucional chileno, lo que parece confirmar, sin duda, el texto mismo de la Constitución, y que, en la práctica, se traduce en una especial relación entre Congreso (ley) – Presidente de la República, que si bien hoy impide sostener que este último sea un mero ejecutor de la ley⁴ (Poder Ejecutivo), como se afirmara en el siglo XIX, tampoco permite sostener que éste no se halle en el deber jurídico de ejecutarla (Poder In–Ejecutivo). Este es precisamente el problema que abordo y pretendo resolver a través de este artículo: ¿Tiene el Presidente de la República el deber constitucional de ejecutar la ley? De existirlo, ¿en qué deberes concretos se traduce?

** El autor desde ya agradece cualquier comentario sobre este artículo al E–mail: croman@derecho.uchile.cl

¹ Que emplean las constituciones de 1833 (Capítulo VI) y 1925 (Capítulo X).

² Que emplean las constituciones de 1828 (Capítulo VII), de 1823 (Título III), de 1822 (Título V), de 1818 (Título IV).

³ Tópico que ha adquirido en el último tiempo gran importancia. *Cfr.* Clavero, Bartolomé, *El Orden de los Poderes*, Editorial Trotta, Madrid 2007.

⁴ En este sentido, en las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, el profesor Raúl Bertelsen Repetto, sobre la expresión “poder ejecutivo”, señaló: “es una de las más incorrectas del Derecho Constitucional contemporáneo, porque los llamados poderes ejecutivos indican, si se atiende únicamente al nombre, que desempeñan una actividad secundaria, o sea, la de ejecutar, llevar a la práctica lo que otros han decidido, cuando lo que ocurre es lo contrario”. *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*, sesión 332ª, celebrada en martes 13 de diciembre de 1977, pág. 1866.

Desde ya advierto que en las líneas que siguen pretendo demostrar que la Constitución actualmente en vigor sí establece el deber –genérico– del Presidente de la República de ejecutar la ley, lo que exige dotarla de vigor y eficacia, y que, en específico, dicho deber se traduce en al menos cuatro “sub-deberes”: (a) el deber de promulgarla, (b) el deber de dictar el reglamento necesario para su ejecución, (c) el deber, en caso de estar supeditada la entrada en vigor de la ley a una condición, a instar por su realización, y de ser ésta meramente potestativa del Presidente de la República, entenderla como “plazo razonable”, y (d) el deber de refundir, coordinar y sistematizar la ley, “cuando sea necesario para su ejecución”.

II. La inactividad en el Derecho Público

La importancia creciente de la inactividad en el ámbito del Derecho Público

Son muchas las razones que explican la importancia creciente de la inactividad en el ámbito del Derecho Público. Quizás la más importante de ellas sea la nueva dinámica que la Constitución consagra en la relación Estado y persona: el primero se halla al servicio de la segunda. Esta sencilla fórmula contenida en el artículo 1º inciso 4 de la Carta Fundamental se traduce en que el Estado no solo debe, en su actuar, respetar los derechos de las personas, sino también “promoverlos”, como perentoriamente señala la Constitución en el artículo 5º inciso 2, es decir, “tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo”⁵. Este principio, llamado de servicialidad, se ha consolidado plenamente en nuestro medio, no sólo porque así lo disponga el texto positivo de la Constitución sino también porque él se halla en plena armonía con la conciencia constitucional, que reconoce tanto la dignidad de la persona humana como la supremacía y fuerza normativa de la Constitución.

Lo anterior es posible apreciar, en el Derecho Administrativo, en el cambio de giro en la relación Administración–administrado, la que hoy, en una correcta lectura, parece acercarse a la relación Administración–usuario. En efecto, la primera obligada a múltiples deberes de cuidado –“al actuar, debe hacerlo con diligencia y prevención”– así como de actuación –“debe actuar cuando ello sea necesario para evitar que una actuación u omisión de un particular lesione a otros”–, con estándares que superan la simple legalidad o el Derecho propiamente dicho y que son establecidos con propiedad a través de instrumentos privados–consensuales, que se han venido en denominar Soft–law⁷. El usuario, persona que como tal está dotada de dignidad y que frente a los órganos públicos

⁵ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Espasa Calpe, Madrid 1992, p. 1189.

⁶ Cfr. Doménech Pascual, Gabriel, *Derechos Fundamentales y Riesgos Tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2006.

⁷ Sarmiento, Daniel, *El Soft Law Administrativo*, Editorial Thomson–Civitas, Madrid 2008.

puede exigir la plena satisfacción de su derecho fundamental a la buena administración o al buen gobierno y de los que de ellos derivan.

Así las cosas, no es de extrañar que la inactividad vaya adquiriendo en el Derecho Público un rol de primer orden. Así lo demuestran el desarrollo jurisprudencial que tiene la inactividad en la denominada falta de servicio, factor de atribución de la responsabilidad público-administrativa en el Derecho Chileno –al menos para la mayoría de los casos–, así como la consecuente *objetivización* de ésta a consecuencia de la autonomía conceptual de la primera⁸; el surgimiento de casos de responsabilidad pública-administrativa que se supeditan exclusiva y excluyentemente a la ocurrencia de inactividad, como acontece con el inciso 5º del art. 174 de la ley N° 18.290 –mala señalización o mal estado de la vía pública–; la referencia que a ella se efectúa en la Constitución a propósito del recurso de protección, y que en el caso del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sólo después de la Reforma Constitucional de 2005 habilitó para interponer dicha acción –poniendo en evidencia así no sólo la importancia creciente de la inactividad en el Derecho Público sino que también la de este derecho–, etcétera.

Concepto de la inactividad en el Derecho Público

Atendida la creciente importancia de la inactividad en el Derecho Público, preciso es, a continuación, realizar un esfuerzo dogmático en el sentido de acotar su alcance, ya que por sus importantes efectos y consecuencias –v.gr., responsabilidad pública, procedencia de la acción de protección, etcétera–, la mera pasividad no puede significarla.

En mi *"Inactividad Administrativa y responsabilidad del Estado"* ya he establecido los requisitos de ésta, cuales son: 1) pasividad y 2) infracción de un deber de actuación dispuesto por el ordenamiento jurídico, ya sea de forma precisa e indubitable o bien en forma de "germen", pero que el Tribunal bien puede, atendida las particularidades de cada caso, determinar su existencia, contenido y estándar de satisfacción.

En este sentido, reproduzco lo señalado por Marco Gómez Puente, célebre y conocido autor en la materia, advirtiendo que el tercer elemento que indica, a nuestro juicio, no singulariza a la inactividad, sino sólo en relación a un sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, y, además, objetivo, como el de España, país del cual él es oriundo –requisito con el cual finalmente subjetiviza ese sistema en términos análogos al francés de la falta de servicio–: "Básicamente, el concepto jurídico de inactividad puede construirse a partir de dos elementos: uno material, la constatación de una situación de pasividad o inercia de la Administración; y otro formal, que convierte dicha situación en una omisión por infracción de un deber legal de obrar o actuar y determina su antijuri-

⁸ Véase: Román Cordero, Cristián, Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, en Pantoja Bauzá, Rolando (coord), *Derecho Administrativo Chileno*, Editorial Porrúa, México DF., pp. 788 ss.

⁹ Román Cordero, Cristián. La inactividad administrativa y la responsabilidad del Estado. Revista de Derecho Público N° 67, pp. 402 ss.

dicidad. Este deber legal de actuar puede resultar tanto del reconocimiento expreso de una obligación administrativa de hacer como de una facultad administrativa (por ejemplo, la titularidad de una potestad funcional). (1) Pero todavía hay un tercer elemento de contornos imprecisos, ligado a este último elemento formal que determina la volubilidad del concepto jurídico de inactividad administrativa. La contingencia de las condiciones económicas, políticas, sociales y culturales puede perjudicar la acción legislativa y administrativa condicionando la efectividad de las previsiones legales y la actuación administrativa. Así, el incumplimiento por omisión de la Administración de sus deberes legales puede tener origen en las mismas circunstancias de la realidad natural o física, en la fuerza de la realidad o de las cosas, sujetas a cambios constantes no siempre previsibles o convenientemente evaluados por el legislador al dirigir la actuación administrativa. En tales casos, la Administración no actúa, simplemente, porque no le es materialmente posible hacerlo; imposibilidad material que combate la eficacia jurídica del mismo deber legal pudiendo llegar incluso a excluirlo. La minoración jurídica o ausencia por causas materiales del elemento formal (del deber legal) conlleva la reducción o desaparición de la antijuridicidad que permitía atacar la inercia administrativa como comportamiento repugnante o contrario al ordenamiento jurídico (esto es, como supuesto de mala administración).¹⁰

III. El deber –genérico– del Presidente de la República de ejecutar la ley

Ahora corresponde determinar si es admisible la hipótesis de inactividad del Presidente de la República en la ejecución de la ley, cuestión que, previamente, exige, como puede fácilmente colegirse de la enumeración de los requisitos de la inactividad, determinar si en el ordenamiento constitucional chileno puede concebirse como un deber constitucional de aquél el ejecutar la ley.

Reconozco desde ya que la Constitución actual no consulta una norma que en términos perentorios disponga como deber del Presidente de la República la ejecución de la ley. Tampoco lo consagraron de esta manera las constituciones de 1925 y 1833. Mas sí la Constitución de 1928, al disponer: “*Art. 84. Son deberes del Poder Ejecutivo: 1º. – Publicar i circular todas las leyes que el Congreso sancione, ejecutarlas i hacerlas ejecutar por medio de providencias oportunas.*”

Pero ello no importa necesariamente que no tenga dicho carácter. Preciso es tener presente que la Constitución es un cuerpo normativo íntegro y armónico, y no un conjunto de normas aisladas de rango constitucional, y, en esa medida, su interpretación exige apreciarla en su conjunto, de tal suerte que se opte siempre por la interpretación que dé valor a todos y cada uno de sus preceptos, sin restárselo, a su vez, a otros.

¹⁰ Gómez Puente, Marcos. *La Inactividad de la Administración*, Editorial Aranzadi, Pamplona 2002, pp. 62–63.

En este contexto, necesario es traer a colación dos preceptos constitucionales, el primero de ellos es el 27 inciso 4, relativo al juramento o promesa que el Presidente de la República debe prestar como requisito esencial para asumir sus funciones, y el artículo 52 N° 2 letras a) y b), relativo a las causales de la acusación constitucional que puedan afectar al Presidente de la República como a los Ministros de Estado. (Desde ya, preciso es llamar la atención en cuanto a que estos preceptos se refieren al deber genérico del Presidente de la República de ejecutar la ley, lo que es sin perjuicio de las normas de igual jerarquía que se refieren a deberes concretos de ejecución de ley, los cuales estudiaremos en el siguiente título).

Art. 27 inciso 4 de la Constitución

En ese mismo acto, el Presidente electo presentará ante el Presidente del Senado, juramento o promesa de desempeñar fielmente el cargo de Presidente de la República, conservar la independencia de la Nación, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes, y de inmediato asumirá sus funciones.

No obstante su importancia, este precepto no ha sido objeto del estudio que se merece por nuestra doctrina. En efecto, pareciera ser que en él se ha visto tan solo una norma superflua que regla el juramento o promesa que el Presidente debe prestar ante el Congreso Pleno al asumir sus funciones, entendido éste como un acto meramente protocolar y sin relevancia jurídica. Yo, al contrario, estimo que este precepto es basal en la institucionalidad chilena y, a su vez, decisorio en el tema que nos convoca. Ello porque: a) dispone que sólo cuando el Presidente electo jura o promete en los términos que señala, "asumirá sus funciones", y b) comprende los deberes más importantes que debe cumplir el Presidente de la República –tanto que debe jurar o prometer realizarlos, y si así no lo hiciera, lisa y llanamente, no asume sus funciones–, cuales son los siguientes:

1. Desempeñar fielmente el cargo de Presidente de la República
2. Conservar la independencia de la Nación
3. Guardar la Constitución
4. Hacer guardar la Constitución
5. Guardar las leyes
6. Hacer guardar las leyes

De lo anterior cabe concluir que uno de los deberes más importantes del Presidente de la República, cuyo cumplimiento debe jurar¹¹ o prometer¹², sin lo cual no puede

¹¹ "Juramento: Afirmación o negación de una cosa, poniendo por testigo a Dios, o en sí mismo o en sus criaturas" *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Espasa Calpe, Madrid 1992, p. 858.

¹² "Promesa: 6.–Der. Ofrecimiento solemne sin fórmula religiosa, pero equivalente al juramento, de cumplir bien los deberes de un cargo o función que va a ejercerse." *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Editorial Espasa-Calpe, Madrid 1992, p. 1188.

asumir en propiedad su alto cargo, es hacer –esto es, “3.– Ejecutar, poner por obra una acción o trabajo”¹³– guardar –esto es, “3.– Observar o cumplir aquello a lo que se está obligado”¹⁴– la ley. En otras palabras, ejecutarla.

Artículo 52 N° 2 letras a) y b) de la Constitución

Artículo 52.– Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados:

1) Fiscalizar los actos del Gobierno. Para ejercer esta atribución la Cámara puede:

(...)

2) Declarar si han o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen en contra de las siguientes personas:

a) Del Presidente de la República, por actos de su administración que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes. Esta acusación podrá interponerse mientras el Presidente esté en funciones y en los seis meses siguientes a su expiración en el cargo. Durante este último tiempo no podrá ausentarse de la República sin acuerdo de la Cámara;

b) De los Ministros de Estado, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, por infringir la Constitución o las leyes o haber dejado éstas sin ejecución, y por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y soborno;

Como ha podido advertirse el precepto citado está referido a la acusación constitucional que puede afectar al Presidente de la República y a los Ministros de Estado. En este sentido, la norma en comento lo que fija es el “tipo constitucional” que da lugar a ella y, en esa medida, es muy rigurosa en cuanto a la descripción de la conducta y, especialmente, exigente en relación al Presidente de la República, por ser éste, sin duda, la más importante Magistratura de la Nación.

Como causal de acusación constitucional establece en relación al Presidente de la República, el “haber infringido abiertamente la Constitución o las leyes”, lo que, en una primera lectura pareciera limitarse sólo a la infracción abierta de la ley, como hipótesis distinta a la *in-ejecución* de ella, en circunstancias que, a mi juicio, este caso sí se halla comprendido en aquélla.

Ahora, en relación a los Ministros de Estado –respecto de los cuales la acusación constitucional tiene cabida por infracciones de menor gravedad en comparación con aquellas que la motivan en relación al Presidente de la República–, ésta tiene lugar no sólo al infringir la ley –no se requiere que sea abiertamente, como en el caso del Presidente

¹³ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Editorial Espasa–Calpe, Madrid 1992, p. 763.

¹⁴ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Editorial Espasa–Calpe, Madrid 1992, p. 753.

de la República— sino que también por “haber dejado éstas sin ejecución”, hipótesis que claramente alude al deber constitucional que estudiamos. Sobre el particular, y en armonía con ello, Silva Bascuñán señala: “Hay inexecución tanto cuando no se actúa como se debe, como cuando se deja de actuar estando obligado a hacerlo, o, en fin, también cuando no se precisa la forma o marco en que se habrá de actuar, lo que ocurre, por ejemplo, si no se dicta el reglamento conforme al cual ha de cumplirse la disposición legal.”¹⁵

Como puede advertirse la Constitución reconoce expresamente el deber de ejecutar la ley. Están obligados a él no sólo los ministros de Estado, como pareciera concluirse de la letra b) del precepto en comento, sino que, especialmente, el Presidente de la República, que es quien tiene conferida importantes atribuciones en ese sentido como la promulgación de la ley y la potestad reglamentaria de ejecución, aun cuando la infracción de dicho deber no pueda dar origen a su respecto a acusación constitucional, a no ser que se acredite que ello importa una infracción abierta a la ley y/o Constitución, como hemos sugerido.

Simetría con el Derecho comparado

El planteamiento anterior se halla en perfecta armonía con lo señalado por la doctrina comparada reciente. En este sentido, Gómez Puente ha destacado: “Pero no sólo en el carácter incompleto de las normas legales y en la necesidad de asegurar su aplicabilidad podría fundarse un deber administrativo de dictar reglamentos complementarios. También, más específicamente, en la función ejecutiva que corresponde al Gobierno (art. 97 CE) y para lo cual se le atribuye, entre otras, esa potestad normativa. Quiero decir con esto, que la Administración tiene, ante todo, el deber de ejecutar la ley. Y que si para ello no bastan actos materiales o jurídicos, cualquiera que sea su alcance interno o externo, singular o colectivo, sino que además se precisa una norma reglamentaria, la promulgación de ésta también formará parte del contenido de aquel deber. No admitir que la competencia normativa forma parte de la función ejecutiva y que constituye no sólo facultad sino que deber supondría otorgar al Ejecutivo un derecho o facultad de veto sobre todas aquellas leyes cuya aplicación dependiera del complemento reglamentario correspondiente, lo que constitucionalmente resultaría inadmisibles.”¹⁶

IV. Los deberes concretos del Presidente de la República en orden a ejecutar la ley

Demostrada la existencia de un deber genérico del Presidente de la República en or-

¹⁵ Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional, Congreso Nacional*, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2000, p. 151.

¹⁶ Gómez Puente, Marcos, *ob. cit.*, p. 310.

den a ejecutar la ley, preciso es reconocer que de él se derivan al menos cuatro deberes concretos en tal sentido –no se trata de un listado taxativo y, en consecuencia, bien podrían tener cabida otras hipótesis–, cuya infracción importa, a nuestro juicio, lisa y llanamente, *in-ejecutar* la ley. Ellos son los siguientes:

- a) el deber de promulgar la ley,
- b) el deber de dictar el reglamento de ejecución de la ley,
- c) el deber, en caso de estar supeditada la entrada en vigencia de una ley a cierta condición, de instar para que ella se cumpla (y si ella es simplemente potestativa del Presidente de la República, entenderla como un “plazo razonable”),
- d) el deber de refundir, coordinar o sistematizar las leyes “cuando sea necesaria para su ejecución”.

A continuación pasaré revista a cada una de estas hipótesis.

A) El deber del Presidente de la República de promulgar la ley

Tanto la Constitución de 1833 como la de 1925 –esta última en su redacción original– se refieren en términos carentes de imperatividad a la promulgación de la ley por parte del Presidente de la República, mas esta situación cambió sustancialmente con la reforma constitucional introducida a esta última¹⁷ por la ley N° 17.284, –que creó el –“primer”– Tribunal Constitucional en nuestro país–, al incorporar un inciso 2° al artículo 55, cuyo tenor es el siguiente:

“La promulgación deberá hacerse siempre dentro del plazo de diez días, contado desde que ella era procedente. La publicación se hará dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio”.

Y que, a su vez, consultó dentro de las facultades de la referida Magistratura:

Art. 78 b) El Tribunal Constitucional tendrá las siguientes atribuciones:
e) Resolver sobre los reclamos en caso de que el Presidente no promulgue una ley cuando deba hacerlo, o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponde.

(...)

En los casos de la letra e), la cuestión podrá promoverse por cualquiera de la Cámaras y si se trata de la promulgación de un texto diverso del que constitucionalmente corresponde, el reclamo deberá formularse dentro de los treinta días siguientes a su publicación.

¹⁷ En tanto que, en su artículo 72 N° 1 disponía: “Son atribuciones especiales del Presidente: 1° Concurrir a la formación de la leyes con arreglo a la Constitución, sancionarlas y promulgarlas”.

En ambos casos, el Tribunal resolverá en el término a que se refiere el inciso tercero, y si acogiere el reclamo promulgará en su fallo la ley que no lo haya sido o rectificará la promulgación incorrecta”.

Tal como se aprecia, a través de estas normas, que se mantienen hasta el día de hoy en lo sustantivo¹⁸, el Constituyente expresamente consagró el deber del Presidente de la República de promulgar la ley, tanto que de no hacerlo, en tiempo y forma, otorgó al Tribunal Constitucional la atribución para promulgarla a través de una sentencia.

Y así lo reconoció expresamente dicha Magistratura –que estuvo en funciones entre 1971 y 1973–, en los roles 16 y 17, acumulados, frente a la inactividad del Presidente de la República en la promulgación de una ley, al señalar en lo medular lo que sigue^{19 20}:

14º.– Que los requerimientos acumulados son la evidencia más prístina de que a la fecha no se ha promulgado el proyecto de ley de que se trata. La promulgación es el acto del Presidente de la República por medio del cual, de manera formal y solemne, a través de un decreto supremo –en ejercicio de la atribución 1º del art. 72 y con observancia del requisito exigido por el art. 75, ambos de la Carta– se da fe de haberse sancionado una ley, se pone término a su tramitación y se procede a darle el carácter de obligatoriedad a través de la ulterior publicación, conforme a los preceptos de los arts. 6 y siguientes del Título Preliminar del Código Civil y actual inciso final del art. 55 de la Constitución Política que ordena el trámite dentro del plazo de cinco días hábiles siguientes “A LA FECHA EN QUE QUEDE TOTALMENTE TRAMITADO EL DECRETO PROMULGATORIO”;

(...)

27º Que, naturalmente, el plazo que la Constitución consigna para que el Presidente promulgue encierra una regla imperativa que deja de cumplirse cuando transcurre o vence sin que se lleve a cabo la promulgación. La omisión del cumplimiento del deber vencido el plazo hace nacer el derecho para instar jurisdiccionalmente por la promulgación. Sin embargo, de acuerdo con el principio general de derecho y equidad consistente en que se falta a un deber jurídico y se deben afrontar las resultas de del quebrantamiento propias de su imperatividad, siempre y cuando, y en la medida que el deber cuya omisión se reprocha haya surgido y se ajuste, por su parte, a las reglas que hacen que un deber adquiera la fuerza de tal. Consecuencia de ello es que si el acto promulgatorio no procede porque el pretendido deber de llevarlo a cabo es constitucionalmente improcedente porque el proyecto de ley no ha cumplido los trámites constitucionales de fondo, se puede dejar pasar el plazo para la

¹⁸ Véanse los arts. 75 y 93 N° 8 de la Constitución.

¹⁹ Silva Cimma, Enrique, *El Tribunal Constitucional de Chile (1971–1973)*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 38, Santiago 2008.

²⁰ El texto íntegro de la sentencia véase en: *Tribunal Constitucional de la República de Chile*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1973, pp. 185 ss.

promulgación sin mayores consecuencias porque éste presupone para que rija la regularidad, formal y sustancial, del proyecto hasta llegar a esa etapa. Como no se puede ser juez y parte a la vez: el Presidente de la República está habilitado para cuestionar la constitucionalidad ante este Tribunal antes de promulgar, como lo ha hecho en virtud de la letra a) del artículo 78 b) e inciso 4º. Como el plazo ha vencido el Senado ha podido, como también lo ha hecho, requerir al Tribunal para que promulgue el proyecto de ley según lo dispuesto por el párrafo e) e inciso 11 del artículo recién citado;

(...)

38º.- Que todo proyecto de ley despachado por el Congreso Nacional, tanto más si no se han objetado sus disposiciones ni hecho uso de la facultad de veto, deben tenerse por ajustadas a la Constitución a menos que por requerimiento de inconstitucionalidad se señalen y prueben con las máxima exactitud, todos los hechos y preceptos de la Carta que se supongan infringidos, como igualmente la manera en que la infracción habría ocurrido respecto de cada precepto cuestionado y que haga procedente la declaración pedida de que no podrán convertirse en ley;

39º.- Que, en conclusión, por no existir el vicio e inconstitucionalidad que el Presidente de la República invoca en la excepción opuesta a fs. 10 y en el requerimiento de fs. 18, procede rechazar éste y aquella y, por consecuencia, encontrándose vencidos los plazos del Art. 55 de la Constitución Política del Estado, sin que el Presidente de la República diera cumplimiento al trámite de la promulgación del texto despachado por el Congreso Nacional, procede que el Tribunal acoja, en cambio, el requerimiento del Senado y que promulgue en este fallo, por sí mismo, el mencionado proyecto de ley.

(...)

SE RESUELVE:

Tercero: HA LUGAR al requerimiento del Senado que corre a fs. 1 y PROMÚLGASE POR ESTE ACTO el proyecto de ley cuyo texto aparece inserto en el considerando segundo de este fallo.

PUBLÍQUESE el referido proyecto en el Diario Oficial y llévase a efecto como ley de la República, asignándosele el número que en el orden cronológico corresponde y que determinará el Secretario del Tribunal en la Secretaría General de Gobierno”.

Como se aprecia, el Tribunal Constitucional señaló en esta sentencia que, “naturalmente, el plazo que la Constitución consigna para que el Presidente de la República promulgue encierra una regla imperativa”, esto es, un deber, el deber de promulgar la ley. Agregando

que “la omisión del cumplimiento del deber vencido el plazo hace nacer el derecho para instar judicialmente por su promulgación”. No cabe duda, entonces, que para el Tribunal Constitucional la promulgación de la ley es un deber del Presidente de la República y, a nuestro juicio, una manifestación del deber –genérico– de aquél de ejecutarla.

B) El deber del Presidente de la República de dictar el Reglamento de Ejecución de la Ley

Existiendo un deber genérico de ejecutar la ley por parte del Presidente de la República, preciso es determinar si aquél se traduce en un deber concreto en cuanto a dictar el reglamento de ejecución de la misma.

Sobre esta cuestión el artículo 32 N° 6 de la Constitución dispone:

Art. 32.– Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

6° Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias de dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes;

Como se aprecia, pareciera que al emplear la expresión “que crea conveniente”, la Constitución le reconoce a esta atribución el carácter de discrecional y no el de deber. Y así lo ha entendido importante doctrina nacional como el profesor Alejandro Silva Bascuñán, quien ha señalado sobre el particular: “Al otorgar la facultad con la condición de que se ejerza por el Presidente cuando lo crea “conveniente” está al mismo tiempo subrayando, por una parte, la discrecionalidad con que se la otorga (“crea”) y, por otra, la responsabilidad que asume, en cuanto ha de ejercerla de un modo que sea ventajoso, favorable, es decir, “útil, oportuno, provechoso”²¹.

Yo, con pleno respeto de tan distinguida opinión, difiero de ella y estimo que el Presidente de la República tiene el deber constitucional de dictar el reglamento de ejecución de ley –que deriva de su genérico deber de ejecutarla–. Las siguientes son las razones en las que fundo mi posición:

1. La ley, para su ejecución, siempre requiere, al menos en teoría, el complemento de un reglamento. En efecto, preciso es tener presente que la Constitución de 1980 consulta un sistema de dominio legal máximo y, a su vez, consagra un concepto constitucional de ley, en el artículo 63 N° 20, en el sentido de que ella es una norma general y obligatoria que establece las bases esenciales de un ordenamiento jurídico. De ello se sigue que toda ley, para su ejecución, exige necesariamente –al menos en teoría– del complemento de

²¹ Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo V, Editorial Jurídica de Chile, Tomo V, p. 128.

una norma reglamentaria, para su ejecución²². Sin reglamento la ley, lisa y llanamente, no se podría ejecutar. De lo cual parece inferirse claramente el carácter de deber que hoy tiene la potestad reglamentaria de ejecución, a no ser que se pretenda que, siendo discrecional, el Presidente de la República tenga implícito una facultad consistente en *in-ejecutar* las leyes. A lo anterior agrego que la expresión “que crea conveniente”, que emplea el artículo 32 N° 6 de la Constitución actualmente en vigor, es la misma que empleaban las Constituciones de 1833 y 1925, no obstante existir respecto de estas últimas sustanciales diferencias: se regían por un dominio mínimo legal y el concepto de ley que subyacía durante la vigencia de ellas era aquél contenido en el artículo 1° del Código Civil, el cual no limitaba en lo absoluto su densidad normativa de la ley.

2. Las limitaciones de la teoría que explica a la potestad reglamentaria como discrecional. Importante doctrina ha llamado la atención sobre las limitaciones de la doctrina que explica a la potestad reglamentaria como manifestación de la discrecionalidad administrativa, especialmente respecto de aquellos casos en los que la propia ley preteritoriamente ordena la dictación del reglamento de ejecución, imponiendo, a su vez, un plazo máximo para ello. Si bien algunos autores como Gabino Fraga, salvando la teoría antes señalada, exponen que en estos casos nos hallamos frente a una “invitación a reglamentar”²³, otros, lisa y llanamente, han denunciado las limitaciones de esta doctrina, dando a entender que la potestad reglamentaria puede concebirse en algunos casos como un auténtico deber, y en este sentido señala Sayagués Laso: “El criterio que

²² En este sentido, señala José Luis Cea: “Correlativamente, se contempla la Potestad Reglamentaria, autónoma de frente a la ley, y extendida, pues su ejercicio no requiere de autorización legal previa, aunque tampoco puede preceptuar en contra de lo ya regulado por el legislador” (Cea, José Luis, *Sistema Constitucional de Chile*, Universidad Austral de Chile, Santiago 1999, p. 215). Agregando que “Además y como lo ha puntualizado el Tribunal Constitucional en varias sentencias, la última de las cuales fue pronunciada el 28 de enero de 1999 (Rol N° 282), la ejecución de la ley exige siempre la colaboración de la potestad reglamentaria, pues la ley debe tener salvo situaciones excepcionales inenquadrables con el concepto genuino de ella, el carácter de ordenamiento jurídico básico, configurativo de la médula o contenido matriz del estatuto respectivo. Dentro de tales parámetros cabe ejercer la potestad reglamentaria subordinada o de ejecución, pero no por delegación ni autorización legislativa, sino que a raíz de haberlo así dispuesto, directamente, la Carta Fundamental en su artículo 32 N° 8.” Ibid.

²³ Señala Gabino Fraga sobre el particular: “Siendo esto así, debe afirmarse que el ejercicio de dicha facultad depender de la discreción del Poder Ejecutivo, es decir, dicho ejercicio es espontáneo y tiene lugar cuando el Ejecutivo cree oportuno realizarlo.

Sin embargo, se presentan casos, como los que a continuación se exponen, en los que se puede surgir alguna duda respecto de la espontaneidad del Ejecutivo para el ejercicio de su facultad.

Así, puede suceder: 1° que la ley establezca que la ejecución de alguno de sus proyectos se someterá a los reglamentos respectivos; 2° que en la propia ley se disponga, no en relación con un precepto determinado, sino en una forma general, que el Ejecutivo expedirá el reglamento o los reglamentos de la misma.

Una opinión generalizada afirma que en estos casos la facultad reglamentaria procede de una delegación del Poder Legislativo; pero tal afirmación debe considerarse inexacta, porque si como hemos demostrado la facultad reglamentaria corresponde, por virtud de la Constitución, al Ejecutivo, el Legislativo no puede delegar una facultad que ya tiene aquel Poder, y, además, porque si hubiera una delegación del Poder Legislativo, el Ejecutivo tendría facultades tan amplias como las que tiene ese Poder, cosa que no sucede, pues el reglamento que expide queda subordinado a la ley que desenvuelve sin que pueda ni ampliarla ni modificarla.

Los casos que dejamos citados sólo los podemos entender como una invitación hecha por el Poder Legislativo al Ejecutivo para que éste ejerza su facultad reglamentaria; pero en el concepto de que el Ejecutivo conserva íntegra su discreción para resolver la oportunidad de ejercicio de ella y, cuando mucho, sólo puede entenderse el acto del Legislativo como la indicación de que la ley no ha entrado a los detalles y que éstos deben ser desarrollados por el Poder Ejecutivo en uso de sus propias facultades”. Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, 46ª Ed., México DF 2007, ps. 111 y 112.

funda la potestad reglamentaria en la discrecionalidad administrativa, si bien exacto en sí mismo, no da una explicación completa de las cosas. En efecto, justifica la potestad reglamentaria allí donde existen facultades administrativas discrecionales; pero no la explica en otros casos como, por ejemplo, en los reglamentos destinados simplemente a complementar la ley para hacer posible su ejecución, especialmente cuando tales leyes no confieren facultades discrecionales a la administración”²⁴.

3. La inactividad reglamentaria importa arbitrariedad. Algunos autores han señalado que la inactividad reglamentaria no es ni puede ser manifestación de discrecionalidad administrativa sino que, lisa y llanamente, de arbitrariedad, consistente en la inaplicación consecuente de la ley. En este sentido, Julio Rodolfo Comadira y Jorge Héctor Escola expresan: “La omisión reglamentaria por parte del Poder Ejecutivo puede ser controlada judicialmente y originar, incluso, un mandato judicial en ese sentido porque la discrecionalidad se torna, en este caso, arbitrariedad cuando la inercia administrativa conduce a enervar la aplicación de la ley y con ello, a desconocer el mandato del legislador”.²⁵

4. La inactividad reglamentaria importa un poder de veto de las leyes no consultado por la Constitución. Algunos autores señalan que si no se entiende a la potestad reglamentaria como un deber constitucional del Presidente de la República, ello trastocaría su naturaleza jurídica convirtiéndola, en la práctica, en un poder de veto de las leyes no consultado por la Carta Fundamental. En este sentido, Marcos Gómez Puente previene: “Y que si para ello no bastan actos materiales o jurídicos, cualquiera que sea su alcance interno o externo, singular o colectivo, sino que además se precisa una norma reglamentaria, la promulgación de ésta también formará parte del contenido de aquel deber. No admitir que la competencia normativa forma parte de la función ejecutiva y que constituye no sólo facultad sino que deber supondría otorgar al Ejecutivo un derecho o facultad de veto sobre todas aquellas leyes cuya aplicación dependiera del complemento reglamentario correspondiente, lo que constitucionalmente resultaría inadmisibles”²⁶.

5. La inactividad reglamentaria constituye un vicio análogo al reglamento contra legem. Otros autores señalan que la inactividad reglamentaria es tan reprochable como el reglamento contra legem. En este sentido, el profesor Gómez Puente previene: “En favor de la obligatoriedad de ejercitar la potestad reglamentaria también puede invocarse, a contrario, la teoría del reglamento de necesidad. Si la omisión reglamentaria puede conducir a dejar sin efecto las previsiones legales, dicha conducta vale tanto como un reglamento contrario a las mismas, como una disposición “contra legem”. Disposiciones que nuestro ordenamiento, que sólo excepcionalmente admite la validez, por razones de necesidad, de los reglamentos contrarios a las leyes, sanciona con la nulidad (art. 62.2 LRJ-PAC). Así las cosas, un principio general rechaza el ejercicio “contra legem” de la potestad reglamentaria y permite negar apriorísticamente que la Administración

²⁴ Enrique Savagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo 2002, 8ª Ed., p. 143.

²⁵ Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, *Derecho Administrativo Argentino*, Editorial Porrúa, México DF 2006, p. 24.

²⁶ Gómez Puente, Marcos, *op. cit.*, p. 310.

pueda decidir a su antojo sobre el momento oportuno para dictar el reglamento. Esta facultad deberá estar, pues, contemplada en la ley, como deben estarlo los demás ámbitos de discrecionalidad que puedan reconocerse al Ejecutivo. Este no puede retrasar el cumplimiento de la ley en contra de la voluntad de ésta y la inactividad normativa, en definitiva, valdría tanto como un reglamento “contra legem” que impidiera, aunque fuera por razones coyunturales o políticamente justificables, la aplicación de la ley²⁷. Y agrega que “De modo que si nulos son, por ilegales, los reglamentos “contra legem”, por ilegal debería también tenerse la conducta omisiva que conduce al mismo resultado: el incumplimiento de las previsiones legislativas. Y si es ilegal esta conducta es por la presencia de un deber legal expreso, concreto, cuyo cumplimiento no deja lugar a dudas, ni reserva a la voluntad administrativa decisión alguna sobre su oportunidad.”²⁸.

6. La inactividad reglamentaria puede traducirse en una interpretación de la ley que produzca efectos contrarios a la Constitución en un caso concreto y en esa medida inaplicable, si no inconstitucional –en abstracto–. A mi juicio, la norma reglamentaria que ejecuta la ley tiene tal importancia –más aun cuando ésta así lo ordena–, que en una hipótesis de inactividad reglamentaria, la ley que en la medida de lo posible debe aplicarse, tal como observa Agustín Gordillo²⁹, puede serlo en términos tales que produzca efectos contrarios a la Constitución en un caso concreto, y en esa medida el Tribunal Constitucional, de ser requerido, puede inaplicarla, o bien, de ser el vicio abstracto, declarar su inconstitucionalidad. En ambos casos el vicio no proviene de la norma legal en sí, es decir no es intrínseco a ella, sino que de la circunstancia de no haberse dictado el reglamento de ejecución.

Sentencia rol N° 808 del Tribunal Constitucional

Podría creerse que la discusión anterior si bien es interesante carece de aplicación práctica. Lo cierto es que ello no es así, tal como lo pone de relieve el reciente fallo rol N° 808 del Tribunal Constitucional, relativo a un requerimiento de inaplicabilidad dirigido en contra del artículo 1° de la ley N° 19.989, “Establece Facultades para la Tesorería General de la República y Modifica la Ley N° 19.848, Sobre Reprogramación de Deudas a los Fondos de Crédito Solidario”, que consagra el sistema de retención de la devolución de impuestos para los deudores morosos del crédito universitario –quienes no han repactado la deuda–. El tenor de este precepto es el siguiente:

²⁷ Gómez Puente, Marcos, *op. cit.*, p. 310 y 311.

²⁸ Gómez Puente, Marcos, *op. cit.*, p. 311.

²⁹ En este sentido previene el profesor Gordillo: “En primer lugar, debe señalarse que las leyes deben cumplirse desde el momento de su promulgación y publicación, por lo que no dependen en modo alguno de que el Poder ejecutivo decida reglamentarlas o no: los jueces y la misma administración deben acatar y ejecutar o hacer ejecutar las leyes en los casos concretos, interpretándolas para salvar sus vacíos en la medida que fuere necesario en los casos ocurrientes, pero sin depender de que hayan sido reglamentadas. Esto es así incluso aunque la ley disponga en sus últimos arts. como es de práctica, que “El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley”, pues de admitirse el principio opuesto, quedaría librado al arbitrio del poder administrador el cumplir o hacer cumplir la ley, o no, mediante el simple camino de no reglamentarla, lo que por cierto no sería admisible bajo ningún punto de vista. Lo mismo cabe decir, con mayor razón aun, de los reglamentos del Jefe de Gabinete”. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*. Editorial Porrúa, tomo I, p. 225.

“Facúltase a la Tesorería General de la República para retener de la devolución anual de impuestos a la renta que correspondiere a los deudores del crédito solidario universitario regulado por la ley N° 19.287 y sus modificaciones, los montos de dicho crédito que se encontraren impagos según lo informado por la entidad acreedora, en la forma que establezca el reglamento, e imputar dicho monto al pago de la mencionada deuda.

La Tesorería General de la República deberá enterar los dineros retenidos por este concepto al administrador del fondo solidario de crédito universitario respectivo, en el plazo de 30 días contados desde la fecha en que debiera haberse verificado la devolución, a menos que el deudor acredite que ha solucionado el monto vencido y no pagado por concepto de crédito universitario, mediante certificado otorgado por el respectivo administrador.

Si el monto de la devolución de impuestos fuere inferior a la cantidad adeudada, subsistirá la obligación del deudor por el saldo insoluto”.

Expuso el requirente, en síntesis, que aplicado el mencionado precepto legal en la gestión pendiente invocada –recurso de protección en contra de la retención de su devolución de impuestos–, en el sentido que el Servicio de Tesorería se encuentra facultado para retener su devolución de impuestos a la renta, en razón de lo informado por el administrador del referido Fondo en cuanto a su calidad de deudor moroso, y enterar lo retenido a esta última, sin que antes pueda controvertir ante los Tribunales de Justicia la existencia de la deuda, su monto o su exigibilidad, produce efectos contrarios a la Constitución: el Fondo –su administración– se erige como comisión especial y, a su vez, menoscaba su derecho al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva.

Pues bien, el reglamento al que se refiere el precepto legal impugnado, que tendría por finalidad, según se desprende de su historia legislativa, consultar “*normas de resguardo (...) que protejan los derechos de los afectados, en particular en lo que concierne a la posibilidad de deducir las excepciones de pago que correspondan o de presentar los documentos que acrediten haber solucionado la deuda*”, habida cuenta “*la inconveniencia de que la Tesorería General de la República actúe sólo sobre la base de la información que le proporcione la entidad acreedora acerca de la situación de morosidad de sus deudores de crédito universitario. Ello, porque podrían producirse errores relativos al estado de las deudas que perjudicarían a los deudores diligentes.*”³⁰, hasta la fecha no ha sido dictado.

Es así como en este caso el Tribunal Constitucional, acogiendo el requerimiento de inaplicabilidad, señala, implícitamente, que el efecto contrario a la Constitución del precepto legal impugnado en el caso concreto deriva más bien de la inexistencia del Reglamento de ejecución, que de un vicio intrínseco del precepto –inconstitucionalidad– tal como puede leerse a continuación:

³⁰ En efecto, en el Primer Informe de la Comisión de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, de 30-11-2004, Boletín N° 3.712-04.

NOVENO.– Que el artículo 1º de la Ley Nº 19.989 contempla la existencia de un reglamento que determine la forma de actuar para que la Tesorería General de la República proceda a la retención de la devolución anual de impuestos a la renta que correspondiere a los deudores del crédito universitario que se encontraren impagos, reglamento que no se ha dictado a pesar de la importancia que se concedió al mismo durante la discusión de la ley para proteger los derechos de los deudores.

Al respecto, cabe señalar que en el Primer Informe de la Comisión de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología del Senado, de 30 de noviembre de 2004, Boletín Nº 3.712-04, al referirse al artículo 1º del proyecto de ley en discusión, que es la norma impugnada en estos autos, se lee lo siguiente:

“Con motivo del análisis de esta disposición, el Honorable Senador señor Fernández destacó la inconveniencia de que la Tesorería General de la República actúe sólo sobre la base de la información que le proporcione la entidad acreedora acerca de la situación de morosidad de sus deudores de crédito universitario. Ello, porque podrían producirse errores relativos al estado de las deudas que perjudicarían a los deudores diligentes.

Al efecto, la Comisión solicitó a los representantes del Gobierno incluir normas de resguardo en el reglamento de la ley que protejan los derechos de los afectados, en particular en lo que concierne a la posibilidad de deducir las excepciones de pago que correspondan o de presentar los documentos que acrediten haber solucionado la deuda. Los representantes del Ejecutivo accedieron a esta solicitud”.

Consecuencia de esta inactividad del Ejecutivo es que la aplicación administrativa y jurisdiccional del artículo 1º de la Ley Nº 19.989 carece de las precisiones que pudiere introducirle el reglamento para una mejor protección de los deudores de crédito universitario, mismo que hasta la fecha no se ha dictado para satisfacer las inquietudes de los senadores miembros de la Comisión de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología del Senado.

La inexistencia de normas legales o reglamentarias específicas destinadas a garantizar los derechos de los deudores de crédito universitario, a juicio de la Universidad recurrida de protección, no obsta a la aplicación de las normas generales contenidas en la Ley Nº 19.880 sobre procedimientos administrativos, mismas que serían aplicables a las actuaciones de la Tesorería Regional de Valparaíso. Pero este mismo órgano administrativo, al señalar las normas legales aplicables en su escrito de observaciones –a fojas 108–, no menciona las de la Ley Nº 19.880 y afirma que “[l]a normativa legal aplicable al caso de marras son las Leyes Nº 19.287 de 1994, 19.848 de 2002 y 19.989 de 2004, respectivamente”, lo que confirma que el precepto legal cuya constitucionalidad se impugna ha sido aplicado en la forma que aparece en su texto, la que no contempla posibilidades amplias de defensa para los aparentes deudores;

Como se aprecia del considerando transcrito, el Tribunal Constitucional entiende que existe un deber constitucional del Presidente de la República de dictar reglamentos, tanto así que su infracción no duda en llamarla “inactividad”, expresión que, tal como hemos observado precedentemente, tiene un alcance muy preciso en el Derecho Público. En el

mismo sentido, se observa que a juicio de esta Magistratura el precepto legal impugnado produce efectos contrarios a la Constitución en el caso concreto, de ahí que lo inaplique, efectos que son consecuencia de la inactividad reglamentaria y no del precepto legal específico. La inactividad del Presidente de la República en la dictación del reglamento de ejecución de este precepto legal ha producido, indirectamente, la inaplicación de éste en el caso concreto. De ello puede inferirse, a no ser que se pretenda que el Presidente de la República tiene atribuida la facultad de *in-ejecutar* la ley a través de su inactividad reglamentaria, la existencia de un deber constitucional del Presidente de la República de dictar el reglamento de ejecución de la ley.

C) El deber del Presidente de la República, en caso de estar supeditada la entrada en vigencia de una ley a una condición, de instar para que ella se cumpla (y si ella es simplemente potestativa de aquél, entenderla como un "plazo razonable")

Siendo un deber constitucional del Presidente de la República el ejecutar la ley, conforme he señalado precedentemente, cabe preguntarse si el legislador supedita la entrada en vigencia de una ley a una condición, en qué se traduce ese deber.

A mi juicio, como concreción de ese deber en este caso, el Presidente de la República debe instar para que la condición de la que pende la entrada en vigor de la ley se verifique. Ahora bien, si se trata de una condición meramente potestativa del Presidente de la República estimo que, al igual que en el Derecho Civil y por idénticas razones³¹, la condición no es válida, debiéndose entender como plazo. ¿Cuál? El que resulte razonable.

Sentencia Rol N° 1024 del Tribunal Constitucional

CONAF es una corporación de Derecho Privado creada en 1971, por la CORA y el INDAP. No obstante su naturaleza privada el DL N° 701 de 1974 le otorgó importantísimas potestades públicas. Atendido el hecho de que la atribución de potestades públicas a corporaciones de derecho privado es un asunto discutible a la luz de la Constitución –y en especial a la luz del artículo 6° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado–, el legislador estimó conveniente

³¹ En el Derecho Civil se ha señalado que: "No cabe duda, entonces, que las meramente potestativas que dependen de la voluntad del acreedor son todas válidas; hay siempre obligación para el deudor. En cambio, como veíamos, la meramente potestativa que depende de la sola voluntad del deudor es nula, porque no hay obligación, pues no hay intención de obligarse. La voluntad debe ser seria para que haya contrato (N° 47); el que cumple si quiere, no está obligado a nada, y de ahí la nulidad que establece el art. 1478 inc. 1°. El fundamento es el mismo del Art. 1465, que prohíbe la condonación del dolo futuro, porque igualmente el deudor cumple si quiere (N° 866)." Abeliuk Manasevich, René. *Obligaciones*, Editorial jurídica de Chile, 4° Ed., Santiago 2004. De análoga manera Ramón Meza Barros ha expresado: "Es puramente potestativa la que depende de la sola voluntad del acreedor o del deudor. (...) De esta suerte, no vale únicamente la condición meramente potestativa del deudor, cuando es suspensiva (te doy 5000 si quiero, si me parece conveniente dártelos)." Ramón Meza Barros, *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 9° Ed., Santiago 1997, p. 65.

crear la *CONAF-servicio público*, lo que efectuó a través de la ley N° 18.348, de 1983, ley que entraría en vigor, conforme ella misma dispuso, sólo cuando “se publique en el Diario Oficial el decreto en cuya virtud el Presidente de la República disuelva la corporación de derecho privado denominada Corporación Nacional Forestal a que se refiere la letra i) del artículo 4° o aquel mediante el cual apruebe su disolución.”, condición meramente potestativa del Presidente de la República –a quien bien podemos considerar deudor para estos efectos–, la cual hasta el día de hoy no se ha verificado, razón por la que subsiste aún la *CONAF-corporación de derecho privado* y no ha visto la luz la *CONAF-servicio público*.

El Tribunal Constitucional, a través de la sentencia rol N° 1024, al efectuar el control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley sobre bosque nativo, el cual confería a CONAF, sin alterar en absoluto su naturaleza jurídica, las mismas potestades públicas que a la fecha detentaba y otras nuevas, declaró, en lo que nos interesa, lo que sigue:

OCTAVO. Que la Corporación Nacional Forestal, CONAF, fue constituida en 1970 con el nombre de CORPORACIÓN DE REFORESTACIÓN, COREF, por el Servicio Agrícola y Ganadero y el Instituto de Desarrollo Agropecuario, al amparo de las disposiciones del Título XXXIII, del Libro I, del Código Civil. En 1972, mediante la correspondiente reforma de estatutos, se incorporaron a la entidad la Corporación de Fomento a la Producción, CORFO, y la ex-Corporación de Reforma Agraria, CORA, pasando a denominarse CORPORACIÓN NACIONAL FORESTAL.

La Ley N° 18.348, publicada en el Diario Oficial de 19 de octubre de 1984, que crea la Corporación Nacional Forestal y de Protección de Recursos Naturales Renovables, modificó el estatuto jurídico de CONAF, en concordancia con lo establecido en los artículos 6°, 7°, 38 y 65 de la Carta Fundamental, indicando en su artículo 1° que “*será una institución autónoma del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de duración indefinida y que se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Agricultura.*”. Sin embargo, tal normativa no ha entrado en vigencia puesto que la misma ley dispuso en su artículo 19 que “la presente ley, (...), entrará en vigencia el día en que se publique en el Diario Oficial el decreto en cuya virtud el Presidente de la República disuelva la corporación de derecho privado denominada Corporación Nacional Forestal a que se refiere la letra i) del artículo 4° o aquel mediante el cual apruebe su disolución.”, lo que a la fecha no ha sucedido;

(...)

VIGESIMOCUARTO. Que, sin embargo, esta declaración exige a esta Magistratura hacer presente a los Poderes Colegisladores la inconveniencia de la mantención de situaciones constitucionalmente anómalas como las

aludidas y, especialmente en el presente caso, exhortar a S.E. la Presidenta de la República para que regularice la naturaleza jurídica de la CONAF, procediendo a la dictación del Decreto Supremo a que se refiere el artículo 19 de la Ley N° 18.348, publicada el año 1984, o empleando otro medio constitucionalmente idóneo que el Gobierno estime adecuado;

(...)

SE DECLARA:

5°.- Que, conforme a lo indicado en el considerando 24° de esta sentencia, esta Magistratura hace presente a los Poderes Colegisladores la inconveniencia de la mantención de situaciones constitucionalmente anómalas como las aludidas y, especialmente en el presente caso, exhorta a S.E. la Presidenta de la República para que regularice la naturaleza jurídica de la CONAF, procediendo a la dictación del Decreto Supremo a que se refiere el artículo 19 de la Ley N° 18.348, publicada el año 1984, o empleando otro medio constitucionalmente idóneo que el Gobierno estime adecuado.

Como se aprecia, el Tribunal Constitucional no duda en manifestar a los Poderes Colegisladores –Presidente de la República y Congreso Nacional– la “inconveniencia de la mantención de situaciones constitucionalmente anómalas como las aludidas”. ¿Cuáles? La sobrevivencia de la *CONAF–corporación de derecho privado* y el hecho de que la ley que crea la *CONAF–servicio público* no haya entrado en vigor, habiendo transcurrido más de veinticinco años desde su publicación, por la inactividad del Presidente de la República en dictar el Decreto Supremo que disuelve a la primera. Por tales razones la sentencia en comento, en la parte resolutive, exhorta a “S.E. la Presidenta de la República para que regularice la naturaleza jurídica de CONAF, procediendo a la dictación del Decreto Supremo a que se refiere el artículo 19 de la ley N° 18.348”, es decir, le recuerda a la Presidenta de la República su deber genérico de ejecutar la ley, el cual en este caso se traduce en entender sin validez la condición meramente potestativa de la cual pende la entrada en vigor de esta ley, y entenderla como un plazo, el plazo razonable.

En mi opinión, la exhortación que el Tribunal Constitucional efectúa al Presidente de la República es tan claro y perentorio, conforme hemos señalado precedentemente, que de no acatarlo en términos de dictar el Decreto Supremo al cual se refiere el artículo 19 de la ley N° 18.348 –con lo cual recién entraría en vigor dicha ley–, dentro de un plazo razonable, no sólo importaría una suerte de “desacato constitucional” sino que, además, desde el momento que se entienda transcurrido dicho plazo, todas las actuaciones de la *CONAF–corporación de derecho privado* estarían viciadas de nulidad de Derecho Público, conforme lo previenen, en especial, lo incisos 2 y 3 del artículo 7° de la Constitución.

D.— El deber del Presidente de la República de refundir, coordinar y sistematizar las leyes “cuando sea necesario para su ejecución”

Sabido es que la reforma constitucional de 2005 innovó en muchos aspectos, uno de ellos, relacionado con el tópico en estudio, es el relativo a la autorización dada al Presidente de la República para fijar el texto refundido, coordinado y sistematizado de las leyes “cuando sea conveniente para su mejor ejecución”, en los siguientes términos:

Artículo 64 inciso 5º.— “Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, el Presidente de la República queda autorizado para fijar el texto refundido, coordinado y sistematizado de las leyes cuando sea conveniente para su mejor ejecución. En ejercicio de esta facultad, podrá introducirle los cambios de forma que sean indispensables, sin alterar en caso alguno, su verdadero sentido y alcance”.

Pues bien, para la doctrina nacional esta nueva atribución del Presidente de la República tiene un carácter discrecional. En este sentido el profesor Carlos Carmona Santander ha afirmado:

“En seguida, la facultad está concebida como una atribución, que el Presidente puede o no ejercer. Como veremos dentro de un instante, a él le corresponde determinar cuándo es conveniente, para la mejor ejecución de la ley, dictar estos textos.

La facultad discrecional comprende varios aspectos. En primer lugar, determinar la oportunidad de su dictación. No obstante, el congreso puede fijar un plazo para su dictación. Si el Presidente no ejerce esa potestad dentro de ese término, esa atribución caduca, pero él retoma la facultad genérica que le da la Constitución, pudiendo dictar el texto cuando estime conveniente.

En segundo lugar, comprende la realización de un juicio de mérito: cuándo el decreto refundido, coordinado ayuda a la mejor ejecución de la ley. El Presidente debe ponderar si las leyes tal como están se pueden operacionalizar sin problema o, si es más conveniente, para ayudar a ese propósito, citarlo.

Ello puede ocurrir cuando una norma tiene muchas modificaciones que justifican tener un texto actualizado y oficial. También cuando hay una modificación, pero tan sustantiva y relevante que justifique que se dicte un nuevo texto. En seguida, también puede ser conveniente cuando existen textos dispersos sobre una misma materia, que puede ser abordada sistemática y ordenadamente en un texto único. Además, también puede ser conveniente cuando hay leyes contradictorias o que han sido derogadas en el tiempo, generando incertidumbre.”⁵²

Opinión que, en estricto rigor, comparto, pero sólo en cuanto a la hipótesis expresa que consulta el precepto constitucional antes transcrito, es decir, cuando el texto refundido, coordinado y sistematizado, cuya dictación autoriza, “sea conveniente para su mejor

⁵² Carmona Santander, Carlos, Los textos refundidos, coordinados y sistematizados, en Zúñiga Urbina, Francisco, Reforma Constitucional, Editorial Lexis-Nexis, Santiago 2005, pp. 798.

ejecución" –de la ley–, esto es, cuando una ley, luego de sucesivas reformas, presenta vicios que no son de tal gravedad que impidan su ejecución, porque si así aconteciera, no tendría carácter discrecional y el Presidente de la República, lisa y llanamente, tendría el deber constitucional de refundir, coordinar y sistematizar la ley, por ser necesaria, no para su "mejor ejecución" –discrecional– sino que para "su ejecución" –deber–.

V. Conclusiones

Concluyo, finalmente, que no cabe duda alguna que la Constitución actualmente en vigor sí establece el deber –genérico– del Presidente de la República de ejecutar la ley, lo que exige dotarla de vigor y eficacia, y que, en específico, dicho deber se traduce en al menos cuatro "sub-deberes": (a) el deber de promulgarla, (b) el deber de dictar el reglamento necesario para su ejecución, (c) el deber, en caso de estar supeditada la entrada en vigor de la ley a una condición, a instar por su realización, y de ser ésta meramente potestativa del Presidente de la República, entenderla como "plazo razonable", y (d) el deber de refundir, coordinar y sistematizar la ley, "cuando sea necesario para su ejecución".

VI. Bibliografía

- Aguado I Cudolà, Vicenc, *El Recurso contra la Inactividad de la Administración en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2001.
- Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, Depalma, Tomo II, Buenos Aires 1955.
- Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes, Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cerulli Irelli, Vincenzo, *Corso di Diritto Administrativo*, Giappichelli, Torino, 2002.
- Chapus, René, *Droit Administratif General*, Montchrestien, Paris 2001. Tomo I.
- Chinchilla Marin, Carmen, *La Desviación de Poder*, Editorial Civitas, 2ª Ed., Madrid 1999.
- Clavero, Bartolomé, *El Orden de los Poderes*, Editorial Trotta, Madrid 2007.
- Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, *Derecho Administrativo Argentino*, Editorial Porrúa, México DF. 2006, p. 24.
- D'Agostino, Filoreto, *Manuale di Diritto Administrativo*, Giuffrè Editore, Milano 2000.
- Doménech Pascual, Gabriel, *La Invalidez de los Reglamentos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2002.
- Dupuis, Georges, Guédon, Marie-José, Chrétien, Patrice, *Droit Administratif*, Ed., Armand Colin, Paris 2004.
- García de Enterría, Eduardo, *Legislación Delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Editorial Thomson-Civitas, 3ª ed. Madrid 1998.
- García Pons, Enrique, *Responsabilidad del Estado: La justicia y sus límites temporales*, Editorial Bosch, Barcelona 1997.
- Gómez Puente, Marcos, *La Inactividad Administrativa*, Editorial Aranzadi.
- Gómez Puente, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Editorial McGraw-Hill, Madrid 1997.
- Italia, Vittorio, Landi, Guido, Potenza, Giuseppe, *Manuale di Diritto Administrativo*, Giuffrè, Milano 2002.
- Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I. Thomson Civitas, 2004.
- Parada, Ramón, *Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2002, Tomo I.
- Parajo Alfonso, Luciano, Jiménez-Blanco, Antonio y Ortega Álvarez, Luis, *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, 5ª Ed., Ariel Madrid 1998.

- Pastor, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires 2002.
- Ponce Solé, Juli, *Deber de Buena Administración y Derecho al Procedimiento Administrativo Debido*, Editorial Lex Nova, Madrid 2001.
- Prat, Julio, *De la desviación de poder*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Montevideo 1957.
- Román Cordero Cristián, *Responsabilidad Patrimonial de la Administración del Estado en Chile*, en Pantoja Bauzá, Rolando (coord.), *Derecho Administrativo Chileno*, Editorial Porrúa, México DF. 2007.
- Román Cordero, Cristián, *La inactividad administrativa y la responsabilidad del Estado*, *Revista de Derecho Público* Nº 67, pp. 402 ss.
- Sánchez Isac, Jaime, *La Desviación de Poder en los Derechos Francés, Italiano y Español*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1973.
- Santamaría Pasto, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, 4º Ed., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, tomo I.
- Silva Tamayo, Gustavo, *Desviación de poder y abuso de derecho*, Lexis-Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires 2006.
- Solozabal Echavarría, Juan José, *La Sanción y Promulgación de la Ley en la Monarquía Parlamentaria*, Editorial Tecnos, Madrid 1987.