

La ley de presupuestos ¿es propiamente una ley?



OLGA FELIÚ DE ORTÚZAR
MACARENA LETELIER VELASCO
Abogadas

RESUMEN

El presente artículo recae en el fallo del Tribunal Constitucional que acogió un reclamo de 32 Diputados respecto de una norma de la ley de presupuestos para el año 2008, que reglaba la conducta de los funcionarios de exclusiva confianza y que disponía que la participación de estos en actividades de proselitismo político infringía gravemente el principio de probidad administrativa y debía ser sancionada con la destitución.

En su sentencia el Tribunal declaró inconstitucional el precepto, por razones de forma, por ser ajeno a las ideas matrices de la ley de presupuestos.

En el comentario, si bien se coincide con lo resuelto por el Tribunal al declarar la inconstitucionalidad, se destacan las especiales características constitucionales de las leyes de presupuestos y sobre la base de esas peculiares condiciones se concluye que la inclusión de normas ajenas a los ingresos y gastos del Estado, no se ajusta a la Constitución Política.

Se destaca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en sentencia recaída en los autos rol N° 1, de 1972, cuya tesis se comparte.

SUMARIO

I. Introducción. 1.2. La norma objetada y el requerimiento. 1.3. Observaciones del Ejecutivo. 1.4. Previsiones. 1.5. Disidencia. 1.6. Disidencia. II. Consideraciones sobre el fallo. 2.1. Principio de legalidad de los gastos del Estado. 2.2. La ley de presupuestos. 3. Ideas matrices de los proyectos de ley. 4. La sentencia recaída en los autos rol 1005, que se comenta. 5. Fallo de 19 de enero de 1972, del Tribunal Constitucional, recaído en el presupuesto para 1972. 6. Observaciones generales en relación con las leyes de presupuestos. 6.1. La situación del Transantiago. 6.2. El aumento de funcionarios a contrata en la Administración. 6.3. Tipificación de delitos. 6.4. Programas "Mejoramiento de la Calidad de la Educación" o "Mece", "Chile Crece Contigo" y otros similares. 6.5. Coordinación General de Concesiones. III Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. Por sentencia recaída en los autos rol 1005, dictada el 27 de noviembre de 2007, el Tribunal Constitucional, en adelante el Tribunal, acogió el requerimiento formulado por la cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados y declaró inconstitucional la segunda parte del artículo 24 del proyecto de la ley de presupuestos del Sector Público para el año 2008, por el vicio formal de contener materias ajenas a las ideas matrices de la ley.

1.2. La norma objetada y el requerimiento

La norma declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional es la segunda parte del artículo 24 de la ley N° 20.232 cuyo tenor era el que se indica entre comillas, en forma destacada: Con la excepción del financiamiento y los reembolsos previstos en la ley N° 19.884, sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral, considérase que vulnera gravemente el principio de probidad administrativa cualquier uso de los gastos incluidos en el artículo 1° de la presente ley en actividades de proselitismo o promoción de candidatos a cargos de elección popular, lo que será sancionado con la destitución del infractor, de conformidad al procedimiento y las normas generales que rijan al órgano en que se produjo la infracción. *“Asimismo, considérase que vulnera gravemente la probidad administrativa, sancionándose con la misma medida, la participación de todo funcionario público de exclusiva confianza del Presidente de la República, en actividades de proselitismo o promoción de candidatos a cargos de elección popular, de conformidad a las normas generales aplicables”.*

Los parlamentarios recurrentes formularon su requerimiento fundados en razones de fondo y de forma.

En cuanto al fondo, según expresaron, la norma aprobada contravenía los derechos de igualdad ante la ley, a la vida privada, la libertad de conciencia y los derechos de reunión, de opinión, como asimismo, el de asegurar que el legislador debe respetar los derechos en su esencia, derechos todos asegurados en los números 2, 4, 6, 13, 12 y 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

En cuanto a la forma, señalaron en su requerimiento que la norma antes transcrita había sido incorporada por una indicación parlamentaria en el segundo trámite en el Senado, transgrediendo el artículo 69 de la Constitución Política, en adelante Constitución, pues la norma aprobada no tiene relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto.

1.3. Observaciones del Ejecutivo

El Vicepresidente de la República, por su parte, adhirió al requerimiento de los actores, y solicitó se acogiera tanto por los vicios de fondo esgrimidos cuanto por los de forma. En relación con estos últimos agregó que él debía ser acogido, además, pues la materia, propia de ley orgánica constitucional, estaba sometida al control preventivo

de constitucionalidad, que no había cumplido, y recaía en materias de iniciativa exclusiva del Ejecutivo.

Hizo presente, también, que *“El presupuesto no puede convertirse en una ley que aborde cualquier asunto. Su contenido, por mandato constitucional, es selectivo”*. En este sentido, recordó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del año 1972 que había aplicado esa tesis.

1.4. Previsiones

Concurrieron al fallo los Ministros señora Peña Torres y señor Fernández Fredes previniendo que el precepto, además, incurre en inconstitucionalidad de forma porque él complementa o modifica los artículos 19 y 62 de la ley N° 18.575 y 27 de la ley N° 19.884, de carácter orgánico constitucional y que no se dio cumplimiento al control preventivo ante el mismo Tribunal.

1.5. Disidencia

El Ministro Fernández Baeza estuvo en contra del fallo de mayoría.

A juicio de este magistrado, el Tribunal no debía limitar su pronunciamiento al eventual vicio de forma sino rechazarlo teniendo en consideración razones de fondo. En este sentido hace presente, en su disidencia, que la norma objetada por el fallo no excede la idea matriz del proyecto más que otros preceptos del mismo cuerpo legal, como es el caso del artículo 22 que dispone que los contratados a honorarios para ciertos cometidos tienen la calidad de “agentes públicos”, o de la primera parte del mismo artículo.

Más adelante el disidente considera que el requerimiento debe rechazarse porque el contenido del artículo impugnado incide en la prohibición administrativa cautelada por nutridas normas constitucionales y legales y que la norma viene a precisar en cuanto a la naturaleza del desempeño político de quienes ostentan tales cargos, aun cuando lo hace con nivel de generalidad que –ese disidente– intenta reducir. En ese sentido, agrega que *“Los funcionarios públicos de exclusiva confianza del Presidente de la República no pueden ser privados de su derecho a realizar proselitismo, en el sentido referido, en todo momento y lugar, pero sí deben abstenerse de participar en campañas electorales durante el cumplimiento de sus funciones, conducta que de ejecutarse debe ser sancionada con las medidas que establece el*

orden jurídico vigente, siendo la destitución solo posible en caso de declaración de culpabilidad en la acusación constitucional”.

1.6. Disidencia

El Ministro Venegas Palacios estuvo por rechazar el requerimiento atendido que al formularse éste no existía una “cuestión de constitucionalidad” que debiese ser resuelta por dicha magistratura, además, tuvo presente que veintitrés Diputados, de los requerientes, carecían de legitimación activa ya que al concurrir a la aprobación de la norma impugnada quedaron inhabilitados para acudir a ese Tribunal. El voto del Ministro señor Venegas, respecto de la cuestión de constitucionalidad se fundamenta en el rol que corresponde al Tribunal Constitucional y, tratándose de la legitimación activa, tiene en consideración lo resuelto por el Tribunal en sentencia recaída en los autos rol 269, en la que sobre el particular el Tribunal expresó que está *“implícito que quienes deducen un requerimiento de inconstitucionalidad hayan mantenido durante la tramitación del proyecto una conducta coherente con el reproche que formulen”*. Agregando luego que *“No es lógicamente admisible que quien da su voto explícito a favor de una disposición del proyecto, cuestione su constitucionalidad ante este Tribunal; carece, en consecuencia, de titularidad activa.”*

II. CONSIDERACIONES SOBRE EL FALLO

2. La sentencia que se comenta recae en la ley de presupuestos para el sector público del año 2008 y en ella se acoge el requerimiento formulado porque la norma objetada infringió las ideas matrices o fundamentales de esta ley.

Lo anterior lleva a analizar las instituciones en que recae la sentencia, entre ellas, el principio de legalidad del gasto público, y, especialmente, lo que es y debe ser la ley de presupuestos, cómo inciden en ella la aplicación de los preceptos relativos a las ideas matrices o fundamentales de los proyectos de ley y cuál es, y ha sido, la realidad de las leyes de presupuesto que han regido en Chile.

2.1. Principio de legalidad de los gastos del Estado

Nuestra Carta Fundamental consagra el principio de la legalidad de los gastos públicos. Este, se encuentra consagrado en sus artículos 32 N° 20 y 100 y consiste, en síntesis, en que todos los gastos públicos

deben ser aprobados por ley, exigencia que ella establece de manera expresa.

Excepcionalmente, el propio texto constitucional admite en su artículo 32 N° 20 que se *“dispongan gastos no autorizados por ley, cuando se trate de atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, de agresión exterior, de conmoción interna, de grave daño o peligro para la seguridad nacional o de agotamiento de recursos destinados a servicios que no pueden paralizarse sin grave perjuicio para el país”*.

El principio de legalidad del gasto público no es nuevo en la Carta vigente y él ha inspirado las normas sobre gastos del Estado contenidas en las distintas Constituciones que han regido en nuestro país, desde la Carta de 1833.

Las leyes que aprueban gastos son de iniciativa exclusiva del Ejecutivo y el parlamento tiene facultades para aprobarlos, rechazarlos o disminuirlos. Es efectivo que el Congreso tiene limitaciones pues no tiene iniciativa para disponer los gastos públicos, pero también las tiene el Ejecutivo pues requiere de la aprobación del parlamento para aprobar los gastos. Este equilibrio entre las facultades de ambos poderes del Estado en materia de gastos públicos tiene su origen en la ley N° 7.727 cuya dictación se debió al grave desequilibrio en las finanzas públicas originado tanto por la aprobación de gastos por el Parlamento sin tener el debido financiamiento, cuanto por los gastos ordenados por el Poder Ejecutivo, a través de los decretos de insistencia.

El profesor Enrique Silva Cimma nos ilustra sobre este tema en los siguientes términos *“Analizando el mensaje presidencial que dio origen a la ley de reforma mencionada –ley N° 7727– es posible señalar respecto de ella los siguientes fundamentos que, a nuestro juicio, justificaron ampliamente su dictación:*

“1° Necesidad de restringir la iniciativa parlamentaria en materia de gastos públicos;

“2° Necesidad de restringir los gastos públicos ordenados por el Ejecutivo, mediante decretos de insistencia, y

“3° Dar carácter de Organismo Constitucional Autónomo a la Contraloría General de la República”¹.

¹ Silva Cimma, Enrique. *“Derecho Administrativo Chileno y Comparado”*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 1968. Pág. 358.

Son destacables sobre este particular las palabras del Ministro del Tribunal Enrique Navarro que en voto de prevención al fallo recaído en los autos rol N° 1158 de 30 de septiembre de 2008, enfatizando la exigencia de una ley para el gasto público derivado del subsidio al transporte manifestó *“la reserva legislativa encuentra su fundamento principal en el principio democrático, como lo ha destacado cierta doctrina administrativa (Eduardo García de Enterría, La Democracia y el lugar de la ley, Madrid, 1997). La Carta Fundamental otorga competencias específicas en estas materias al legislador, de forma tal que en asuntos vinculados a beneficios económicos como los de autos, su regulación debe efectuarse mediante el proceso legislativo idóneo previsto al efecto”*.

En suma, en el ordenamiento constitucional que nos rige, los gastos públicos deben ser aprobados por una ley, esto es, por el Parlamento, con iniciativa exclusiva del Poder Ejecutivo.

2.2. La ley de presupuestos

El presupuesto del sector público se encuentra definido en la ley de administración financiera del Estado como *“la estimación financiera de los ingresos y gastos de este sector para un año dado, compatibilizando los recursos disponibles con el logro de metas y objetivos previamente establecidos”*.

Características fundamentales del presupuesto de la Nación son los de la unidad de los ingresos y la universalidad de los gastos.

Debe recordarse que, de acuerdo con el artículo 19 N° 20 de la Constitución, todos los *“tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado”*. A su vez, todos los recursos del Estado están disponibles para financiar todas y cualquiera de las necesidades del Estado.

La ley de presupuestos es de carácter especial y tiene por objeto aprobar el presupuesto de la Nación. Ella constituye una estimación de carácter financiero y, a su vez, es un instrumento de planificación de la actividad del Estado.

La Constitución contiene normas especiales sobre la ley de presupuestos y sobre su tramitación.

La especialidad estatuida en la Carta Fundamental tiene un fundamento histórico.

Expresa sobre el particular el profesor y Ministro del Tribunal, José Luis Cea, que *“el sistema presupuestario trazado por el Poder Constituyente en 1925 respondió a acontecimientos históricos precisos y de la más honda trascendencia, pues se trata de un hecho reconocido que la guerra civil de 1891 se originó en la disputa entre el Presidente Balmaceda y el Congreso Nacional en torno a la interpretación de la normativa constitucional relativa a la tramitación y aprobación de la Ley de Presupuestos. Sabido es también que el desenlace de ese conflicto significó la hegemonía del Congreso en un régimen de asamblea, una de cuyas secuelas fue el conflicto recurrente de aquel, con el Primer Mandatario a propósito del despacho periódico o anual de la Ley de Presupuestos.*

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

“Inspirada en el propósito de robustecer todavía más la autoridad del Presidente de la República, la Constitución de 1980 mantuvo el criterio de la Carta Fundamental precedente y lo vigorizó con las modificaciones contempladas en su artículo 64°. Evidencia de tal aseveración se encuentra en los anales oficiales de la Constitución en vigor...”².

De acuerdo con el artículo 76 de la Constitución, y en conformidad con la ley N° 18.918, orgánica constitucional del Congreso Nacional, es posible señalar que son características propias de la ley de presupuestos las siguientes:

- i) Es una materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.
- ii) Tiene una fecha determinada para su presentación y para su despacho.
- iii) Si el Congreso Nacional no la despacha dentro de los sesenta días contados desde su presentación, regirá el proyecto presentado por el Presidente de la República.

² Cea Egaña, José Luis. *“Sobre el Principio de Legalidad Presupuestaria”*. Revista Chilena de Derecho. Volumen 19 N° 1. Enero-Abril 1992. Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Pág. 427.

- iv) El Congreso Nacional tiene disminuidas sus facultades legislativas. No puede aumentar ni disminuir la estimación de los ingresos; solo podrá reducir los gastos contenidos en el proyecto de ley, salvo los que están establecidos por ley permanente.
- v) Su vigencia es anual.
- vi) Su Cámara de origen es la Cámara de Diputados.
- vii) Si el Presidente hace uso de su derecho a veto sobre una o más de sus disposiciones o cantidades, la parte que no ha sido objeto de observaciones regirá como ley de presupuestos.
- viii) El proyecto de ley es informado exclusivamente por una Comisión especial, llamada Comisión de Presupuestos, integrada por igual número de Diputados y de Senadores. Esta Comisión especial fija sus normas de procedimiento y forma las subcomisiones que necesita para el estudio de las diferentes partidas.

Así, el Parlamento que tiene facultades generales para aprobar o rechazar una ley, tratándose de la ley de presupuestos, tiene limitada esa competencia tanto en materia de su aprobación, cuanto en la estimación de los ingresos –que no puede disminuir– cuanto en la disminución o rechazo de los gastos pues no puede hacerlo respecto de los gastos permanentes.

Por lo dicho, puede concluirse que la ley de presupuestos reviste características extraordinarias en relación con las leyes comunes. Para la aprobación de sus preceptos se encuentran disminuidas las atribuciones del Congreso, restringidas las potestades de estudio por las comisiones especializadas de cada rama, fecha fijada para el ingreso del proyecto, plazo para su aprobación, y la vigencia está limitada en el tiempo.

3. IDEAS MATRICES DE LOS PROYECTOS DE LEY

Al respecto, cabe tener en cuenta lo que previene el inciso primero del artículo 69 de la Constitución Política, norma base en esta materia, con arreglo a la cual *“Todo proyecto puede ser objeto de adiciones o correcciones en los trámites que corresponda, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado; pero en ningún caso se admitirán las que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto”*.

En directa relación con ella y para el caso que el Presidente de la República desapruere el proyecto de ley, el artículo 73 previene que

este lo devolverá a la Cámara de su origen con las observaciones pertinentes, agregando, en su inciso segundo, que *“En ningún caso se admitirán las observaciones que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto, a menos que hubieren sido consideradas en el mensaje respectivo”*.

Es útil anotar que el antecedente inmediato de los citados preceptos se encuentra en la Reforma Constitucional de 1970, aprobada por ley N° 17.284, la cual contiene diversas enmiendas tendientes a lograr la *“aceleración y perfeccionamiento de los trámites para la formación de la ley”*.

La razón que motivó la enmienda que interesa, en palabras del Presidente de la República que la impulsó, fue la siguiente:

“En primer término, la consagración constitucional de la norma actualmente contenida en los reglamentos de ambas Cámaras, pero constantemente violada, de que en un proyecto de ley no son admisibles las indicaciones y observaciones que no digan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto. Estos preceptos pondrán fin a la práctica arraigada de las llamadas “leyes misceláneas” que tratan toda clase de asuntos y que se prestan al abuso frecuente de que se aprovecha una ley importante para introducirle disposiciones destinadas a favorecer a determinados grupos y aun a personas individuales y que significa hacer de las leyes una maraña ininteligible para el hombre común y aun difícil de entender por los intérpretes avezados”³.

Según consta en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 1 de septiembre de 1969, *“Vuestra Comisión, con los votos de ... compartió plenamente la idea contenida en la modificación constitucional en estudio, porque con ella se permitirá mejorar notablemente la técnica legislativa impidiendo la aprobación de leyes como ha sucedido hasta ahora que contienen normas sobre numerosas materias que hacen difícil su consulta y engorrosa su aplicación y cumplimiento, dada la falta de correspondencia entre la materia principal, que sirve de título a la ley, y la profusa legislación que contiene sobre asuntos que nada tienen que ver con sus ideas matrices o fundamentales. Este vicio legislativo debe terminar y con ello desaparecer las llamadas leyes misceláneas que solo sirven para desprestigiar al Parlamento y su función legislativa”*.

La historia fidedigna del artículo 66 de la Constitución Política de 1980, actual artículo 69, confirma que el espíritu del constituyente es

³ Frei Montalva, Eduardo. *“La Reforma Constitucional en su contenido histórico político”*.

ordenar el proceso de formación de la ley para evitar que se generen los llamados “*proyectos de ley misceláneos*”. Así, en las actas o informe de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, del Consejo de Estado, de la Junta de Gobierno y en la ley de Reforma Constitucional aprobada por ley N° 18.825, se ratifica la posición del constituyente en esta materia: imponer una prohibición absoluta tanto a los parlamentarios como al Ejecutivo de introducir en los proyectos de ley normas ajenas a sus ideas matrices. El Tribunal Constitucional en diferentes fallos ha declarado la inconstitucionalidad de las normas aprobadas por los legisladores por contravenir esta prohibición. Entre otros, autos Rol N° 259.

4. LA SENTENCIA RECAÍDA EN LOS AUTOS ROL 1005, QUE SE COMENTA

El precepto aprobado por el parlamento –declarado inconstitucional por el Tribunal– establecía que la participación de todo funcionario público de confianza exclusiva del Presidente de la República, en actividades de proselitismo o promoción de candidatos a cargos de elección popular se consideraría como vulneración grave de la probidad administrativa debiendo sancionarse con la medida de destitución.

Esta norma, de manera evidente, no dice relación con la ley de presupuestos.

Por ello, a la luz de las normas sobre ideas matrices de los proyectos de ley, recordadas en el número anterior, debe concluirse que lo resuelto por el Tribunal Constitucional, en el fallo que se comenta, se ajusta estrictamente a lo prevenido en el artículo 69 de la Constitución.

Sin perjuicio de lo anterior, se echa de menos en este fallo la falta de consideraciones sobre la improcedencia de la inclusión de normas ajenas a la naturaleza propia del presupuesto, en la ley de presupuestos de la Nación.

A juicio de esta comentarista, ese análisis era pertinente teniendo en consideración que se ha convertido en una práctica reiterada y de gran trascendencia jurídica, social y económica la inclusión en el Presupuesto Nacional de normas que deben aprobarse por leyes sometidas a la tramitación regular de todos los proyectos legislativos.

Por lo expuesto, en esa sentencia se debió tratar la improcedencia constitucional de que en la ley de presupuestos de la Nación se

incorporen preceptos del todo ajenos a su materia y que, por ello, no han debido ser admitidas ni tramitadas en la forma excepcional aplicables a estas. De igual manera ha debido reprocharse que sobre la base de regular gastos variables, se establezcan sistemas de excepción a regímenes generales. El procedimiento de tramitación contemplado por el constituyente para una ley de presupuestos no es jurídicamente admisible que se aplique para otros casos.

En este sentido, específicamente, tratándose de la ley de presupuestos, no puede dejar de recordarse el fallo del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 1972, recaído en el Expediente N° 1, sobre inconstitucionalidad de diversas normas del proyecto de ley de presupuestos para el año 1972, y que fue invocado por el Vicepresidente de la República en este requerimiento. Esta sentencia –redactada por el entonces Presidente del Tribunal, profesor de Derecho Administrativo y ex Contralor General– en su Considerando 35, al tratar sobre el requerimiento de los preceptos que indica, señala que la *“inconstitucionalidad que surge nítidamente al considerar que las materias que están regulando no obedecen en cuanto a su contenido a lo que debe ser la Ley de Presupuestos, sin que sea impedimento para llegar a esta conclusión el hecho de que se haya querido dar normas sobre empleados a contrata que se pagan con cargo a ítem variables del Presupuesto ya que, aparte de que por esta vía se está alterando implícitamente el destino para la inversión de los ítemes referidos, todos ellos alteran el Estatuto Administrativo, que es una ley permanente que no tiene el carácter de financiera, con lo cual se incurre en infracción a los dos artículos constitucionales señalados en el requerimiento”*.

Del mismo modo, en el Considerando 36, de igual fallo, se anota que *“las normas para la designación de funcionarios del Estado en sentido amplio, o aun, en empresas en que aquel tenga participación, están absolutamente desvinculadas de la idea matriz del proyecto de Ley de Presupuestos, en tanto que en el Considerando 37 se expresa que “el establecimiento de determinados requisitos para proveer cargos públicos, la modificación explícita de un artículo del Estatuto Administrativo aprobado por el D.F.L. N° 338, de 1960, la creación de nuevas causales o medidas de eliminación de cargos públicos y la aplicación extensiva de algunos preceptos de aquel estatuto, por una parte, y suspensión de la aplicación de otras normas del mismo que se contemplan, respectivamente, en los artículos 34, 35, 36 y 37 del proyecto de Ley de Presupuestos, son todas materias de carácter estatutario, ... no tienen, claro está, relación directa con la idea matriz o*

fundamental del proyecto de ley en que figuran y, por lo tanto, adolecen también de inconstitucionalidad”.

Sobre el carácter especialísimo que reviste la ley de presupuestos –en relación con las leyes comunes– son dignas de destacar las consideraciones, en igual sentencia, del entonces Ministro del Tribunal, don Jacobo Schaulsohn, quien previno *que el proyecto de Presupuestos de la Nación no es en sentido técnico, ni sustancial, ni formalmente una ley y que solo puede tener tal nombre porque el artículo 44 de la Constitución así se lo asigna, si bien en su enmarcamiento, en todo caso, lo separa rotundamente de su propia normativa aplicable a las leyes propiamente tales. Esta opinión, fuera de las argumentaciones recogidas durante el acuerdo y vertidas especialmente en el considerando número 17, está sólidamente apoyada por la doctrina predominante; por la legislación comparada, por la historia constitucional chilena que condujo al texto actual del número 4° del artículo 44 recordado y a la dictación de las leyes complementarias del mismo, especialmente al Decreto con Fuerza de Ley N° 47 de 1959, orgánico del presupuesto, y por las reformas constitucionales convertidas a través de las leyes 7.727, de 23 de noviembre de 1943, y muy particularmente por la de la ley N° 17.284, de 23 de enero de 1970. Así, en lo que se refiere a la doctrina –cree– útil mencionar que autores como Gastón Jèze y Emmanuelle Morselli, entre otros, ven en el pronunciamiento del Congreso un simple acto aprobatorio del presupuesto, sin que este acto complementario sea ley. Se trata, según la doctrina, de la existencia de un derecho propio del Gobierno en esta materia, garantizado por estatutos y leyes e incluso, reconocido por los parlamentos. No se trata de un derecho de iniciativa, sino de una atribución reservada a su exclusiva competencia. Morselli agrega: “Basta recalcar que por lo general los parlamentos no tienen facultad de introducir modificaciones a los presupuestos preparados y presentados por los Gobiernos”. El acto de aprobación del Presupuesto –según el mismo autor– es un acto periódico, general y completo de función política inspectiva en materia financiera. (Citas tomadas de la “Teoría General del Presupuesto”, de Pedro Massone, Editorial Universitaria, 1959)”.*

En el caso concreto del fallo del Tribunal, que se comenta, atendido que el Vicepresidente de la República, en su informe al Tribunal, hizo expresa referencia a la jurisprudencia contenida en ese fallo, el hecho de que él no haya sido considerado ni por la sentencia, ni por las prevenciones, lleva a pensar que no se compartió por los integrantes del Tribunal, la tesis sustentada en aquel.

5. FALLO DE 19 DE ENERO DE 1972, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, RECAÍDO EN EL PRESUPUESTO PARA 1972

Es por lo expuesto que consideramos pertinente hacer un planteamiento y profundizar sobre esa tesis, no obstante compartir lo resuelto por el fallo, en cuanto acogió el requerimiento fundado en el artículo 69 de la Constitución.

En nuestro concepto, el fallo respectivo debió considerar también, como fundamento del rechazo, la improcedencia de utilizar la tramitación especialísima de la ley de presupuestos para establecer normas ajenas a la aprobación de los ingresos y gastos de la Nación para ese ejercicio presupuestario, tal como lo había hecho el Tribunal Constitucional el 19 de enero de 1972, en una jurisprudencia destacable, y, a nuestro juicio, plenamente aplicable.

6. OBSERVACIONES GENERALES EN RELACIÓN CON LAS LEYES DE PRESUPUESTOS

En estrecha relación con lo anterior cabe destacar la grave deformación y abuso del derecho que es posible observar en las leyes de presupuestos aprobadas en años recientes y que debiera corregirse por aplicación irrestricta de los principios de las ideas matrices de los proyectos de ley y de la proscripción de la incorporación en las leyes de presupuestos de materias que le son ajenas, o que requieren de la aprobación de una ley, tramitada regularmente.

El examen de los últimos presupuestos demuestra que en ellos se contienen los recursos y las normas que regirán la inversión de los mismos –incluyendo el régimen del personal– para la puesta en marcha de las más importantes políticas públicas que se pondrán en aplicación en el respectivo año presupuestario. Todo el sistema: definición de la política pública y manera de ejecutarla, la ha resuelto el Poder Ejecutivo, por sí solo, y al incluirla en un presupuesto determinado ha impedido, en el hecho, el debido examen y aprobación parlamentaria, que es propio e irremplazable en la tramitación de una ley regular.

Sobre este particular, los ejemplos –algunos muy recientes– ilustran este aserto, y permiten tomar conciencia de la grave situación que se genera con este proceder.

6.1. La situación del Transantiago

El Transantiago, que hasta la fecha ha costado millones de dólares a todos los chilenos, como es de público conocimiento, se puso en ejecución sin una ley que aprobara el proyecto.

Él pudo llevarse a la práctica, en febrero de 2007, sobre la base de la inclusión de los recursos y de glosas en sucesivas leyes de presupuestos. Tales recursos y glosas fueron incluidos, tanto en el presupuesto para el Ministerio de Transportes como en otros, por ejemplo, en el de Vivienda.

Es por eso que, luego de más de dos años de puesto en aplicación, recién ahora, se ha conocido el diseño inicial y solo ahora se estudia la aprobación de una ley que permita sanear la situación irregular en que se encuentra.

La puesta en marcha del Transantiago, sin ley, es absolutamente contraria a la Constitución porque se trata de una nueva función estatal y una política pública trascendente, que requiere de ingentes recursos públicos en inversión y gastos operativos. El establecimiento del nuevo sistema de transportes en la Región Metropolitana no es propio de la ley de presupuestos. Que duda puede haber. Además, en esencia, se ha creado un gasto permanente.

Para rechazar la proposición del Ejecutivo, en su oportunidad, tal vez, la sola aplicación de las ideas matrices, por sí solas, no habrían sido suficiente fundamento para impedir la aprobación de los recursos y de glosas para los correspondientes Ministerios. Sin embargo, la aplicación de la doctrina del fallo de 1972, del Tribunal Constitucional, sí le habría resultado plenamente aplicable pues según este *“no puede considerarse dentro de ella –la ley de presupuestos– cualquier clase de materia”*.

6.2. El aumento de funcionarios a contrata en la Administración

Los incrementos de los funcionarios a contrata en todos los Ministerios y servicios públicos, en números que doblan las correspondientes plantas, que ha sido cuestionado, e incluso admitido como excesivo por el Gobierno, han sido posibles, también, por la aprobación de normas en cada uno de los Ministerios y servicios que establecen que no serán aplicables, en ellos, las limitaciones del artículo 10 del Estatuto Administrativo que dispone que los empleados a contrata no podrán exceder el veinte por ciento del total de los cargos de planta.

Normas similares a esas fueron objetadas por el Tribunal Constitucional en el fallo de 1972, tantas veces citado, señalando que la ley de presupuestos no puede *“alterar el estatuto administrativo, que es una ley permanente que no tiene el carácter de financiera”*.

6.3. Tipificación de delito

Las normas de sucesivas leyes de presupuestos que otorgan la calidad de agentes públicos, a ciertos contratados a honorarios, por su trascendencia, también son dignas de análisis⁴.

En efecto, en diferentes leyes de presupuestos –incluyendo por cierto las de los años 2008 y 2009– se asigna *“la calidad de agentes públicos con la consecuente responsabilidad penal y administrativa y sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a su superior jerárquico”* a los *“encargados de los programas presupuestarios previstos en –esa– ley que se encuentran contratados a honorarios”*. Además, en glosas incluidas en diferentes partidas presupuestarias se dispone que a ciertas personas contratadas a honorarios la autoridad *“podrá”* atribuirles la calidad de agente público con la consecuente responsabilidad penal.

En cuanto a la responsabilidad penal que pudiere asistir a una persona, debe tenerse en cuenta que conforme con el principio *“nullum crimen nulla poena sino lege”*, para que una persona pueda ser castigada penalmente es preciso que la conducta que se le reprocha se encuentre establecida en una ley que expresa y explícitamente la describa. Así lo asegura el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental.

Debe recordarse, también, que las figuras punibles previstas en el Título V del Código Penal y otros, establecidos en relación con los empleados públicos, son delitos propios o especiales y la mencionada calidad de empleado público del agente es una característica del tipo penal, de aquellas que residen en el sujeto que actúa. Así lo expresa el reputado profesor Álvaro Bunster quien afirma *“La calidad de empleado público del agente es una característica del tipo, de aquellas que residen en el sujeto que actúa, solo él puede ser autor de los delitos que se describen”*. Luego agrega que ello hace que todos estos delitos sean *“delitos propios o especiales, puesto que para*

⁴ Cabe destacar que en el voto disidente del Ministro señor Fernández Baeza se hace expresa referencia a ellas, aun cuando no le merece reproche constitucional.

*integrarlos, el sujeto de la infracción no puede ser cualquier persona sino que un empleado público*⁵.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, debe destacarse que la calidad referida de agente público, con las consecuencias jurídicas de carácter penal que ella implica, en verdad constituye una determinación entregada al arbitrio de lo que resuelva la autoridad administrativa –existiendo glosas presupuestarias que así lo disponen explícitamente– pues esta siempre puede contratar a honorarios según las reglas generales del estatuto administrativo que no confieren al contratado la calidad de funcionario público para ningún efecto legal.

A la luz de lo expuesto, es posible afirmar que los preceptos comentados, que son ajenos a las ideas matrices de una ley de presupuestos, son cuestionables, además, por su aprobación con los trámites abreviados de esas leyes en circunstancias que ellos configuran delitos, en forma anual, materia constitucionalmente impropia de una ley penal.

¿Cómo podría establecerse por una figura penal –un delito– por una ley de presupuestos, de vigencia anual?

Pues bien, estas normas no corresponden a materias propias de las leyes de presupuestos, y el hecho de que sean reiteradas y/o similares a otras también incluidas en estas leyes, no tienen la virtud de convertirlas en constitucionales.

6.4. Programas “Mejoramiento de la Calidad de la Educación” o “Mece”, “Chile Crece Contigo” y otros similares

Característica de los presupuestos de estos últimos años es la coexistencia en ellos de dos tipos de presupuestos en cada una de las partidas.

El primero de ellos está constituido por la suma de ingresos y de gastos de cada Capítulo, contenidos en los “Programas 01”, y que corresponde al presupuesto del funcionamiento normal del órgano del Estado de que se trate. En el programa 01 se consideran los gastos en personal y en bienes y servicios de consumo necesarios para llegar a cabo las funciones que la ley orgánica del servicio les asigna.

⁵ Bunster Briceño, Alvaro. *“La malversación de caudales públicos, estudio de doctrina y jurisprudencia”*, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, p. 44.

El, o los, presupuestos paralelos corresponden a los programas 02 y siguientes. Ellos se establecen en diferentes Ministerios y Servicios y corresponde a funciones adicionales que desarrollará el órgano público.

En ellos se incluye una transferencia de recursos del Estado y mediante glosas presupuestarias se establece la manera de efectuar los gastos –en personal y bienes– y las inversiones que podrán realizarse.

El personal que se contrate, con cargo a los recursos contemplados en ellos, por regla general, no se regirá por las normas propias del Estatuto Administrativo, ni se considera en sus dotaciones. Ello, porque así se establece, por glosas, en los mismos programas.

El régimen jurídico aplicable para el manejo de estos recursos, también como regla general, no es el que rige a la Administración ni el aplicable tratándose de los programas 01.

De esta manera, por simples glosas presupuestarias, se establece toda una regulación jurídica, con normas de excepción a leyes de carácter general, y que es propia de una legislación formal.

La implementación de importantes políticas públicas ha tenido su origen en estos programas 02 y siguientes. Entre ellas, cabe destacar los Programas “Mece”, “Chile Crece Contigo” y similares.

En todos estos programas se invierten y gastan cuantiosos recursos de todos los chilenos. En ellos se asignan nuevas funciones a los organismos del Estado –materia propia de ley– o se excepciona de la aplicación de las normas propias y especiales que rigen a los funcionarios públicos y el manejo de los recursos estatales.

Podría argumentarse que esta situación presenta la ventaja de considerar estos gastos como no permanentes, permitiendo evaluarlos y ponerles término con mayor facilidad. Pero esta razón de conveniencia, que no convalida la constitucionalidad, no es atendible.

6.5. Coordinación General de Concesiones

Desde el año 1992 se encuentra establecida –de manera funcional– la organización interna de la coordinación de las concesiones, en el Ministerio de Obras Públicas.

No se ha dictado ninguna ley que establezca estas funciones. ¿Cómo han podido ellas llevarse a cabo? Ha sido posible mediante la inclusión de glosas y recursos en la ley de presupuestos de cada año.

Resulta innecesario resaltar la evidente improcedencia constitucional de tal situación.

En suma, los ejemplos son numerosos y comprometen cuantiosos recursos estatales.

III. CONCLUSIONES

7. Los casos reseñados en el número precedente, son demostrativos de que a través de las leyes de presupuestos, se han puesto en ejecución numerosos proyectos de trascendencia, con alta inversión de fondos públicos y que importan la implementación de importantes políticas públicas.

Todo ello sin la debida discusión legislativa.

La mera inclusión de recursos del Estado y de glosas en la ley de presupuestos no es el medio constitucionalmente admisible para otorgar nuevas funciones a los órganos públicos o para disponer normas de excepción a las reglas generales para los servidores públicos y el manejo de recursos públicos.

La necesidad de que los recursos de todos los chilenos se invierta en fines que sean propuestos por el Ejecutivo y estudiados por el Parlamento, con la acuciosidad, transparencia y participación de expertos y de la comunidad interesada, que son propios de los procesos legislativos, lleva a concluir que no se debe perseverar en el procedimiento de la mera inclusión en la ley de presupuestos de recursos y glosas que, en definitiva, permiten sustraer de la debida discusión parlamentaria la puesta en marcha de proyectos analizados solo por el Gobierno.

Recae en el Poder Ejecutivo la principal responsabilidad sobre esta materia pues a él corresponde la iniciativa exclusiva en la ley de presupuestos. Hasta la fecha, ha ido en aumento la creación de múltiples programas en los presupuestos con cientos de normas de excepción a las leyes generales vigentes, establecidas en simples glosas presupuestarias.

Por lo expuesto, a nuestro juicio, era pertinente y trascendente que al analizar el requerimiento planteado por los Diputados, que dio origen al fallo que comentamos, se abocaran los magistrados al análisis de la naturaleza y especialidad de la ley de presupuestos, como ya lo habían hecho sus antecesores, sentando una jurisprudencia digna de tener en consideración.

Así, pensamos que el Tribunal Constitucional, conocedor de la realidad de las leyes de presupuestos, debió, al menos, haber hecho, con ocasión de este requerimiento, una prevención similar a la que hizo en el fallo recaído en los autos rol 1024, en que hizo presente a los Poderes Colegisladores “*la inconveniencia de la mantención de situaciones constitucionalmente anómalas*”. El caso que conoció por el requerimiento y la realidad indesmentible, así lo ameritaban.

BIBLIOGRAFÍA

- BUNSTER BRICEÑO, Álvaro (1948), Memoria de Prueba “*La malversación de caudales públicos, estudio de doctrina y jurisprudencia*”. Universidad de Chile.
- CEA EGAÑA, José Luis (1992), “*Sobre el Principio de Legalidad Presupuestaria*”. Revista Chilena de Derecho Volumen 19 N° 1. Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile.
- CEA EGAÑA, José Luis (1999), “*El Sistema Constitucional de Chile, Síntesis Crítica*”. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile.
- COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1977), “*Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos*”. Editorial Jurídica de Chile.
- FREI MONTALVA, Eduardo (1970), “*La Reforma Constitucional de 1970*”. Editorial Jurídica de Chile.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; Fernández, Tomás-Ramón (2000), “*Curso de Derecho Administrativo*”, Tomo I. Editorial Civitas, España.
- PALLAVICINI MAGNÈRE, Julio (2008) “*Derecho Administrativo I*”. Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- PRECHT PIZARRO, Jorge (1988), “*Cuadernos de Análisis Jurídico N° 4*”. Universidad Diego Portales.
- SILVA CIMMA, Enrique (1968), “*Derecho Administrativo Chileno y Comparado*”. Tomo I. Editorial Jurídica.
- FALLOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
- REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA.
- ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE.