

*Índice*

27.11.90  
Reg. 49

M E M O R A N D U M



DE : JORGE PRECHT PIZARRO, ASESOR JURIDICO LEGISLATIVO DEL MINISTRO DEL INTERIOR

A : DON PEDRO CORREA, JEFE DE LA DIVISION JURIDICO-LEGISLATIVA DEL MINISTERIO SECRETARIA GENERAL DE LA PRESIDENCIA

REF.: INTERPRETACION DEL ARTICULO 82 N° 5 Y SU INCISO 11 (CONSTITUCION POLITICA).

Los decretos supremos están sometidos al trámite de toma de razón. Uno de los efectos de la toma de razón es la de presunción de legitimidad del acto administrativo (cfr. Madariaga, Mónica: "Derecho Administrativo y Seguridad Jurídica", Editorial Jurídica de Chile, 1964, p. 70), que Marienhoff, Miguel señala a su vez: "La toma de razón tiende a lograr la juridicidad plena de los Actos de la Administración Pública" (Marienhoff S. Miguel: "El control administrativo de legitimidad en Chile", Libro Homenaje a la CGR en sus 50 años de vida institucional, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1977).

Este efecto capital de la toma de razón ha sido expuesto en el dictamen N° 49.825 del año 1964: "la toma de razón de los decretos y resoluciones impone al respectivo acto una presunción de legitimidad, que permite que se le de cumplimiento en la práctica y que determina que él debe ser acatado por las autoridades o particulares a los cuales afecta."

Este efecto es una consecuencia de las facultades constitucionales de la Contraloría General de la República consignadas en el artículo 87 ("Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de legalidad de los actos de la Administración...") y en el artículo 88: "En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría..."

Como deja expresa constancia el documento de la Comisión Ortúzar: Proposiciones e Ideas Precisas, de 16 de Agosto de 1978 al hacerse entrega del anteproyecto de Nueva Constitución: "Hemos estimado conveniente darle jerarquía constitucional a la función de control de legalidad de los actos administrativos que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría. Esta es, sin duda, una de las atribuciones más importantes que está llamado a ejercer el Organismo Contralor, ya que tiene por objeto velar por que los actos de la autoridad se ajusten a la Constitución y a la ley."

Como se ve el examen de legalidad debe cubrir el de constitucionalidad.

¿Cómo interpretar, entonces, el artículo 82 N° 5 cuando dice que es atribución del Tribunal Constitucional: "Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando debe hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional?"

¿Considera el Constituyente un control de constitucionalidad de doble instancia con efectos "erga omnes" y por lo tanto del primer dictámen podría apelarse para ante el Tribunal Constitucional?

Estimo que debe descartarse tal interpretación pues atentaría contra la autonomía constitucional de la Contraloría General de la República.

Respecto del control de constitucionalidad de los decretos se plantean diversos casos, algunos explícitamente tratados y otros cubiertos de una manera genérica por la expresión "o dicte un decreto inconstitucional."

Están explícitamente tratados -dejando de lado los decretos con fuerza de ley por constituir actos de legislación delegada-.

- (a) El artículo 82 N°6: "Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88".
- (b) El artículo 82 N° 12: "Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60."

Están implícitamente tratados los siguientes casos posibles, cubiertos por el artículo 82 N° 5:

- (a) El Presidente de la República dicta un decreto y no lo somete a toma de razón, debiendo hacerlo, y lo notifica o publica.
- (b) El Presidente de la República dicta un decreto, la Contraloría toma razón de él y el Ejecutivo publica o notifica un texto diferente de aquel que fue tomado razón por la Contraloría.
- (c) El Presidente de la República dicta un decreto, la Contraloría lo representa por ser contrario a la Constitución; el Ejecutivo no se conforma al criterio del Contralor e insiste -no pudiendo hacerlo y/o lo publica o notifica, pese a la representación.
- (d) El Presidente debe por imperativo legal dictar un decreto. Lo dicta la Contraloría toma razón de él y finalmente el Presidente de la República no lo publica o notifica.

A mi juicio estos 4 casos están cubiertos por el artículo 82 N° 5.

El problema es si el caso en que el Presidente de la República dicta un decreto del cual la Contraloría toma razón y es publicado o notificado y se levanta una cuestión de constitucionalidad por parlamentarios, cae dentro de la competencia del Tribunal Constitucional.

Mi respuesta es negativa.

- (1°) Tal interpretación menoscaba la autonomía constitucional de la Contraloría General de la República, pues sus dictámenes serían revisables por el Tribunal Constitucional y convertirían al Contralor en un órgano subordinado.
- (2) Porque los conflictos que debe conocer el Tribunal son los de cotejo del texto del decreto publicado o notificado con el texto debido. Esto se apoya precisamente en el inciso 11 del artículo 82 que habla de que el requerimiento se presentará dentro de los treinta días siguientes "a la publicación o notificación del texto impugnado", pues coincide con similar tipo de problemas respecto de leyes: "reclamamos en caso que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda."
- (3°) Porque de ser aceptada la interpretación amplia se entraría seriamente la función de gobierno y administración del Estado, confiadas al Presidente de la República (artículo 24 y 32 especialmente), ya que siempre podría ser puesta en tela de juicio la constitucionalidad de su accionar por sólo 12 senadores ó 30 diputados.
- (4°) Porque tal no fue el sentido del constituyente ya que expresamente don Jaime Guzmán así lo consignó en Actas (sesión N° 359 del miércoles 26 de Abril de 1978).

"El señor Guzmán manifiesta que comprende que en esta materia se está tratando de tomar el mayor resguardo, pero no le parece lógico que si hay una instancia que es la Contraloría, llamada a calificar la legalidad de los decretos y reglamentos, se recurra al Tribunal Constitucional por estimar que la Contraloría se equivocó y no debió tomar razón de un decreto, ya que en la práctica será el Tribunal Constitucional el que se pronunciará sobre la legalidad o ilegalidad de los decretos."

"El señor Ortúzar (Presidente) señala que eso coincide con la disposición aprobada por la Comisión."

"El señor Guzmán sostiene que queda abierta la posibilidad del juicio de acusación constitucional si el Contralor incurre en notable abandono de sus deberes al cursar decretos inconstitucionales. Insiste en que recurrir al Tribunal Constitucional por cada decreto inutilizará la función de la Contraloría."

"El señor Ortúzar (Presidente) concuerda con el criterio del señor Guzmán y hace presente que ésa es la solución que se le dió a este problema cuando se trató de la preceptiva de la Contraloría, de manera que si se acogiera otra tesis habría que entrar a modificar ese precepto."

(5°) Porque entender de otra manera el precepto traería consigo una distorsión jibarizante de la acusación constitucional y juicio político, a la par que una elefantiasis constitucional del 82 N° 5, pues sería más fácil sembrar la duda de inconstitucionalidad del actuar del Ejecutivo, incluso atiborrando al Tribunal Constitucional de reclamos, que acusar al Presidente de la República, a los Ministros de Estado o al Contralor General conforme a los artículos 48 N° 2 (a), (b) y (c) 49 N° 1. Los juristas bien conocemos lo que ha sucedido con el recurso de casación en el fondo jibarizado por la elefantiasis del recurso de queja, lo sucedido con el recurso de protección distorsionado enteramente por la inexistencia de los tribunales contencioso-administrativos para no temer un decaimiento de la acusación constitucional y juicio político a manos de una interpretación extensiva de la última expresión del artículo 82, N°5.

(6°) Por los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de un decreto.

En el inciso 11 del artículo 82 no se entregan los efectos del fallo que acoge el reclamo de constitucionalidad contra un decreto. Sin embargo, en la segunda parte del inciso 2° del artículo 83 se dice: En los casos de los números 5° y 12 del artículo 82, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el sólo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo."

Nótese que esto no figuraba ni en el Proyecto de la Comisión, ni en el del Consejo de Estado y fué agregado por la Junta de Gobierno.

Pero ello se aclara en el artículo 48 de la Ley N° 17.997 inciso tercero: "La sentencia del Tribunal que, al acoger el reclamo, promulgue la ley, rectifique la promulgación incorrecta o declare la inconstitucionalidad de un decreto, se remitirá a la Contraloría General para el solo efecto de su registro. Cumplido dicho trámite, ésta ordenará de inmediato su publicación en el Diario Oficial, la que se efectuará dentro de los cinco días siguientes. Esta nueva publicación, en su caso, no afectará la vigencia de la parte no rectificadas por el fallo."

De entender que, como dice el artículo 83, el decreto queda sin efecto de pleno derecho, no se entiende aquello del artículo 48 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal



Constitucional, esto es: "Esta nueva publicación, en su caso, no afectará la vigencia de la parte no rectificada por el fallo" que aparece como un cuarto inciso que cubre al artículo entero, a menos que se aplique sólo a la promulgación incorrecta de la ley. Sin embargo, en ese caso, se estaría faltando a un principio jurídico básico: "Utile per inutile non vitiatur."

- (7°) Porque curiosamente sólo la Contraloría estaría sometida a ese control y no lo estarían otros órganos con autonomía constitucional. Por ejemplo, si un acuerdo del Banco Central fuera inconstitucional no estaría bajo la jurisdicción del Tribunal Constitucional, pero sí la Contraloría.

¿La autonomía de este "organismo autónomo" del artículo 97 es mayor que la de aquel otro organismo autónomo de nombre "Contraloría General de la República" del artículo 87?.

¿Y si existiera un acuerdo inconstitucional del Consejo de Seguridad Nacional?

- (8°) El Tribunal Constitucional no está autorizado en Chile para tratar de conflictos entre órganos constitucionales en general, salvo los conflictos que establezcan entre Legislativo y Ejecutivo en los casos del artículo 82 N° 2, 3, 5 y 12 y entre el Ejecutivo y la Contraloría General de la República en el 82 N° 3, 82 N° 4, 82 N° 5, 82 N° 6, pero ninguna norma lo autoriza a zanjar conflictos entre la Contraloría y el Legislativo, como se produce en el caso que se requiera al Tribunal acerca de la constitucionalidad de un decreto ya tomado razón, salvo el expreso caso contemplado en el artículo 82 N° 4, pues la convocatoria a plebiscito se ordena mediante Decreto Supremo que fijará la fecha de votación plebiscitaria, la que no podrá tener lugar antes de 30 días ni después de 60 contados desde la publicación de dicho decreto (artículo 119, inciso 1°). ¿Y por qué el constituyente lo establece como un caso separado, si no es sino una "especie" del género "decreto inconstitucional." Porque, a nuestro entender la expresión "decreto inconstitucional" del artículo 82 N° 5 es restringidísima.

En conclusión: El Tribunal Constitucional carece de competencia genérica para conocer de la constitucionalidad de los decretos supremos del Presidente de la República, ya tomados razón por la Contraloría General de la República, salvo cuando específicamente se le diere competencia (ejemplo: decreto promulgatorio de una ley; decreto de convocatoria a plebiscito, casos todos justificados por sus efectos erga omnes). En consecuencia no se le debe dar al artículo 82 N° 5 una interpretación aislada, literalística y genérica.

Lamentablemente, el artículo 18 de la Ley 17.997 dice: "En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia del Tribunal. Sólo éste, de oficio, podrá conocer y resolver su falta de jurisdicción o competencia."

El Mensaje con que el Presidente de la República envía al Parlamento la creación de un Tribunal Constitucional, en el año 1969, centra estos conflictos entre el Parlamento y el Ejecutivo y dice: "De los conflictos entre esos dos poderes del Estado, muchos son superados por acuerdos políticos, logrados dentro del libre juego de nuestras instituciones. Pero, el problema se presenta cuando esos acuerdos no se obtienen, porque nuestro sistema no prevé el medio para zanjar la disputa" (Cámara de Diputados, Acta de la Sesión N° 21, de 18 de marzo de 1969, página 2.200).

Es así como no se le da una atribución genérica a dicho Tribunal para zanjar conflictos entre poderes u órganos del Estado.

Tal conducta del Constituyente se mantiene bajo la Constitución de 1980, pero se amplía a los conflictos constitucionales entre el Presidente de la República y la Contraloría General de la República.

En efecto, en el N° 89 del Informe de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución con que se envía el anteproyecto al Presidente se circunscriben los conflictos sometidos a la jurisdicción del Tribunal, pues dice lo siguiente: "Además, debe resolver los conflictos constitucionales que surjan entre el Presidente de la República y el Congreso o entre aquél y la Contraloría General de la República, y declarar las inhabilidades que asisten a los Ministros de Estado, Diputados, Senadores, etc.

No se encuentra rastros de que corresponda al Tribunal dirimir los conflictos entre la Contraloría General de la República y el Congreso.

Y en ésto nuestro constituyente no introduce como en Italia o en la República Alemana una "cláusula definitiva de legitimación para actuar" aplicable a órganos constitucionales, que pudiera dar lugar a una interpretación extensiva jurisprudencial, ni permite tampoco como en el caso español que el legislador cree nuevos sujetos legitimados para actuar (además de los establecidos en la Ley Orgánica del T.C. Español artículo 59.3), sino que define en el texto mismo a los órganos legitimados y a los conflictos en que dichos órganos puedan legítimamente actuar, en un sentido absolutamente cerrado.

En consecuencia, de aceptarse la tesis jurídica de este informante ella debe ser levantada fuera de estrados, de manera que sea el Tribunal quien auto-se inhíba y ello a la brevedad posible.

Para ello -y con el objeto de que se examinen las graves consecuencias de un conflicto eventual entre la Contraloría y el Tribunal Constitucional y de evitar en el futuro una guerrilla de reclamos de constitucionalidad contra el Ejecutivo -este informante solicita a Ud. someta este estudio a otros juristas, informe al señor Ministro Boenninger y evalúe políticamente el aconsejar a su Excelencia el Presidente de la República el haber uso de la facultad de consulta al Senado, en conformidad al artículo 49 N° 10, en forma pública o reservada.



JORGE ENRIQUE PRECHT PIZARRO  
Asesor Jurídico-Legislativo  
Ministerio del Interior