



N 90/8806-7

Santiago, 3 de Diciembre de 1990.

1
2
3
4 CARLOS ANDRADE GEYWITZ, JOSE LUIS CEA EGAÑA, ENRIQUE EVANS DE LA CUADRA,
5 HUMBERTO NOGUEIRA ALCALA, JORGE PRECHT PIZARRO, GERMAN URZUA VALENZUELA,
6 MARIO VERDUGO MARINKOVIC, EMILIO PFEFFER URQUIAGA
7
8

9 todos profesores universitarios de Derecho Público, domiciliados para es-
10 te efecto en Santa Lucía N° 156, 5° Piso, concurren a este Tribunal con
11 el objeto de hacer presente diversas observaciones jurídicas, solicitando
12 en ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 19 N° 14
13 de la Constitución que sean ellas tenidas en consideración por Vuestra
14 Excelencia al examinar el reclamo de inconstitucionalidad presentado el
15 21 de Noviembre por 30 diputados, invocando el artículo 82 N° 5 de la Cons-
16 titución y el mismo artículo en su inciso 11, en contra del Decreto Supre-
17 mo N° 140 del 14 de Agosto de 1990, del Ministerio de Vivienda del cual la
18 Contraloría General de la República tomó razón el 9 de Octubre y que fue
19 publicado en el Diario Oficial del 22 de dicho mes.
20

21 1.- Los actos de la Administración, incluyendo los decretos supremos, es-
22 tán sometidos al control de legalidad que establecen los artículos
23 87 y 88 de la Constitución Política, examen confiado a un organismo
24 autónomo con el nombre de Contraloría General de la República. El
25 artículo 88 explicita dicho examen al decir: "En el ejercicio de la
26 función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón
27 de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben
28 tramitarse por la Contraloría...
29

30 2.- La toma de razón incluye, como es de toda lógica, un examen de cons-
titucionalidad. Ello fluye del hecho que el término "legalidad" es
aquí empleado en sentido amplio como sinónimo de juridicidad, cosa

que sucede igualmente cuando se habla del "principio de legalidad" en el lenguaje jurídico corriente. Tal fué también la intención clara del Constituyente, ya que el hacerse entrega del documento Proposiciones e Ideas Precisas que antecedió al anteproyecto de Nueva Constitución se dijo: "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". Ello ya lo había resaltado don Enrique Ortúzar en Actas (sesión 308, miércoles 27 de Julio de 1977): "Si la Comisión, como necesariamente tiene que hacerlo, va a consagrar el control de la legalidad y de la constitucionalidad con jerarquía constitucional -porque, hoy por hoy, es la función más trascendental de la Contraloría y más vinculada al Estado de Derecho que desean preservar..."

Por lo demás, el propio artículo 88 consagra la representación de un decreto o resolución por parte de la Contraloría General por "ser contrario a la Constitución".

3.- El efecto capital de la toma de razón es la presunción de legitimidad que ella otorga a los actos administrativos: "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" (dictámen N° 49.825 del año 1964). Tal ha sido la doctrina permanente de la Contraloría General de la República (dictámenes 16.604/60; 74.721/66; 7.091/67; 34.574/67; 2.886/69; 92.080/71; 26.121/86; 38.265/88.

Ahora bien, se trata de una presunción y por ello la jurisprudencia



1 administrativa también constante de la Contraloría determina que "si
2 con posterioridad a la tramitación al trámite de toma de razón se com
3 prueba que un decreto o resolución es ilegítimo o que descansa sobre
4 presupuestos irregulares, aquella circunstancia no le inhibirá para
5 hacer presente a la Administración Activa, su facultad y su obliga -
6 ción de invalidarlo, a fin de que se regularice al orden jurídico que
7 brantado por una medida contraria a derecho en virtud del principio
8 de legalidad de los actos administrativos".

9 "De ese modo, como la toma de razón de un decreto o resolución sólo
10 permite presumir que se ajusta a derecho, no podría conjeturarse que
11 tal trámite agota la potestad fiscalizadora de la máxima Entidad de
12 Control".

13 "A mayor abundamiento, debe recordarse que por regla general los ac-
14 tos de la autoridad una vez tramitados por este Organismo Contralor,
15 pueden ser objeto de revocación o de invalidación por parte de la mis
16 ma autoridad que los expidió".

17 "En el primer caso, se está en presencia de actos legítimos y legales,
18 empero se revocan por razones de conveniencia u oportunidad por ser
19 contrarios al interés público en general o, al de la entidad emisora
20 del acto y, la medida produce sus efectos sólo desde la vigencia del
21 acto revocatorio. Sin embargo, la figura de la revocación queda li-
22 mitada respecto de los actos administrativos cuyos efectos se encuen-
23 tran reglados por la ley, los que una vez perfeccionados, no pueden
24 ser dejados sin efecto discrecionalmente por la autoridad. Amén de
25 que la doctrina del Derecho Administrativo reconoce además, como ac-
26 tos irrevocables a los cumplidos o agotados en sus efectos (dictámen
27 N° 71415, de 1968)" (dictamen 017799 de 21 de Junio de 1990).

28 Revisadas las Actas de la Comisión de Estudios sobre la Nueva Consti-
29 tución nada autoriza a pensar que esta tradicional atribución de la
30 Contraloría y su práctica conocida hayan sido o pretendido ser altera

1 das por el Constituyente, sino por el contrario -como se ha probado-
2 han sido robustecidas y elevadas a rango constitucional, de una mane-
3 ra clara y explícita en los artículos 87 y 88.

4 4.- Examinado el artículo 82 de la Constitución Política del Estado no se
5 encuentra en él norma alguna que configure a su Excelencia el Tribuna
6 Constitucional en un Tribunal General de Conflictos entre los órganos
7 del Estado. Tal norma se encuentra, por ejemplo, en la Ley Orgánica
8 del Tribunal Constitucional Español: "El Tribunal Constitucional co
9 nocerá en los casos y en la forma que esta Ley determina: (d) De
10 los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado". (ar-
11 tículo 2°).

12 Tampoco se encuentra -como en Italia o en la República Alemana una
13 "cláusula definitoria de legitimación para actuar" aplicable a órganos
14 constitucionales que pudiera dar lugar a una interpretación extensiva
15 jurisprudencial que llevará a similar resultado.

16 En consecuencia, el Tribunal Constitucional tendrá -en virtud del ar-
17 tículo 7° de la Constitución- sólo la jurisdicción y competencia que
18 se le atribuya en el artículo 82 de la Constitución, pues no existe
19 para su Excelencia una cláusula como la contenida en el artículo 96
20 letra (e) que entrega al Consejo de Seguridad Nacional "el ejercer
21 las demás atribuciones que esta Constitución le encomienda" ni menos
22 una cláusula de habilitación a la ley para fijar tales jurisdicción
23 y competencia, como sucede, por ejemplo, en el artículo 87 que permi-
24 te a la ley orgánica constitucional de la Contraloría General de la
25 República encomendarle otras funciones, además de las fijadas en di-
26 cho inciso primero.

27 Vale también para su Excelencia el Tribunal Constitucional que "los
28 órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las
29 normas dictadas conforme a ella" (artículo 6° inciso primero) y el
30 que "Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden



atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes" (artículo 7° inciso segundo).

5.- Si se estudia el artículo 82 precitado se verá que, bajo ciertos supuestos explícitos, sólo determinados conflictos jurídico-constitucionales entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, como también entre el Ejecutivo y la Contraloría General de la República son de la competencia del Tribunal Constitucional.

Ello no sólo está patente en la intencionalidad del Constituyente, sino también en el texto mismo de la Constitución.

Está patente en la intencionalidad del Constituyente por cuanto en el N° 89 del Informe de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución con el que se envía el anteproyecto a S.E. el Presidente de la República se lee lo siguiente respecto al Tribunal Constitucional: "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 declara las inhabilidades que asisten a los Ministros de Estado, Diputados, Senadores, etc..."

Está consignado en el texto mismo, pues, son conflictos entre el Ejecutivo y el Legislativo el 82 N° 2; eventualmente el 82 N° 3; el 82 N° 5 y el 82 N° 12. Son conflictos entre la Contraloría General de la República y el Ejecutivo el artículo 82 N° 3; el artículo 82 N° 4; el 82 N° 5; el 82 N° 6 y eventualmente el 82 N° 2 y el 82 N° 12.

Además, su Excelencia posee como atribuciones propias el 82 N° 1; el 82 N° 7; el 82 N° 9; el 82 N° 10 y N° 11.

Existe, por lo demás, abundante constancia en Actas que el zanjar los conflictos jurídicos-constitucionales entre el Ejecutivo y la Contraloría es de competencia del Tribunal Constitucional. Al tratar de las atribuciones de la Contraloría General de la República, don Enrique

1 Ortúzar señala en la sesión 314 de miércoles 31 de Agosto: "Estima na
2 turalmente -y tiene que establecerse en la misma normativa constitucio
3 nal, aún cuando se haga en el capítulo correspondiente-, que sería
4 otra instancia, la del Tribunal Constitucional, probablemente con una
5 nueva conformación, la que deba resolver este diferendo entre Ejecuti
6 vo y Contraloría en los casos aquellos en que no pueda prevalecer ni
7 la voluntad del Ejecutivo ni la de la Contraloría, por referirse a ma
8 terias que pueden implicar una modificación de la Constitución Políti
9 ca del Estado; no sólo ya una infracción de ley, sino una infracción
10 de la Constitución o incluso de las garantías individuales". Tal te
11 sis es respaldada por el profesor Guzmán Dinator en la sesión 316, el
12 martes 20 de Septiembre y compartida por el señor Guzmán Errázuriz, pa
13 ra convertirse en el proyecto de la Mesa en la sesión 321 y finalmente
14 consignarse en el texto constitucional.

15 - El reclamo de inconstitucionalidad presentado el 21 de Noviembre por
16 30 honorables diputados se basa en la expresión final del artículo
17 82 N° 5 y el artículo 82 inciso 11. No se trata aquí de un decreto
18 supremo el cual la Contraloría hubiera representado, sino de uno que
19 fue sometido a la toma de razón y aprobado en su legalidad y consti
20 tucionalidad y respecto del cual ningún antecedente sobreviniente
21 ha permitido al órgano Contralor pedir su invalidación por el Ejecu
22 tivo.

23 No se trata tampoco de un conflicto entre el Ejecutivo y el Legisla
24 tivo por haber invadido el Presidente de la República el ámbito de
25 la reserva legal del artículo 60, pues no se invoca el artículo 82
26 N° 12, ni se trata de un decreto con fuerza de ley.

27 Se trata de un decreto supremo del Ejecutivo que una cuarta parte
28 de los miembros de la Cámara de Diputados estima ser inconstitucio
29 nal en su substancia, pero que la Contraloría General ha aprobado.
30 En consecuencia no existe conflicto entre el Ejecutivo y el Legisla



tivo, ni entre la Contraloría y el Ejecutivo, sino entre el parecer de la Contraloría General y el parecer de parte de dicha Cámara, esto es, entre un órgano de control jurídico y un órgano de naturaleza política por antonomasia.

Tal conflicto no figura en la competencia de su Excelencia.

6.- Se invoca por los reclamantes el artículo 82 N° 5 que señala que: "Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 5° Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República... dicte un decreto inconstitucional".

Parecería zanjado el asunto, pues se dice que ante el claro tenor literal, no le es lícito al intérprete invocar su espíritu.

Pero, ante todo, se trata de la interpretación de la Constitución misma, norma básica del Estado que no admite ser ella misma interpretada por normas de inferior jerarquía contenidas en el Código Civil o ser reducido el Tribunal Constitucional a un mero aplicador de la metodología de von Savigny.

Porque las normas que regulan la interpretación jurídica de la Constitución no son reglas puramente instrumentales, de segundo grado o independientes y neutrales respecto a los valores, principios y bases constitucionales, sino que, por el contrario son las mismas normas interpretativas recogidas en el Código Civil las que deben ser interpretadas a la luz de tales valores, principios y bases de la Norma Fundamental.

Por lo demás, sin entrar en este modesto escrito a un problema clásico en los fastos del Derecho Constitucional, bástenos exponer a su Excelencia lo que justamente recordaba en Actas el señor Ortúzar en Sesión 318, del miércoles 28 de Septiembre, al señalar que el propio Código Civil da una premisa a la prohibición de separarse del tenor literal de la norma e invocar su espíritu, esto es, "cuando el sentido de la ley es claro".

Y es eso precisamente lo que, en el caso, no sucede, como demostraremos a continuación y siguiendo la sabia hermenéutica del Tribunal, esto es, si nos atenemos no a una coda de un precepto aislado sino que vamos mirando la construcción constitucional en su conjunto, pues es necesario "dar a las normas constitucionales una interpretación razonable y no mecánica y aplicarlas con realismo a las distintas situaciones que se presentan" como proclamó al país su Excelencia en su recordada sentencia de 5 de Abril de 1988, considerando 18.

7.- En primer lugar, llama la atención el que si se interpretara en forma lata la expresión "dicte un decreto inconstitucional", estarían demás otros numerales del artículo 82, todos ellos meros casos de decretos contrarios a la Constitución: decreto con fuerza de ley (Nº 3); decreto convocatorio a un plebiscito (Nº 4); decreto promulgatorio de una ley (Nº 5); decreto supremo o resolución representada por la Contraloría (Nº 6 en correlación al artículo 88); decretos supremos dictados en virtud del artículo 32 Nº 8 que invaden la reserva legal del artículo 60 (Nº 12).

No parece entonces que el Constituyente diera en el Nº 5 del artículo 82 la regla general y en los numerales siguientes meros ejemplos de esta regla, pues ello significaría un descuido del Constituyente o una cerrazón de mente de los súbditos.

8.- No parece tampoco acorde con la sabiduría que debe atribuirse a tal Poder Originario si se pensase que por una parte se eleva a rango constitucional a la función de control jurídico de la toma de razón y se da autonomía constitucional a la Contraloría General y luego se somete sus dictámenes referidos a decretos supremos a la revisión del Tribunal Constitucional cuya sentencia es erga omnes y no como en el caso de los Tribunales de Justicia relativa a las partes y al caso.

Lo mismo sucedería en una interpretación literalística del artículo 82 Nº 5 con el Poder Ejecutivo, al cual se confía en el Presidente de la



República el gobierno y la administración del Estado (artículo 24) y se le dota de una potestad reglamentaria fortalecida (artículo 32 N°8) para luego ser puesta en tela de juicio la constitucionalidad de su accionar, pese a haber aprobado el examen preventivo de constitucionalidad y entabrar entonces seriamente su gestión, sembrando la duda acerca de su apego a la Constitución que juró o prometió guardar y hacer guardar, conforme al artículo 27 y en el acto inicial de su mandato.

9.- Piénsese, además, en la certeza jurídica de los actos del Ejecutivo que dictados, conforme a derecho, permanecen en una especie de limbo durante 30 días, siguientes a su publicación o notificación, esperando un eventual reclamo parlamentario. Ello repugna a la seguridad jurídica, valor que en el caso de la fecha cierta del plebiscito de 1988, tuvo a bien su Excelencia ensalzar en el considerando 34 del fallo precitado.

10.- Que el sentido de la norma del artículo 82 N° 5 no es claro en una interpretación literalística se acentúa cuando comprobamos que don Jaime Guzmán consigna en Actas lo que sigue (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 pronunciaría 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 abando-

no 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".

11.- Porque entender de manera literalística y extensiva el artículo 82 N° 5 traería consigo diferencias arbitrarias entre órganos constitucionales. Así, un acuerdo del Banco Central inconstitucional no estaría bajo la jurisdicción del Tribunal Constitucional y sí lo estaría otro órgano igualmente autónomo como la Contraloría General de la República. Algo similar sucedería con un acuerdo inconstitucional del Consejo de Seguridad Nacional.

12.- Interpretar textualmente el artículo 82 N° 5 y someter al Tribunal Constitucional todo decreto que una cuarta parte de la Cámara o del Senado entiendan como inconstitucional, distorsionaría también gravemente el quehacer del Tribunal y lo sometería a los vaivenes de la contingencia y de la lucha política, a la par que podría atiborrar de reclamos su funcionamiento.

13.- Que el sentido de la frase final no está claro en el artículo 82 N° 5 se muestra a su vez de los efectos que tendría la declaración de inconstitucionalidad de un decreto tomado razón por la Contraloría, pero inconstitucional.

La Junta de Gobierno corrigió una notoria omisión del anteproyecto de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, mantenido en el texto del anteproyecto del Consejo de Estado.

Lo hizo en el artículo 83 al agregar: "En los casos de los números 5 y 12 del artículo 82, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto



1 de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que
2 acoja el reclamo".

3 Ahora bien, ello se aclara en el artículo 48 de la Ley N° 17.997, in-
4 ciso tercero: "La sentencia del Tribunal que, al acoger el reclamo,
5 promulgue la ley, rectifique la promulgación incorrecta o declare la
6 inconstitucionalidad de un decreto, se remitirá a la Contraloría Gene-
7 ral para el solo efecto de su registro. Cumplido dicho trámite, ésta
8 ordenará de inmediato su publicación en el Diario Oficial, la que se
9 efectuará dentro de los cinco días siguientes. Esta nueva publica-
10 ción, en su caso, no afectará la vigencia de la parte no rectificada
por el fallo".

12 De entender que, como dice el artículo 83, el decreto declarado in-
13 constitucional queda sin efecto de pleno derecho, no se
14 comprende lo que dispone el artículo 48 de la Ley Orgáni-
15 ca Constitucional del Tribunal Constitucional, esto es, el
16 cuarto inciso de dicho artículo: "Esta nueva publicación,
17 en su caso, no afectará la vigencia de la parte no recti-
18 ficada por el fallo."

19 Porque: ¿a qué rectificar lo que ha quedado sin efecto de
20 pleno derecho?.

21 14. Este conjunto de razonamientos es suficiente, a nuestro
22 juicio, para demostrar que el sentido del artículo 8° N°5,
23 en su expresión final: "o dicte un decreto inconstitucio-
24 nal" dista de ser claro y que una interpretación extensi-
25 va de él presenta serios y ponderados problemas jurídicos.
26 Preciso es, entonces interpretar y lo hará el Tribunal -
27 Constitucional.

28 15. La dictación de un decreto es un proceso complejo, una
29 constelación de actos administrativos que se concatenan y
30 que van desde el emitir una orden escrita que deberá fir-

1 marse por el Ministro respectivo hasta su publicación y
2 notificación, pasando por la fase de toma de razón que
3 no es un mero trámite, sino como acertadamente lo ha di-
4 cho uno de nuestros colegas, constituye una etapa de per-
5 feccionamiento del acto administrativo en Chile.

6 No todo este proceso está hoy reglado en la ley, ausente
7 de nuestro ordenamiento la Ley de bases de los procedi-
8 mientos administrativos de que habla el artículo 60 N°18
9 de la Constitución y es por ello que la jurisprudencia
10 del órgano Contralor ha sido aquí de gran utilidad al bien
11 común.

12 16.- A nuestro entender el artículo 82 N°5 se refiere no a lo
13 substantivo del decreto dictado, sino al proceso de dic-
14 tación mismo. En efecto, cuando al "dictar" un decreto
15 se viole la Constitución es invocable el dicho artículo,
16 no cuando el producto de una dictación formalmente acor-
17 de a la Constitución sea en su contenido inconstitucio-
18 nal, pues salvo los casos expresamente previstos en el
19 art. 82, en los demás, la toma de razón es definitiva.

20 17.- Así entendido, se comprende el porqué esta expresión fi-
21 nal ha sido colocada junto a casos similares formales que
22 afectan a la ley: "reclamo porque el Presidente de la
23 República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, pro-
24 mulgue un texto diverso del que constitucionalmente co-
25 rresponde" y cubre por ende casos como los siguientes:

- 26 a) El Presidente de la República dicta un decreto y no lo
27 somete a toma de razón, debiendo hacerlo, y lo notifi-
28 ca o publica.
- 29 b) El Presidente dicta un decreto, la Contraloría toma ra-
30 zón de él y el Ejecutivo publica o notifica un texto
31



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 y el Presidente no recurre al Tribunal Constitucional y lo publica o notifica.

d) El Presidente de la República dicta un decreto de gastos que excede el límite señalado en la Constitución y lo publica, pese a que la Contraloría no le ha dado curso conforme al artículo 88.

Así interpretado, lejos entonces de debilitar la toma de razón de la Contraloría o sus funciones propias el artículo 82 N°5 la fortalece y busca su pleno respeto. Así entendida la expresión "o dicte un decreto inconstitucional" es iluminada por el resto del artículo 82 N°5, guardando entre todas sus partes la debida correspondencia y armonía y respetando el equilibrio de las competencias propias de cada órgano constitucional.

18.- ¿Cuándo se puede recurrir a la alta instancia del Tribunal Constitucional, pese a haber mediado la toma de razón?

Sólo y únicamente cuando lo señala el artículo 82 expresamente, pues constituyen una excepción al respeto al control preventivo de legalidad aprobado en la Contraloría -no control provisorio como pretenden algunos. Son estos casos especiales los siguientes:

- 82 N°3 cuestión de constitucionalidad de decretos con fuerza de ley.
- 82 N°4 cuestión de constitucionalidad de decreto convocatorio al plebiscito.

1 - 82 N°5 cuestión de constitucionalidad de decreto promul
2 gatorio de ley.

3 - 82 N°12 decretos reglamentarios que se han referido a
4 materias reservadas a la ley.

5 Todos estos casos, con excepción del llamado al ejercicio
6 de la soberanía a través de plebiscitos, que se justifica
7 precisamente por la importancia misma del caso y que se
8 vincula al artículo 5° inciso primero, son situaciones de
9 conflicto entre el Ejecutivo y el Legislativo que deben
10 ser zanjadas por el Tribunal Constitucional, pese a haber
11 mediado la toma de razón.

12 19.- Así se entiende también entonces que el Constituyente ha-
13 ya reforzado a la Contraloría hasta el punto de no permiti-
14 tir que primara la voluntad del Ejecutivo frente a una re-
15 presentación por inconstitucionalidad de un decreto, por-
16 que en tal caso el Presidente no tiene la facultad de in-
17 sistir y en caso de no conformarse con la representación
18 de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al Tri-
19 bunal Constitucional, dentro del plazo de diez días, a
20 fin de que este resuelva la controversia (artículo 88).
21 Esta muestra de la alta estima en que el Constituyente
22 tiene a la toma de razón (artículo 82 N°6) es en extremo
23 notable.

24 Tan alta estima chocaría con una interpretación que con-
25 virtiera a la Contraloría en un mero órgano de fiscaliza-
26 ción interna, en un asesor jurídico y un contable del Eje-
27 cutivo, al transformar al examen de legalidad en un jui-
28 cio siempre provisorio susceptible de ser reclamado por
29 inconstitucionalidad, en un plazo de 30 días.

30 20.- Debe asimismo medirse el impacto que una interpretación



extensiva del artículo 82 N°5 tendría en el mecanismo de acusación constitucional y juicio político. Será, muy a menudo, más fácil sembrar la duda sobre la inconstitucionalidad del actuar del Presidente de la República o sus Ministros, o sobre el propio proceder del Contralor y emplear el reclamo al Tribunal Constitucional como un arma política que acusar derechamente a tales Magistrados conforme a los artículos 48 N°2 letra (a), (b) y (c) y 49 N°1 en abierto juicio político.

EN CONSECUENCIA Y HABIDA CONSIDERACION que la separación de poderes ha sido, desde los albores de la República, un principio constitucional capital del ordenamiento jurídico chileno y que tal separación sería puesta en serio peligro por una interpretación extensiva del artículo 82 N°5, en su expresión final "o dicte un decreto inconstitucional";

- que la Carta Fundamental ha previsto expresamente en su texto un sistema de resolución de conflictos inter-órganos, sistema que no prevee expresamente el conflicto entre el Parlamento y la Contraloría General de la República en torno a la constitucionalidad de un decreto;

- que aceptar la tesis de los reclamantes en orden a que ya tomado razón de un decreto, podría ocurrirse al Tribunal Constitucional para que vuestra Excelencia se pronuncie sobre la constitucionalidad ya aprobada del mismo, sería abrir un conflicto entre dos Organos de Control, con jurisdicción y competencia expresamente establecida, conflicto que no es dable atribuir al Constituyente el querer que se produjera;

- que la Constitución debe interpretarse siempre de buena fe y aplicarse como tal, privilegiando las conclusiones

que lleven más directamente al bien común sobre aquellas con -
clusiones que entraben, minimicen o entrelacen conflictivamen -
te competencias de órganos constitucionales.

POR TANTO A V.E. RESPETUOSAMENTE PEDIMOS

Se sirva dar a la expresión "o dicte un decreto inconstitucio -
nal" una interpretación restrictiva, con un ámbito temporal
de validez siempre anterior a la toma de razón aprobatoria del
mismo por la Contraloría General de la República y proceda en
consecuencia al examinar los casos de otros decretos cuya cons -
titucionalidad se discuta, al considerar hacer uso de la fa -
cultad prevista para el Tribunal en el artículo 18 de su Ley
Orgánica Constitucional.

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30

~~Handwritten signature~~
~~Handwritten signature~~
~~Handwritten signature~~

H. C. Rodríguez

Director Presidente

Handwritten signature

Handwritten signature

Handwritten signature



Santiago, 3 de Diciembre de 1990.

1
2
3
4 CARLOS ANDRADE GEYWITZ, JOSE LUIS CEA EGAÑA, ENRIQUE EVANS DE LA CUADRA,
5 HUMBERTO NOGUEIRA ALCALA, JORGE PRECHT PIZARRO, GERMAN URZUA VALENZUELA,
6 MARIO VERDUGO MARINKOVIC, EMILIO PFEFFER URQUIAGA

7
8
9 todos profesores universitarios de Derecho Público, domiciliados para es-
10 te efecto en Santa Lucía N° 156, 5° Piso, concurren a este Tribunal con
11 el objeto de hacer presente diversas observaciones jurídicas, solicitando
12 en ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 19 N° 14
13 de la Constitución que sean ellas tenidas en consideración por Vuestra
14 Excelencia al examinar el reclamo de inconstitucionalidad presentado el
15 21 de Noviembre por 30 diputados, invocando el artículo 82 N° 5 de la Cons-
16 titución y el mismo artículo en su inciso 11, en contra del Decreto Supre-
17 mo N° 140 del 14 de Agosto de 1990, del Ministerio de Vivienda del cual la
18 Contraloría General de la República tomó razón el 9 de Octubre y que fue
19 publicado en el Diario Oficial del 22 de dicho mes.

20 1.- Los actos de la Administración, incluyendo los decretos supremos, es-
21 tán sometidos al control de legalidad que establecen los artículos
22 87 y 88 de la Constitución Política, examen confiado a un organismo
23 autónomo con el nombre de Contraloría General de la República. El
24 artículo 88 explicita dicho examen al decir: "En el ejercicio de la
25 función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón
26 de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben
27 tramitarse por la Contraloría...

28 2.- La toma de razón incluye, como es de toda lógica, un examen de cons-
29 titucionalidad. Ello fluye del hecho que el término "legalidad" es
30 aquí empleado en sentido amplio como sinónimo de juridicidad, cosa

que sucede igualmente cuando se habla del "principio de legalidad" en el lenguaje jurídico corriente. Tal fué también la intención clara del Constituyente, ya que el hacerse entrega del documento Proposiciones e Ideas Precisas que antecedió al anteproyecto de Nueva Constitución se dijo: "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". Ello ya lo había resaltado don Enrique Ortúzar en Actas (sesión 308, miércoles 27 de Julio de 1977): "Si la Comisión, como necesariamente tiene que hacerlo, va a consagrar el control de la legalidad y de la constitucionalidad con jerarquía constitucional -porque, hoy por hoy, es la función más trascendental de la Contraloría y más vinculada al Estado de Derecho que desean preservar..."

Por lo demás, el propio artículo 88 consagra la representación de un decreto o resolución por parte de la Contraloría General por "ser contrario a la Constitución".

3.- El efecto capital de la toma de razón es la presunción de legitimidad que ella otorga a los actos administrativos: "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" (dictámen N° 49.825 del año 1964). Tal ha sido la doctrina permanente de la Contraloría General de la República (dictámenes 16.604/60; 74.721/66; 7.091/67; 34.574/67; 2.886/69; 92.080/71; 26.121/86; 38.265/88).

Ahora bien, se trata de una presunción y por ello la jurisprudencia



1 administrativa también constante de la Contraloría determina que "si
2 con posterioridad a la tramitación al trámite de toma de razón se com
3 prueba que un decreto o resolución es ilegítimo o que descansa sobre
4 presupuestos irregulares, aquella circunstancia no le inhibirá para
5 hacer presente a la Administración Activa, su facultad y su obliga -
6 ción de invalidarlo, a fin de que se regularice al orden jurídico que
7 brantado por una medida contraria a derecho en virtud del principio
8 de legalidad de los actos administrativos".

9 "De ese modo, como la toma de razón de un decreto o resolución sólo
10 permite presumir que se ajusta a derecho, no podría conjeturarse que
11 tal trámite agota la potestad fiscalizadora de la máxima Entidad de
12 Control".

13 "A mayor abundamiento, debe recordarse que por regla general los ac -
14 tos de la autoridad una vez tramitados por este Organismo Contralor,
15 pueden ser objeto de revocación o de invalidación por parte de la mis
16 ma autoridad que los expidió".

17 "En el primer caso, se está en presencia de actos legítimos y legales,
18 empero se revocan por razones de conveniencia u oportunidad por ser
19 contrarios al interés público en general o, al de la entidad emisora
20 del acto y, la medida produce sus efectos sólo desde la vigencia del
21 acto revocatorio. Sin embargo, la figura de la revocación queda li -
22 mitada respecto de los actos administrativos cuyos efectos se encuen
23 tran reglados por la ley, los que una vez perfeccionados, no pueden
24 ser dejados sin efecto discrecionalmente por la autoridad. Amén de
25 que la doctrina del Derecho Administrativo reconoce además, como ac -
26 tos irrevocables a los cumplidos o agotados en sus efectos (dictámen
27 N° 71415, de 1968)" (dictamen 017799 de 21 de Junio de 1990).

28 Revisadas las Actas de la Comisión de Estudios sobre la Nueva Consti -
29 tución nada autoriza a pensar que esta tradicional atribución de la
30 Contraloría y su práctica conocida hayan sido o pretendido ser altera

1 das por el Constituyente, sino por el contrario -como se ha probado-
2 han sido robustecidas y elevadas a rango constitucional, de una mane-
3 ra clara y explícita en los artículos 87 y 88.

4 4.- Examinado el artículo 82 de la Constitución Política del Estado no se
5 encuentra en él norma alguna que configure a su Excelencia el Tribunal
6 Constitucional en un Tribunal General de Conflictos entre los órganos
7 del Estado. Tal norma se encuentra, por ejemplo, en la Ley Orgánica
8 del Tribunal Constitucional Español: "El Tribunal Constitucional co-
9 nocerá en los casos y en la forma que esta Ley determina: (d) De
10 los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado". (ar-
11 tículo 2°).

12 Tampoco se encuentra -como en Italia o en la República Alemana una
13 "cláusula definitiva de legitimación para actuar" aplicable a órganos
14 constitucionales que pudiera dar lugar a una interpretación extensiva
15 jurisprudencial que llevará a similar resultado.

16 En consecuencia, el Tribunal Constitucional tendrá -en virtud del ar-
17 tículo 7° de la Constitución- sólo la jurisdicción y competencia que
18 se le atribuya en el artículo 82 de la Constitución, pues no existe
19 para su Excelencia una cláusula como la contenida en el artículo 96
20 letra (e) que entrega al Consejo de Seguridad Nacional "el ejercer
21 las demás atribuciones que esta Constitución le encomienda" ni menos
22 una cláusula de habilitación a la ley para fijar tales jurisdicción
23 y competencia, como sucede, por ejemplo, en el artículo 87 que permi-
24 te a la ley orgánica constitucional de la Contraloría General de la
25 República encomendarle otras funciones, además de las fijadas en di-
26 cho inciso primero.

27 Vale también para su Excelencia el Tribunal Constitucional que "los
28 órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las
29 normas dictadas conforme a ella" (artículo 6° inciso primero) y el
30 que "Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden



atribuírse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes" (artículo 7° inciso segundo).

5.- Si se estudia el artículo 82 precitado se verá que, bajo ciertos supuestos explícitos, sólo determinados conflictos jurídico-constitucionales entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, como también entre el Ejecutivo y la Contraloría General de la República son de la competencia del Tribunal Constitucional.

Ello no sólo está patente en la intencionalidad del Constituyente, sino también en el texto mismo de la Constitución.

Está patente en la intencionalidad del Constituyente por cuanto en el N° 89 del Informe de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución con el que se envía el anteproyecto a S.E. el Presidente de la República se lee lo siguiente respecto al Tribunal Constitucional: "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 declara las inhabilidades que asisten a los Ministros de Estado, Diputados, Senadores, etc..."

Está consignado en el texto mismo, pues, son conflictos entre el Ejecutivo y el Legislativo el 82 N° 2; eventualmente el 82 N° 3; el 82 N° 5 y el 82 N° 12. Son conflictos entre la Contraloría General de la República y el Ejecutivo el artículo 82 N° 3; el artículo 82 N° 4; el 82 N° 5; el 82 N° 6 y eventualmente el 82 N° 2 y el 82 N° 12.

Además, su Excelencia posee como atribuciones propias el 82 N° 1; el 82 N° 7; el 82 N° 9; el 82 N° 10 y N° 11.

Existe, por lo demás, abundante constancia en Actas que el zanjar los conflictos jurídicos-constitucionales entre el Ejecutivo y la Contraloría es de competencia del Tribunal Constitucional. Al tratar de las atribuciones de la Contraloría General de la República, don Enrique

1 Ortúzar señala en la sesión 314 de miércoles 31 de Agosto: "Estima na
2 turalmente -y tiene que establecerse en la misma normativa constitucio
3 nal, aún cuando se haga en el capítulo correspondiente-, que sería
4 otra instancia, la del Tribunal Constitucional, probablemente con una
5 nueva conformación, la que deba resolver este diferendo entre Ejecuti
6 vo y Contraloría en los casos aquellos en que no pueda prevalecer ni
7 la voluntad del Ejecutivo ni la de la Contraloría, por referirse a ma
8 terias que pueden implicar una modificación de la Constitución Políti
9 ca del Estado; no sólo ya una infracción de ley, sino una infracción
10 de la Constitución o incluso de las garantías individuales". Tal te
11 sis es respaldada por el profesor Guzmán Dinator en la sesión 316, el
12 martes 20 de Septiembre y compartida por el señor Guzmán Errázuriz, pa
13 ra convertirse en el proyecto de la Mesa en la sesión 321 y finalmente
14 consignarse en el texto constitucional.

15 - El reclamo de inconstitucionalidad presentado el 21 de Noviembre por
16 30 honorables diputados se basa en la expresión final del artículo
17 82 N° 5 y el artículo 82 inciso 11. No se trata aquí de un decreto
18 supremo el cual la Contraloría hubiera representado, sino de uno que
19 fue sometido a la toma de razón y aprobado en su legalidad y consti
20 tucionalidad y respecto del cual ningún antecedente sobreviniente
21 ha permitido al órgano Contralor pedir su invalidación por el Ejecu
22 tivo.

23 No se trata tampoco de un conflicto entre el Ejecutivo y el Legisla
24 tivo por haber invadido el Presidente de la República el ámbito de
25 la reserva legal del artículo 60, pues no se invoca el artículo 82
26 N° 12, ni se trata de un decreto con fuerza de ley.

27 Se trata de un decreto supremo del Ejecutivo que una cuarta parte
28 de los miembros de la Cámara de Diputados estima ser inconstitucio
29 nal en su substancia, pero que la Contraloría General ha aprobado.

30 En consecuencia no existe conflicto entre el Ejecutivo y el Legisla



1 tivo, ni entre la Contraloría y el Ejecutivo, sino entre el pare
2 cer de la Contraloría General y el parecer de parte de dicha Cáma-
3 ra, esto es, entre un órgano de control jurídico y un órgano de na
4 turaleza política por antonomasia.

5 Tal conflicto no figura en la competencia de su Excelencia.

6 6.- Se invoca por los reclamantes el artículo 82 N° 5 que señala que: "Son
7 atribuciones del Tribunal Constitucional: 5° Resolver los reclamos en
8 caso de que el Presidente de la República... dicte un decreto inconsti
9 tucional".

10 Parecería zanjado el asunto, pues se dice que ante el claro tenor lite
11 ral, no le es lícito al intérprete invocar su espíritu.

12 Pero, ante todo, se trata de la interpretación de la Constitución mis
13 ma, norma básica del Estado que no admite ser ella misma interpretada
14 por normas de inferior jerarquía contenidas en el Código Civil o ser
15 reducido el Tribunal Constitucional a un mero aplicador de la metodolo
16 gía de von Savigny.

17 Porque las normas que regulan la interpretación jurídica de la Consti-
18 tución no son reglas puramente instrumentales, de segundo grado o in-
19 dependientes y neutrales respecto a los valores, principios y bases
20 constitucionales, sino que, por el contrario son las mismas normas in
21 terpretativas recogidas en el Código Civil las que deben ser interpre
22 tadas a la luz de tales valores, principios y bases de la Norma Funda-
23 mental.

24 Por lo demás, sin entrar en este modesto escrito a un problema clási-
25 co en los fastos del Derecho Constitucional, bástenos exponer a su
26 Excelencia lo que justamente recordaba en Actas el señor Ortúzar en
27 Sesión 318, del miércoles 28 de Septiembre, al señalar que el propio
28 Código Civil da una premisa a la prohibición de separarse del tenor lí
29 teral de la norma e invocar su espíritu, esto es, "cuando el sentido
30 de la ley es claro".

1 Y es eso precisamente lo que, en el caso, no sucede, como demostrare-
2 mos a continuación y siguiendo la sabia hermenéutica del Tribunal, es
3 to es, si nos atenemos no a una coda de un precepto aislado sino que
4 vamos mirando la construcción constitucional en su conjunto, pues es
5 necesario "dar a las normas constitucionales una interpretación razona-
6 ble y no mecánica y aplicarlas con realismo a las distintas situacio-
7 nes que se presentan" como proclamó al país su Excelencia en su recor-
8 dada sentencia de 5 de Abril de 1988, considerando 18.

9 7.- En primer lugar, llama la atención el que si se interpretara en forma
10 lata la expresión "dicte un decreto inconstitucional", estarían demás
11 otros numerales del artículo 82, todos ellos meros casos de decretos
12 contrarios a la Constitución: decreto con fuerza de ley (Nº 3); decre-
13 to convocatorio a un plebiscito (Nº 4); decreto promulgatorio de una
14 ley (Nº 5); decreto supremo o resolución representada por la Contralo-
15 ría (Nº 6 en correlación al artículo 88); decretos supremos dictados
16 en virtud del artículo 32 Nº 8 que invaden la reserva legal del artícu-
17 lo 60 (Nº 12).

18 No parece entonces que el Constituyente diera en el Nº 5 del artículo
19 82 la regla general y en los numerales siguientes meros ejemplos de es-
20 ta regla, pues ello significaría un descuido del Constituyente o una
21 cerrazón de mente de los súbditos.

22 8.- No parece tampoco acorde con la sabiduría que debe atribuirse a tal Po-
23 der Originario si se pensase que por una parte se eleva a rango consti-
24 tucional a la función de control jurídico de la toma de razón y se da
25 autonomía constitucional a la Contraloría General y luego se somete sus
26 dictámenes referidos a decretos supremos a la revisión del Tribunal
27 Constitucional cuya sentencia es erga omnes y no como en el caso de
28 los Tribunales de Justicia relativa a las partes y al caso.
29 Lo mismo sucedería en una interpretación literalística del artículo 82
30 Nº 5 con el Poder Ejecutivo, al cual se confía en el Presidente de la



1 República el gobierno y la administración del Estado (artículo 24) y
2 se le dota de una potestad reglamentaria fortalecida (artículo 32 N°8)
3 para luego ser puesta en tela de juicio la constitucionalidad de su
4 accionar, pese a haber aprobado el examen preventivo de constituciona
5 lidad y entabrar entonces seriamente su gestión, sembrando la duda acer
6 ca de su apego a la Constitución que juró o prometió guardar y hacer
7 guardar, conforme al artículo 27 y en el acto inicial de su mandato.

8 9.- Piénsese, además, en la certeza jurídica de los actos del Ejecutivo
9 que dictados, conforme a derecho, permanecen en una especie de limbo
10 durante 30 días, siguientes a su publicación o notificación, esperando
11 un eventual reclamo parlamentario. Ello repugna a la seguridad jurídi
12 ca, valor que en el caso de la fecha cierta del plebiscito de 1988, tu
13 vo a bien su Excelencia ensalzar en el considerando 34 del fallo preci
14 tado.

15 10.- Que el sentido de la norma del artículo 82 N° 5 no es claro en una in
16 terpretación literalística se acentúa cuando comprobamos que don Jaime
17 Guzmán consigna en Actas lo que sigue (sesión N° 359 del miércoles 26
18 de Abril de 1978):

19 "El señor Guzmán manifiesta que comprende que en esta materia se está
20 tratando de tomar el mayor resguardo, pero no le parece lógico que si
21 hay una instancia que es la Contraloría, llamada a calificar la lega
22 lidad de los decretos y reglamentos, se recurra al Tribunal Constitu
23 cional por estimar que la Contraloría se equivocó y no debió tomar ra
24 zón de un decreto, ya que en la práctica será el Tribunal Constitucio
25 nal el que se pronunciaría sobre la legalidad o ilegalidad de los de
26 cretos".

27 "El señor Ortúzar (Presidente) señala que eso coincide con la disposi
28 ción aprobada por la Comisión".

29 "El señor Guzmán sostiene que queda abierta la posibilidad del juicio
30 de acusación constitucional si el Contralor incurre en notable abando-

no 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".

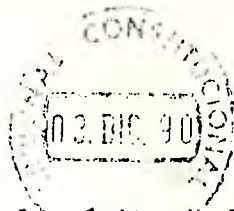
11.- Porque entender de manera literalística y extensiva el artículo 82 N° 5 traería consigo diferencias arbitrarias entre órganos constitucionales. Así, un acuerdo del Banco Central inconstitucional no estaría bajo la jurisdicción del Tribunal Constitucional y sí lo estaría otro órgano igualmente autónomo como la Contraloría General de la República. Algo similar sucedería con un acuerdo inconstitucional del Consejo de Seguridad Nacional.

12.- Interpretar textualmente el artículo 82 N° 5 y someter al Tribunal Constitucional todo decreto que una cuarta parte de la Cámara o del Senado entiendan como inconstitucional, distorsionaría también gravemente el quehacer del Tribunal y lo sometería a los vaivenes de la contingencia y de la lucha política, a la par que podría atiborrar de reclamos su funcionamiento.

13.- Que el sentido de la frase final no está claro en el artículo 82 N° 5 se muestra a su vez de los efectos que tendría la declaración de inconstitucionalidad de un decreto tomado razón por la Contraloría, pero inconstitucional.

La Junta de Gobierno corrigió una notoria omisión del anteproyecto de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, mantenido en el texto del anteproyecto del Consejo de Estado.

Lo hizo en el artículo 83 al agregar: "En los casos de los números 5 y 12 del artículo 82, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto



1 de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que
2 acoja el reclamo".

3 Ahora bien, ello se aclara en el artículo 48 de la Ley N° 17.997, in-
4 ciso tercero: "La sentencia del Tribunal que, al acoger el reclamo,
5 promulgue la ley, rectifique la promulgación incorrecta o declare la
6 inconstitucionalidad de un decreto, se remitirá a la Contraloría Gene-
7 ral para el solo efecto de su registro. Cumplido dicho trámite, ésta
8 ordenará de inmediato su publicación en el Diario Oficial, la que se
9 efectuará dentro de los cinco días siguientes. Esta nueva publica-
10 ción, en su caso, no afectará la vigencia de la parte no rectificada
por el fallo".

12 De entender que, como dice el artículo 83, el decreto declarado in-
13 constitucional queda sin efecto de pleno derecho, no se
14 comprende lo que dispone el artículo 48 de la Ley Orgáni-
15 ca Constitucional del Tribunal Constitucional, esto es, el
16 cuarto inciso de dicho artículo: "Esta nueva publicación,
17 en su caso, no afectará la vigencia de la parte no recti-
18 ficada por el fallo."

19 Porque: ¿a qué rectificar lo que ha quedado sin efecto de
20 pleno derecho?.

21 14. Este conjunto de razonamientos es suficiente, a nuestro
22 juicio, para demostrar que el sentido del artículo 8° N°5,
23 en su expresión final: "o dicte un decreto inconstitucio-
24 nal" dista de ser claro y que una interpretación extensi-
25 va de él presenta serios y ponderados problemas jurídicos.
26 Preciso es, entonces interpretar y lo hará el Tribunal -
27 Constitucional.

28 15. La dictación de un decreto es un proceso complejo, una
29 constelación de actos administrativos que se concatenan y
30 que van desde el emitir una orden escrita que deberá fir-

1 marse por el Ministro respectivo hasta su publicación y
2 notificación, pasando por la fase de toma de razón que
3 no es un mero trámite, sino como acertadamente lo ha di-
4 cho uno de nuestros colegas, constituye una etapa de per-
5 feccionamiento del acto administrativo en Chile.

6 No todo este proceso está hoy reglado en la ley, ausente
7 de nuestro ordenamiento la Ley de bases de los procedi-
8 mientos administrativos de que habla el artículo 60 N°18
9 de la Constitución y es por ello que la jurisprudencia
10 del órgano Contralor ha sido aquí de gran utilidad al bien
11 común.

12 16.- A nuestro entender el artículo 82 N°5 se refiere no a lo
13 substantivo del decreto dictado, sino al proceso de dic-
14 tación mismo. En efecto, cuando al "dictar" un decreto
15 se viole la Constitución es invocable el dicho artículo,
16 no cuando el producto de una dictación formalmente acor-
17 de a la Constitución sea en su contenido inconstitucio-
18 nal, pues salvo los casos expresamente previstos en el
19 art. 82, en los demás, la toma de razón es definitiva.

20 17.- Así entendido, se comprende el porqué esta expresión fi-
21 nal ha sido colocada junto a casos similares formales que
22 afectan a la ley: "reclamo porque el Presidente de la
23 República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, pro-
24 mulgue un texto diverso del que constitucionalmente co-
25 rresponde" y cubre por ende casos como los siguientes:

26 a) El Presidente de la República dicta un decreto y no lo
27 somete a toma de razón, debiendo hacerlo, y lo notifi-
28 ca o publica.

29 b) El Presidente dicta un decreto, la Contraloría toma ra
30 zón 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 y el Presidente no recurre al Tribunal Constitucional y lo publica o notifica.

d) El Presidente de la República dicta un decreto de gastos que excede el límite señalado en la Constitución y lo publica, pese a que la Contraloría no le ha dado curso conforme al artículo 88.

Así interpretado, lejos entonces de debilitar la toma de razón de la Contraloría o sus funciones propias el artículo 82 N°5 la fortalece y busca su pleno respeto. Así entendida la expresión "o dicte un decreto inconstitucional" es iluminada por el resto del artículo 82 N°5, guardando entre todas sus partes la debida correspondencia y armonía y respetando el equilibrio de las competencias propias de cada órgano constitucional.

18.- ¿Cuándo se puede recurrir a la alta instancia del Tribunal Constitucional, pese a haber mediado la toma de razón?

Sólo y únicamente cuando lo señala el artículo 82 expresamente, pues constituyen una excepción al respeto al control preventivo de legalidad aprobado en la Contraloría -no control provisorio como pretenden algunos. Son estos casos especiales los siguientes:

- 82 N°3 cuestión de constitucionalidad de decretos con fuerza de ley.

- 82 N°4 cuestión de constitucionalidad de decreto convocatorio al plebiscito.

1 - 82 N°5 cuestión de constitucionalidad de decreto promul
2 gatorio de ley.

3 - 82 N°12 decretos reglamentarios que se han referido a
4 materias reservadas a la ley.

5 Todos estos casos, con excepción del llamado al ejercicio
6 de la soberanía a través de plebiscitos, que se justifica
7 precisamente por la importancia misma del caso y que se
8 vincula al artículo 5° inciso primero, son situaciones de
9 conflicto entre el Ejecutivo y el Legislativo que deben
10 ser zanjadas por el Tribunal Constitucional, pese a haber
11 mediado la toma de razón.

12 19.- Así se entiende también entonces que el Constituyente ha-
13 ya reforzado a la Contraloría hasta el punto de no permi-
14 tir que primara la voluntad del Ejecutivo frente a una re-
15 presentación por inconstitucionalidad de un decreto, por-
16 que en tal caso el Presidente no tiene la facultad de in-
17 sistir y en caso de no conformarse con la representación
18 de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al Tri-
19 bunal Constitucional, dentro del plazo de diez días, a
20 fin de que este resuelva la controversia (artículo 88).
21 Esta muestra de la alta estima en que el Constituyente
22 tiene a la toma de razón (artículo 82 N°6) es en extremo
23 notable.

24 Tan alta estima chocaría con una interpretación que con-
25 virtiera a la Contraloría en un mero órgano de fiscaliza-
26 ción interna, en un asesor jurídico y un contable del Eje-
27 cutivo, al transformar al examen de legalidad en un jui-
28 cio siempre provisorio susceptible de ser reclamado por
29 inconstitucionalidad, en un plazo de 30 días.

30 20.- Debe asimismo medirse el impacto que una interpretación



extensiva del artículo 82 N°5 tendría en el mecanismo de
acusación constitucional y juicio político. Será, muy
a menudo, más fácil sembrar la duda sobre la inconstitucionalidad del actuar del Presidente de la República o sus Ministros, o sobre el propio proceder del Contralor y emplear el reclamo al Tribunal Constitucional como un arma política que acusar derechamente a tales Magistrados conforme a los artículos 48 N°2 letra (a), (b) y (c) y 49 N°1 en abierto juicio político.

EN CONSECUENCIA Y HABIDA CONSIDERACION que la separación de poderes ha sido, desde los albores de la República, un principio constitucional capital del ordenamiento jurídico chileno y que tal separación sería puesta en serio peligro por una interpretación extensiva del artículo 82 N°5, en su expresión final "o dicte un decreto inconstitucional";

- que la Carta Fundamental ha previsto expresamente en su texto un sistema de resolución de conflictos inter-órganos, sistema que no prevee expresamente el conflicto entre el Parlamento y la Contraloría General de la República en torno a la constitucionalidad de un decreto;

- que aceptar la tesis de los reclamantes en orden a que ya tomado razón de un decreto, podría ocurrirse al Tribunal Constitucional para que vuestra Excelencia se pronuncie sobre la constitucionalidad ya aprobada del mismo, sería abrir un conflicto entre dos Organos de Control, con jurisdicción y competencia expresamente establecida, conflicto que no es dable atribuir al Constituyente el querer que se produjera;

- que la Constitución debe interpretarse siempre de buena fe y aplicarse como tal, privilegiando las conclusiones

que lleven más directamente al bien común sobre aquellas con -
clusiones que entraben, minimicen o entrelacen conflictivamen -
te competencias de órganos constitucionales.

POR TANTO A V.E. RESPETUOSAMENTE PEDIMOS

Se sirva dar a la expresión "o dicte un decreto inconstitucio -
nal" una interpretación restrictiva, con un ámbito temporal
de validez siempre anterior a la toma de razón aprobatoria del
mismo por la Contraloría General de la República y proceda en
consecuencia al examinar los casos de otros decretos cuya cons -
titucionalidad se discuta, al considerar hacer uso de la fa -
cultad prevista para el Tribunal en el artículo 18 de su Ley
Orgánica Constitucional.

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30

~~Handwritten signature~~

H. C. Carvajal

Handwritten signature

Com. Presidente

M. Verdugo

Handwritten signature

Handwritten signature

Handwritten signature