

EFFECTOS VINCULANTES DE LOS PRECEDENTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA ACTIVIDAD DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

*Stare decisis effect over the office of the general comptroller
(Contraloría General de la República) of decisions issued by the
Constitutional Court*

Mario Verdugo Marinkovic *

RESUMEN

El artículo analiza la jurisprudencia emanada de la Contraloría General de la República, la actividad Jurisdiccional desempeñada por el órgano contralor en el ámbito del juicio de cuentas, los fundamentos y ventajas del precedente administrativo vinculante, como asimismo los efectos del precedente constitucional vinculante en la actividad de la Contraloría General de la República. El autor plantea una reserva sobre la constitucionalidad de un precepto que vincule obligatoriamente a los órganos del Estado a la doctrina de los fallos del Tribunal Constitucional.

PALABRAS CLAVE

Contraloría General de la República. Precedente administrativo vinculante. Sentencia Constitucional. Efecto persuasivo de sentencia del Tribunal Constitucional.

* El autor es profesor de Derecho Político y Constitucional, Universidad Diego Portales. Ex Magistrado del Tribunal Constitucional. Integrante del Tribunal de Cuentas. Correo electrónico: marsil@tie.cl Recibido el 24 de mayo de 2006. Aprobado el 14 de junio de 2006.

ABSTRACT

This article analyzes the case law emanating from Chile's Office of the General Comptroller (Contraloría General de la República), its role as a court of law in trials of accounts, the bases and advantages of the obligatory administrative precedent, as well as the effects upon the activity of the Office of the General Comptroller of the obligatory constitutional precedent. The paper raises an issue of constitutionality with respect to a norm that would obligatorily subject the Administration to the decisions of the Constitutional Court.

KEY WORDS

Contraloría General de la República. Office of the General Comptroller. Obligatory administrative precedent. Constitutional decisions. Persuasive effectiveness of a decision by the Constitutional Court.

1. LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA GENERADA POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Para dar una opinión fundada acerca del efecto que originaría en la actividad que desarrolla la Contraloría General de la República una norma constitucional que otorgara fuerza vinculante a los precedentes emanados del Tribunal Constitucional, es necesario atender previamente a las características que presenta la jurisprudencia administrativa generada por ese órgano contralor.

En efecto, al tenor de lo dispuesto en los artículos 6° inciso final y 19° de la LOC N° 10.336, la jurisprudencia que la Contraloría ha configurado por décadas, presenta particularidades que la distinguen de la judicial.

Por una parte, se estructura en base a fuentes exclusivas: "...sólo las decisiones, y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere el artículo 1°" (artículo 6° inciso final).¹

Por su parte, el artículo 19 del mismo cuerpo legal expresa: "Los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública

¹ El artículo 1° aludido en el texto se refiere a las dos funciones principales de la Contraloría: control jurídico y control contable.

o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría cuya *jurisprudencia* y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios. El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición”.

Como se puede inferir del tenor de las disposiciones transcritas, las interpretaciones y pronunciamientos de la Contraloría vinculan obligatoriamente a los órganos administrativos y su inobservancia acarrea responsabilidad disciplinaria.

2. EL PRECEDENTE EN LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Se establece en esta forma lo que se denomina “el precedente jurisprudencial obligatorio” –que se aparta, por cierto, del principio consagrado en el artículo 3º del Código Civil que niega fuerza vinculante al precedente judicial.

Se estima que elevar la jurisprudencia administrativa a la categoría de fuente directa o material del derecho, representa desde diversos puntos de vista importante aporte al ordenamiento jurídico.

Desde luego, el que casos análogos o semejantes reciban el mismo tratamiento por la autoridad de control, implica un reconocimiento al derecho de la igualdad ante la ley y a su derivado de igualdad ante la justicia (Nºs 2º y 3º del artículo 19 de la Constitución).

Quedan proscritas en esta forma “las distinciones arbitrarias”, a que alude el texto constitucional en el inciso segundo del precitado numeral 2º del artículo 19 y con ello se refuerza la seguridad jurídica por cuanto las personas involucradas con las decisiones de los precedentes pueden predecir las futuras decisiones.

En síntesis: ante iguales situaciones y circunstancias se adoptan iguales decisiones.

Seguidamente, a través del respeto a los precedentes se logra uniformar la actividad de la Administración Pública, muy particularmente en lo que atañe a las disposiciones estatutarias que regulan los derechos y deberes de los funcionarios.²

² Sectores del ámbito académico reconocen que la Jurisprudencia de la Contraloría ha representado un valioso aporte en la recreación del Derecho Administrativo nacional.

Desde otra perspectiva se ha estimado que la estabilidad de los precedentes administrativos constituye una manifestación de la teoría de los “actos propios”, según la cual nadie puede hacer valer una pretensión o ejercer una facultad en contradicción con una conducta anterior.³

Sobre el particular cabe tener presente que el Tribunal Constitucional fundamentó precisamente en esta teoría la declaración de inadmisibilidad de un requerimiento presentado por senadores que habían votado a favor del proyecto impugnado posteriormente por inconstitucionalidad (Rol N° 269, de 17 de diciembre de 1997).

Si bien en principio se admite que la Contraloría también se encuentra vinculada a la estabilidad de sus precedentes, ello no obsta a que pueda alterarlos en presencia de fundamentos razonables: a) obviamente, toda modificación en el ordenamiento constitucional o legal con incidencia en su dictamen o decisión originará una revisión del mismo; b) cuando las decisiones anteriores han sido contrarias a Derecho. El hecho de haberse incurrido en un error o inadvertencia “no habilita a la Autoridad a repetir el mismo error en un caso semejante, contrariando la ley”.⁴

Al respecto cabe tener presente que el Tribunal Constitucional, como una forma de manifestar la estabilidad de su doctrina, en sus fallos hace constante referencia a los propios precedentes. Ello no implica que ciertas oportunidades, con razonables fundamentación, se aparte de los mismos.

3. CONTROL PREVENTIVO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA SOBRE DECRETOS SUPREMOS Y RESOLUCIONES

Sin duda una de las manifestaciones de mayor relevancia que cumple la Contraloría por mandato constitucional, se encuentra representado por el control preventivo de los decretos supremos y de las resoluciones de Jefes de Servicios que deben tramitarse ante este órgano.

En cumplimiento de esta función debe pronunciarse en el plazo de 15 días contados desde la fecha de su recepción de la constitucionalidad si el acto es o no constitucional o ilegal.

³ Cepeda P., Rodrigo, “La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28 N° 1, p. 154.

⁴ Soto Kloss, Eduardo, “Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa del Estado”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26 N° 2.

Si el Contralor toma razón del decreto supremo o de la resolución, el acto queda investido de una presunción de legalidad, pero ella no es definitiva.

Pero como ha sentenciado el Tribunal Constitucional en diversas oportunidades, el control preventivo de juridicidad que cumple el órgano contralor, respecto de los decretos supremos y resoluciones, no tiene un valor absoluto por cuanto puede ser revisado por otros órganos: Tribunal Constitucional y tribunales ordinarios.

El Tribunal Constitucional ha sentenciado sobre el particular: “El incumplimiento de la función de control de la legalidad de los actos de la administración que los artículos 87 (98) y 88 (99) de la Constitución Política le encargan a la Contraloría General de la República implica, tal como lo reconoce la doctrina, una simple presunción de legalidad y constitucionalidad, y como tal no es definitiva ya que puede ser revisada tanto por el Tribunal Constitucional como por los tribunales de justicia”.

De hecho, en numerosas ocasiones se han presentado requerimientos ante el Tribunal Constitucional solicitando se declaren inconstitucionales decretos supremos o decretos con fuerza de ley.

Cuando ellos han sido acogidos, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso tercero del actual artículo 94, los decretos quedarán sin efecto de pleno derecho con el solo mérito de la sentencia del Tribunal y los decretos con fuerza de ley se entenderán derogados desde la publicación de la misma en el Diario Oficial.

Con mayor frecuencia decretos supremos, resoluciones y dictámenes han sido impugnados ante los tribunales superiores de justicia por la vía del recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Constitución.

Sobre el particular cabe recordar que el Contralor ante recursos de protección interpuestos en su contra ha promovido contienda de competencia ante el Senado.

En efecto, el órgano contralor ha sostenido, invariablemente, que las decisiones adoptadas por el ejercicio de su facultad de control preventivo de legalidad no son susceptibles de revisión por la vía señalada, poniendo de relieve que los hechos expuestos, a su juicio, importan una injerencia indebida de los Tribunales Superiores de Justicia en la función de control preventivo de juridicidad de los actos de la Administración que corresponde a la competencia privativa que la Constitución Política otorga a la Contraloría General, puesto que, a través del recurso de protección, las Cortes sustituyen al mencionado organismo en el examen previo de legalidad que le incumbe.

En respuesta el Pleno de la Corte Suprema en relación al fondo de la cuestión que se debate en la contienda de competencia trabada por el señor Contralor General de la República, el Máximo Tribunal expresa su opinión en el sentido que “debe rechazarse la pretensión del recurrente por cuanto, a su juicio, la jurisdicción y competencia para conocer y fallar el recurso de protección de garantías individuales son entregadas por el artículo 20 de la Constitución Política de la República a los Tribunales Superiores de Justicia y éste no contiene excepción ni limitación alguna respecto del ámbito de su aplicación”, agregando que “reiteradamente se ha fallado que, para este recurso, la fuente u origen del agravio puede provenir de cualquier persona o autoridad, sea pública o privada, quienes, por cierto, sea por acción u omisión, pueden inferirlo en el ejercicio de sus funciones propias”.

El pronunciamiento del Senado acogió la tesis del Contralor en base a la siguiente fundamentación:

“Que el Contralor General de la República al ejercer la función de toma de razón, en la medida que lo haga en los casos previstos en nuestro ordenamiento jurídico y con la debida oportunidad, sólo cumple con el deber constitucional que le imponen los artículos 87 y 88 de la Carta Fundamental, de efectuar el control de legalidad de los actos de la Administración, por lo que no es posible aceptar la impugnación de su decisión mediante un recurso de protección, toda vez que ello importaría reconocer a la Corte de Apelaciones la facultad de revisar el fondo de la resolución adoptada por dicha autoridad en el ejercicio de una función privativa, lo que violentaría severamente el principio de especialidad de competencia de los órganos públicos”.

4. EL EXAMEN Y JUZGAMIENTO DE CUENTAS POR LA CONTRALORÍA

En el ámbito del control financiero que le corresponde desempeñar a la Contraloría General de la República cabe destacar el examen y juzgamiento de las cuentas de los organismos del Sector Público de acuerdo con las normas contenidas en su Ley Orgánica.

El Juicio de Cuentas se inicia con la demanda o reparo, que puede derivar de una investigación sumaria, de un sumario, o de una observación no subsanada de una rendición de cuentas.

Se define el Juicio de Cuentas como procedimiento contencioso de doble instancia, a través del cual se persigue la responsabilidad extracontractual civil de quienes intervienen en la administración, recaudación, custodia e inversión de

los fondos o bienes sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República.

Cabe puntualizar que el Juicio de Cuentas representa una manifestación de la función jurisdiccional, por consiguiente, el precedente administrativo no es vinculante para los tribunales de primera y segunda instancia.

Ello no implica, por cierto, que los dictámenes del órgano contralor puedan utilizarse como fuentes indirectas de derecho en la actividad interpretativa de la ley.

5. LA EVENTUAL FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Con la breve reseña de las principales funciones que cumple el órgano contralor y con la caracterización de la jurisprudencia administrativa que ella genera con su actividad, podemos intentar una respuesta a la interrogante que se nos plantea.

Desde luego cabe tener presente que, como ya se ha mencionado, la Constitución prevé en el artículo 94 los efectos que los fallos del Tribunal Constitucional originan respecto de los decretos supremos y decretos con fuerza de ley cursados por la Contraloría General de la República.

En los casos en que la inconstitucionalidad es de carácter formal, parece natural que la sentencia del Tribunal se constituya en un verdadero precedente vinculante. Por ejemplo: "En la Constitución vigente los reglamentos han sido excluidos de la posibilidad de la delegación de firma y necesariamente deben ser suscritos por el Presidente de la República y, además, por el Ministro respectivo" (Rol N° 153).

Por el contrario, si la inconstitucionalidad es material la sentencia sólo origina efectos para el caso concreto. Por ejemplo: un decreto supremo que vulnera el principio de reserva legal o un decreto con fuerza de ley que excede los términos de la ley delegatoria.

Si el decreto supremo o los decretos con fuerza de ley son declarados constitucionales, ellos mantendrán su plena vigencia.

En estos casos la doctrina del fallo del Tribunal viene a ratificar la interpretación del órgano contralor y, por consiguiente, servirá de referencia para resolver futuros casos análogos o semejantes.

Por ejemplo, en referencia a las normas que regulan el presupuesto, el Tribunal ha puntualizado que el Presidente de la República está habilitado para efectuar, vía decreto, determinadas adecuaciones al Presupuesto Nacional y –aún más– se encuentra facultado por la Constitución y la ley para ordenar mayores gastos que los contemplados por la Ley de Presupuestos (Rol N° 254, que rechaza requerimiento para declarar inconstitucional decreto supremo).

En lo tocante a la protección del medio ambiente, también se rechazó el requerimiento contra decreto supremo que imponía restricción a vehículos con “sello verde” por cuanto es deber del Estado proteger la vida humana y la integridad física y síquica de las personas (Rol N° 325).

Naturalmente, el Contralor al tomar razón de futuros decretos supremos sobre estas materias no puede ser ajeno a los precedentes del Tribunal Constitucional.

Parece de interés señalar que no es infrecuente que la Contraloría en informes o resoluciones cite expresamente la doctrina de fallos del Tribunal Constitucional.

Por vía de ejemplo Oficio N° 11.729 de 14 de marzo 2006, que incide solicitud de inconstitucionalidad del Decreto N° 181 del Ministerio de Educación, en el que se hace referencia expresa a la doctrina que sobre reglas hermenéuticas emplea el Tribunal y a la contenida en sus fallos roles N°s 254 y 312.

En atención a las consideraciones precedentes, estimamos que de aprobarse una norma que imponga a todos los órganos del Estado, la obligación de respetar doctrina de los fallos del Tribunal Constitucional, en lo que atañe a la Contraloría General de la República, no generaría mayores tropiezos en su actuar.

6. RESERVAS SOBRE LA INCORPORACIÓN EN LOC DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE

Al finalizar nuestro breve artículo, estimamos necesario manifestar nuestras reservas en cuanto a la procedencia de incorporar en el texto de la LOC del Tribunal Constitucional una disposición que vincule obligatoriamente a todos los órganos a la doctrina contenida en las sentencias de dicho Tribunal.

En primer lugar cabe recordar que la Contraloría General de la República por definición constitucional es un órgano autónomo, y que su organización, funcionamiento y atribuciones son materia de una ley orgánica constitucional (artículos 98 inciso 1° y 99 inciso final).

Ahora bien, doctrinariamente se admite que una entidad es autónoma cuando se rige por su propia ley y no se encuentra subordinada a otros órganos para tomar sus decisiones.

El Tribunal Constitucional ha sentenciado que “Los órganos autónomos que contempla la actual Constitución y que tienen precedente en la de 1925 no están plenamente sometidos al Gobierno y Administración del Estado que compete al Presidente de la República. Ellos se rigen por sus leyes propias” (Roles N^{os} 78, 89 y 92).

Aplicando estos criterios a la Contraloría General de la República, debemos aceptar que la institución en cuanto a sus atribuciones, organización y funcionamiento se rige con independencia por las disposiciones de su Ley Orgánica Constitucional N^o 10.336.⁵

De acuerdo a esta línea de razonamiento, no parece jurídicamente procedente que a través de otra ley orgánica constitucional se procure limitar sus atribuciones.

Sobre el particular ha sido el propio Tribunal Constitucional el que ha dicho: “que es improcedente que la ley limite las facultades que la Constitución le otorga a la Contraloría General de la República en su artículo 87 (98)” (Rol N^o 92).

Es más, tanto el Tribunal Constitucional como la doctrina han enfatizado que el legislador de las leyes orgánicas no puede exceder el contenido de las materias que taxativamente se ha señalado la Constitución.

Es así como el constituyente determinó, por ejemplo, el ámbito de la LOC del Banco Central (artículo 108); de la Contraloría General de la República (artículo 99, inciso final) y del Tribunal Constitucional (artículo 92, inciso final).

En este último caso los fines de la LOC se circunscriben a su “organización, funcionamiento, procedimiento” y otras de carácter administrativo.

Como se puede apreciar nada se dice en relación con los efectos de las sentencias que pronuncie el Tribunal y ello es perfectamente explicable si se considera que estos se encuentran debidamente pormenorizados en el artículo 94 de la Carta Fundamental.

⁵ La Ley N^o 10.336 (Diario Oficial de 10 de julio de 1964) fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la República, cuya última modificación corresponde a la Ley N^o 19.817 (Diario Oficial de 26 de julio de 2002), representa la LOC de la Institución de acuerdo con la disposición Cuarta Transitoria de la Constitución.

ACTUAL MARCO ATRIBUTIVO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CONTROL DE LOS DECRETOS SUPREMOS PRESIDENCIALES *

*Present attribute framework of the Constitutional Court
in the control of the presidential supreme decrees*

Kamel Cazor Aliste **

RESUMEN

El presente estudio versa sobre las consecuencias que traerá el nuevo artículo 93 número 16, de la Carta Fundamental, en el control que lleva a cabo el Tribunal Constitucional de los decretos supremos dictados por el Presidente de la República.

PALABRAS CLAVE

Tribunal Constitucional. Decretos supremos. Presidente de la República.

* La presente reflexión tiene su antecedente en el artículo de este mismo autor titulado, "Nuevo artículo 93 número 16: Un enfoque más coherente en torno al control de los decretos supremos por parte del Tribunal Constitucional", publicado en libro colectivo *Reforma Constitucional*, Lexis-Nexis, Santiago, 2005, pp. 399-414.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Político y Constitucional, Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo. cazor@ucn.cl Recibido el miércoles 17 de mayo de 2006. Aprobado el miércoles 7 de junio de 2006.

ABSTRACT

The present research deals with the consequences that the new article 93 number 16 of the Constitution will bring up over the control that the Constitutional Court executes on the supreme decrees issued by the President of the Republic.

KEY WORDS

Constitutional Court. The supreme decrees. *President of the Republic.*

La temática de la jurisdicción constitucional en Chile, sin lugar a dudas, se trata de un asunto esencial para nuestro Estado constitucional, que ha tomado una importante relevancia después de la reciente reforma a la Carta Política. En efecto, conjuntamente con la derogación de importantes enclaves antidemocráticos, las nuevas atribuciones que posee el Tribunal Constitucional vienen a constituir los dos vértices más destacados de la reforma de 2005.

Mi breve reflexión se centrará en un aspecto específico del campo atributivo del Tribunal Constitucional, esto es, el nuevo artículo 93 N° 16. El cual señala que es competencia del Tribunal: “*Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquéllos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63*”.

Se ha hablado mucho en los círculos especializados sobre la nueva esfera atributiva en el control *a posteriori* de los preceptos legales (6° y 7° del artículo 93); sin embargo, poco se sabe –y casi nada se ha difundido– en torno a la gestación y contenido del nuevo artículo 93 N° 16. A primera vista pareciera que se está en presencia de una *mutación menor*, que sólo vendría a refundir los antiguos números 5° y 12° del artículo 82 (receptando, de paso, el criterio interpretativo de la sentencia rol N° 325 del Tribunal Constitucional). No obstante, se estima que se trata de una reforma constitucional que, por una parte, hará más coherente el sistema de control de los productos normativos emanados de la potestad reglamentaria presidencial; y, por la otra, perfeccionará uno de los más importantes cometidos de este mecanismo de verificación, cual es, encontrar el necesario equilibrio en la relación ley-reglamento que configura nuestra Carta Fundamental.

Como punto de partida, hay que indicar que no existe una clara *historia fidedigna* del establecimiento del actual artículo 93 N° 16. Los informes de la

Comisión de Constitución del Senado de 2001 y 2005, y el informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de 2005 y el complementario del mismo poco aportan en este sentido. De alguna ayuda es el denominado “veto técnico” del Presidente de la República, presentado el mismo día que el Congreso Pleno aprobó las reformas constitucionales (16 de agosto). Pero, en definitiva, no hay una explicación clara de las razones de fondo de esta mutación constitucional.¹

Ahora bien, entender esta reforma reviste una importancia vital, toda vez que, como ya se ha dicho, se hace frente a una temática esencial en el Derecho público en general, cual es, la relación ley-reglamento y cómo este asunto se proyecta a la competencia del Tribunal Constitucional.² Desde esta perspectiva, no se debe olvidar que la configuración constitucional obedece a un criterio normativo variable (potestad legislativa y potestad reglamentaria) no muy bien delimitado. Cuestión que traslada al ámbito del Tribunal Constitucional, el cometido de fijar, en el marco de lo constitucionalmente adecuado, los criterios jurisprudenciales más óptimos para delinear las fronteras de dichas potestades normativas.

Cometido que en ningún caso es fácil, pues en nuestro ordenamiento constitucional la norma de clausura del sistema normativo es la ley, cuyo ámbito competencial, que fija el artículo 63, da lugar a una *reserva material* (especial y general, N^{os} 1 a 19) y a una *reserva formal* (N^o 20); es decir, la esfera atributiva de la ley no está constitucionalmente clausurada, particularmente si se la mira desde la óptica de la reserva formal, en virtud de la cual se posibilita a la ley congelar rango en un campo indeterminado de materias, que, como se verá, también pueden ser normadas –si la ley no lo ha hecho– por vía de la potestad reglamentaria autónoma. Otra cuestión relevante en esta materia y teniendo presente el amplio campo que posee la ley, es que, en la práctica, la verdadera problemática del control de la Administración por el Tribunal Constitucional se traslada al campo de la potestad reglamentaria de ejecución, donde se manifiesta en todo su vigor el asunto de la relación ley-reglamento; baste como ejemplo el trascendental fallo del Tribunal Constitucional, rol N^o 370, que aborda precisamente la temática de la *deslegalización*.

Entrando al análisis particular del nuevo artículo 93 N^o 16, se debe partir señalando que se trata de un tipo de control jurídico *abstracto* y *represivo*; esto es, el Tribunal Constitucional conoce del requerimiento desvinculado de todo presupuesto concreto de aplicación del decreto supremo (autónomo o ejecución) que se impugna y, asimismo, una vez que haya tomado razón de él la Contraloría

¹ Para corroborar esta conclusión ver: Pfeffer Urquiaga, Emilio. 2005. *Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes-Debates-Informes*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 365-410.

² Vid. Carmona Santander, Carlos. “Tendencias del Tribunal Constitucional en la relación ley-reglamento”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 61, 1998-1999, pp. 189-191.

General. Del mismo modo, esta hipótesis de control se caracteriza por la *naturaleza política de los órganos legitimados para reclamar*, o sea, el Tribunal, por regla general, sólo podrá conocer la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, a requerimiento de cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio; excepcionalmente, en el caso de vicios que se refieran a decretos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma y que invadan materias reservadas a la ley, el Tribunal Constitucional podrá conocer ellos sólo a requerimiento de cualquiera de las Cámaras.

En cuanto a los *efectos de la sentencia* que estime un requerimiento, se indica que “*En el caso del N° 16° del artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo (...)*” (inciso 3°, art. 94). Al contrario, la sentencia que lo *desestime*, esto es, que declare que no es inconstitucional el respectivo decreto supremo, no cierra la posibilidad de que éste sea impugnado por los Tribunales ordinarios –Corte de Apelaciones y Corte Suprema–, por vía del Recurso o Acción de Protección (art. 20), pues a través de este proceso autónomo se puede revisar la *constitucionalidad* de un acto administrativo, ya que su objetivo primordial es restablecer el imperio del Derecho, precisamente, frente al agravio de un derecho subjetivo fundamental amparado por dicha acción tutelar.

Si bien en esta última situación, se puede dar una coincidencia competencial entre el Tribunal Constitucional y los Tribunales ordinarios respecto al objeto controlado, en principio, se excluye cualquier situación de conflicto entre ambas jurisdicciones, pues las características de su verificación (control abstracto y control concreto, respectivamente) hacen prácticamente remoto cualquier tipo de antagonismo. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial que haya establecido previamente el Tribunal Constitucional en *sentencia desestimatoria que controla un decreto supremo*, inexorablemente, vincularía el razonamiento judicial que se emplearía en una futura acción de protección, que impugne, igualmente, dicho producto normativo infralegal. Esta situación parece clara, cuando el Tribunal Constitucional invoca en su doctrina la *interpretación conforme a la Constitución* del decreto supremo. Así ha acontecido, por ejemplo, en el reciente fallo rol N° 465, de 2006, que rechaza el requerimiento de inconstitucionalidad deducido contra el Decreto Supremo N° 181, de 2005, donde se indica que “*esta Magistratura seguirá, una vez más, el principio de buscar la interpretación de las normas que permitan resolver, dentro de lo posible, su conformidad con la Constitución, declarando la inconstitucionalidad de rigor únicamente cuando, más allá de toda duda razonable, no es posible armonizarla con la Constitución*” (considerando 52°).

En consecuencia, el juicio de constitucionalidad vertido por el Tribunal sería, en última instancia, lo *constitucionalmente adecuado* a fin de *realizar* la Carta Fundamental; cuestión que, a mi parecer, de un modo sistemático y finalista,

determina abstractamente el sentido y alcance del *parámetro de la juridicidad* constitucional, lo que asimismo debe vincular concretamente las actuaciones de todos los órganos del Estado, especialmente de la Administración (art. 6°). Así, dentro de los presupuestos de la Acción de Protección (ilegalidad o arbitrariedad que agrave un derecho fundamental amparado), perfectamente podría tener cabida la *interpretación conforme* que ha desarrollado el Tribunal Constitucional al controlar un decreto supremo. Por ejemplo, en el ámbito de la ya citada sentencia rol N° 465, dicha Magistratura al controlar el decreto supremo 181 –que modifica el Decreto Supremo N° 177, de 1996, del Ministerio de Educación, que reglamenta los requisitos de adquisición y pérdida del reconocimiento oficial del Estado a los establecimientos educacionales de enseñanza básica y media, extendiéndolo a la educación parvularia–, determina, entre otros asuntos, que, a la luz de la norma contenida en el N° 11 del artículo 19 de la Ley Suprema, la resolución del Secretario Regional Ministerial de Educación que otorga dicho reconocimiento oficial, debe necesariamente emitirse cuando se “cumplan los requisitos establecidos en la Ley Orgánica Constitucional respectiva, [pues] es un derecho garantizado por la Constitución, del que son titulares todos los establecimientos educacionales, sin distinción, y el cual debe ser siempre respetado y amparado” (considerando 45°); asimismo agrega, “el procedimiento de obtención del reconocimiento oficial es *reglado* (...)” (considerando 54°). Del mismo modo indica “que el informe favorable de los aspectos técnico pedagógico, de infraestructura y jurídico, se limita sólo a la *comprobación*, por medios objetivos y previamente reconocidos, del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, y *no es vinculante* para el respectivo Secretario Regional Ministerial de Educación, sobre quien recae el deber de dar cumplimiento a la aludida obligación de respetar el derecho de otorgar el reconocimiento oficial a los establecimientos educacionales que cumplan los requisitos legales y así lo soliciten” (considerando 57°).

En resumidas cuentas, en forma clara la sentencia mencionada, abstractamente, da innumerables pautas, frente a una específica potestad atributiva de un órgano administrativo, respecto a lo *constitucionalmente adecuado*, lo cual en forma inexorable vinculará el razonamiento judicial que deberá emplear el juez de protección en el futuro.

Ahora bien, en el contexto de esta nueva disposición (art. 93 N° 16), es posible distinguir dos grupos de hipótesis de inconstitucionalidad:

a) *Hipótesis general*, abarca *todo tipo de decretos supremos* (autónomo distinto de su hipótesis particular o de ejecución, general o especial, meramente administrativo o de gobierno que no convoquen a plebiscito) y *cualquiera sea el vicio invocado* (forma o fondo, mediato o inmediato, inclusive el caso en que la potestad reglamentaria de ejecución se exceda y pudiera invadir materias cuya densidad normativa esté reservada a la ley); y

b) *Hipótesis particular*, sólo hace referencia a los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma o independiente, cuando el vicio se traduzca en la invasión de materias que están reservadas a la ley por mandato del artículo 63.

De la misma forma se expresa el Mensaje presidencial con el que se inicia el proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica N° 17.997, del Tribunal Constitucional. En efecto, en el acápite de la expresión de motivos referente a “Requerimientos contra decretos”, se indica que “*el proyecto establece que éstos pueden fundarse en cualquier vicio que ponga dicho acto administrativo en contradicción con la Constitución. Sin embargo, se distingue la legitimidad para formularlo, según el vicio que se invoca. Cuando el vicio invocado consiste en que el decreto excede la potestad reglamentaria autónoma, invadiendo las materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63 de la Constitución [hipótesis particular], sólo pueden requerir la Cámara de Diputados o el Senado. Si, en cambio, se invoca uno o más vicios distintos al señalado [hipótesis general], además de dichos órganos, también puede requerir una cuarta parte de los miembros en ejercicio de cualquiera de las Cámaras*”.

A simple vista, como ya se ha dicho, pareciera que se está en presencia de una mutación que sólo refundiría los antiguos números 5° y 12° del artículo 82. Sin embargo, al delinearse en ella una *hipótesis particular*, referida exclusivamente a la invasión de los decretos supremos autónomos en las materias reservadas a la ley, clarifica el campo de la *hipótesis general*, por cuanto, de un modo *residual*, recepta un amplio abanico de inconstitucionalidades en que pudiera incurrir el Presidente de la República al ejercitar su potestad jurídico-normativa.

En efecto, no sólo queda reducida a la *potestad de ejecución*, la que también alcanza a la hipótesis de que pueda excederse e invada materias cuya densidad normativa esté reservada a la ley (cuestión bastante común, como quedó demostrado en el fallo rol N° 370); sino que igual comprende a la *potestad autónoma*, ya que ésta en su ejercicio, al encontrar su fundamento directamente de la Carta Fundamental, perfectamente cabe la posibilidad de una eventual inconstitucionalidad, distinta a la invasión del campo reservado materialmente a la ley. Así acontecería, por ejemplo, si se analiza el artículo 63 N° 20° de la Constitución, donde existe la posibilidad de que se congele rango normativo por intermedio de una ley en un *campo indeterminado de materias*, por cuanto, como ya algo se ha adelantado, también existe en nuestro Ordenamiento la reserva formal. Antes de la ley, en dicha esfera indeterminada de materias “no reservadas”, puede ser ejercida la potestad reglamentaria autónoma (v. gr., como sucedió con el decreto supremo autónomo N° 81, de 1999, que reguló el uso de la firma digital y los documentos electrónicos en la Administración del Estado, materia que posteriormente fue regulada por la Ley N° 19.799, de 2002), con la

eventualidad de incurrir en algún vicio de inconstitucionalidad distinto a la invasión de materias de reserva legal.

Cuesta entender, eso sí, la lógica del Constituyente Derivado para exigir un quórum más reforzado a la *hipótesis especial*, toda vez que la eventualidad de dicha inconstitucionalidad es bastante remota, teniendo en cuenta, como se ha visto, que nuestro Ordenamiento fundamental configura una competencia atributiva del legislador no constitucionalmente clausurada y la potestad autónoma está lejos de ser la norma de clausura del sistema normativo. Del mismo modo, es extraño que no se aprovechara la especialidad de esta hipótesis de inconstitucionalidad, para incluir, con un quórum reforzado, la problemática, muy usual, de la *inconstitucionalidad por deslegalización de los decretos supremos de ejecución*. Donde precisamente reside la médula de la verificación del Tribunal Constitucional en esta materia, pues, como ya se ha dicho, se encuentra implícito nada menos que la determinación de la relación ley-reglamento que configura de un modo *sui generis* nuestra Carta Fundamental.

También se podría haber solucionado, con dicho quórum reforzado, la tendencia que tienen algunos parlamentarios de utilizar este importante mecanismo de control jurídico, como una instancia muchas veces más cercana a inspiraciones políticas o a juicios de mérito, oportunidad o conveniencia, que a un estricto razonamiento jurídico-constitucional. Ratifica esta última aseveración, el tantas veces mencionado fallo rol N° 465, que, debido a su importancia, reproduzco textualmente los considerandos pertinentes: "Cuarto: (...) Respecto de la presunta infracción de los artículos 7° y 19 N°s 11 y 21 de la Ley Fundamental, indican [los requirentes] cómo una o más de dichas normas constitucionales habría sido quebrantada por alguna de las disposiciones reglamentarias cuestionadas. Sin embargo, no consignan fundamentación destinada a demostrar específica y determinadamente cómo una o más de las normas objetadas infringirían las demás disposiciones constitucionales cuya transgresión se denuncia, lo que impediría provocar un pronunciamiento jurisdiccional respecto de ellas. De esta forma, el análisis del requerimiento se ceñirá a aquellas objeciones respecto de las cuales se precisa y fundamenta el vicio de constitucionalidad que se imputa (...) Vigésimo segundo: Que, como una cuestión previa a la resolución de las infracciones planteadas en este capítulo, el Tribunal debe recordar lo que ha sido su jurisprudencia constante [causa rol N° 325, Considerando 38°] en cuanto a ceñirse estrictamente al examen jurídico del asunto sometido a su decisión, excluyendo cualquier consideración de mérito, oportunidad o conveniencia, por lo que se omitirá cualquier pronunciamiento sobre las objeciones sobre esa naturaleza que el requerimiento formula al fundamentar el presente capítulo de inconstitucionalidad".

Pese a las salvedades anteriores y en el contexto de este breve análisis, se estima que se trata de una reforma que hará más coherente este importante

mecanismo de control jurídico y, sin duda, clarifica el marco atributivo del Tribunal Constitucional; por cuanto, en cierto modo, supera la dispersión del anterior campo competencial en este asunto, y, muy importante, el nuevo artículo 93 N° 8 elimina, dentro de las hipótesis de inconstitucionalidad de los decretos supremos promulgatorios, la amplísima frase “o dicte un decreto inconstitucional”, que en la práctica hacía superfluas los restantes supuestos de inconstitucionalidad que se configuraban en el control de los actos administrativos.

Dicho todo lo anterior, se cree que no se trata de una reforma innecesaria o meramente formal, sino que contribuirá positivamente a solucionar algunos de los más relevantes problemas que han surgido en esta instancia de control de la Administración. Ya que, como lo indica el Presidente de la República en sus observaciones, “*la constitucionalidad de los decretos supremos es un asunto muy importante y con una alta incidencia en el volumen de casos*”; y, habría que agregar, está en juego nada menos que uno de los pilares básicos del Estado constitucional chileno, cual es, *la labor que le corresponde al Tribunal Constitucional a fin de garantizar el necesario equilibrio en la relación ley-reglamento que configura nuestra Carta Fundamental*. Sobre esta materia, son bastante auspiciosos los juicios de constitucionalidad que se consignan en los considerandos 5° a 19°, de la ya analizada causa rol N° 465.

Por último, a propósito de las observaciones que formulara el Jefe del Estado al proyecto de reforma, resulta particularmente trascendente el tenor de la siguiente idea: “*(...) es claro que, en el contexto de cuestionamiento de la constitucionalidad de una ley, todos los decretos supremos que la articulan pierden su valor específico puesto que quedarán derogados por la inconstitucionalidad de la propia ley cuestionada por el artículo 82 N° 7*”. Dicho en otras palabras, en el marco de la relación ley-reglamento, la nueva atribución del Tribunal Constitucional, que deja sin efecto un precepto legal declarado inconstitucional, repercutirá en el valor específico de los decretos supremos de ejecución que se articulan con dicha ley, pues quedarán derogados por la inconstitucionalidad de la propia ley cuestionada; es decir, el carácter *secundum legem* del decreto hace que el vigor del mismo no tenga sentido sin la ley que ejecuta. Importante dato a considerar en la futura interpretación que se haga del sentido y alcance de esta reforma.

BIBLIOGRAFÍA

- Carmona Santander, Carlos. “Tendencias del Tribunal Constitucional en la relación ley-reglamento”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 61, 1998-1999, Santiago, Chile, pp. 189-191.
- Pfeffer Urquiaga, Emilio. 2005, *Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes-Debates-Informes*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 365-410.