

Teodoro Ribera Neumann

# El Control de Constitucionalidad de los Decretos con Fuerza de Ley por el Tribunal Constitucional

## El artículo 82, N° 3 de la Constitución

### I. Introducción

El 18 de noviembre de 2003 el Tribunal Constitucional dictó una sentencia y precisó que es competente para conocer de la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley cuando excede o contraviene su ley delegatoria.<sup>1</sup> Este fallo se originó en un requerimiento presentado por veinte H. Senadores, treinta y un H. Diputados y, por primera vez, la propia Cámara Baja, en el que sostuvieron que el Decreto con Fuerza de Ley N.º 21 del Ministerio de Hacienda de 2003 (DFL 21), modificatorio de la ley orgánica de la Empresa Nacional de Minería (ENAMI), había excedido el marco de la ley delegatoria, por lo que era inconstitucional. Cabe destacar que la Contraloría General de la República ya había hecho toma de razón de este decreto con fuerza de ley, y el mismo se había publicado en el Diario Oficial y estaba produciendo efectos jurídicos, tanto que se había procedido a modificar la conformación del directorio de ENAMI y los nuevos integrantes estaban ejerciendo sus funciones en plenitud.

Junto con la presentación de los requerimientos se suscitó un relevante debate sobre el ámbito de la competencia que correspondía al Tribunal Constitucional y a la Contraloría General de la República en el control de los decretos con fuerza de ley.

Cabe recordar que el artículo 61 de la Constitución regula extensamente los decretos con fuerza de ley y en su inciso quinto señala:

*“A la Contraloría General de la República corresponderá tomar razón de estos decretos con fuerza de ley, debiendo rechazarlos cuando ellos excedan o contravengan la autorización referida.”*

Por su parte, el artículo 88, inciso segundo y tercero de la Constitución precisa los alcances del control que ejerce la Contraloría General de la República respecto de los decretos con fuerza de ley en los siguientes términos:

1 Sentencia del Tribunal Constitucional Roles N.º 392, 393 y 394, acumulados, de fecha 18 de noviembre de 2003, a citarse a futuro como STC 392, acumulada.

Profesor de la  
Universidad  
Autónoma del Sur y  
de la Universidad de  
Biele. Doctor iuris  
obtusado por la Julius  
Maximilian  
Universität,  
Würzburg, República  
Federal de Alemania.  
Ex Diputado y  
abogado patrocinante  
de los Honorables  
Senadores en el  
requerimiento que  
motivó este análisis.

“Corresponderá, asimismo, al Contralor General de la República tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando *ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución.*”

*Si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que éste resuelva la controversia.”*

Como luego analizaremos, la Constitución de 1980 amplió las atribuciones de la Contraloría General de la República en esta materia, y le confirió junto al control de legalidad que ya detentaba luego de su reforma en el año 1970, el de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley.

Por su parte, y en lo que respecta de las atribuciones del Tribunal Constitucional, reiteró en el artículo 82, numeral tercero, la competencia que sobre la materia detentaba el Tribunal Constitucional de 1970 de acuerdo al artículo 78 b), literal b) de la Constitución de 1925, en los siguientes términos:

“Art. 82. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

3.º Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley”.

Por su parte, el inciso séptimo del artículo 82 indica:

En el caso del número 3.º, la cuestión podrá ser planteada por el Presidente de la República dentro del plazo de diez días cuando la Contraloría rechace por inconstitucional un decreto con fuerza de ley. También podrá ser promovida por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio en caso de que la Contraloría hubiere tomado razón de un decreto con fuerza de ley que se impugne por inconstitucional. Este requerimiento deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la publicación del respectivo decreto con fuerza de ley”.

De esta regulación constitucional resulta la siguiente situación:

- a) La Contraloría General de la República ejerce el control de legalidad y de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley y debe representarlos cuando excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución (artículo 88, inciso segundo de la Constitución).
- b) Ante una representación, el Presidente de la República no tiene la facultad de insistir, por lo que puede conformarse con la representación que se ha hecho, retirando o modificando dicho decreto con fuerza de ley, o remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días, a fin que éste resuelva la controversia entre los dos órganos constitucionales (artículo 88, inciso cuarto de la Constitución).

- c) Por el contrario, si la Contraloría General de la República toma razón del decreto con fuerza de ley, la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional podrá ser promovida por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio. Este requerimiento deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la publicación del respectivo decreto con fuerza de ley (artículo 82, inciso séptimo de la Constitución).

*He ahí entonces el meollo de la discusión jurídica, tal es, si la competencia del Tribunal Constitucional se refiere únicamente cuando se cuestiona un decreto con fuerza de ley por inconstitucional o también cuando lo es porque excede o contraviene la ley delegatoria.*

Esta sentencia del Tribunal Constitucional en esta materia es de suma relevancia para el sistema político chileno, pues reafirmó la función del Tribunal como supremo guardián de la Constitución, restableció un adecuado contrapeso entre el Congreso Nacional y el Presidente de la República y abrió una puerta al Ejecutivo para hacer frente a las representaciones que le formule la Contraloría General de la República producto del trámite de toma de razón.

## **II. La Cuestión de Competencia Subyacente en el Requerimiento Presentado**

### *1.0. Los hechos que motivaron el requerimiento*

Producto de una polémica originada por los pagos con cargo a gastos reservados a los Ministros de Estado y Subsecretarios, se aprobó la Ley N.º 19.863 para evitar los sobresueldos mediante fondos reservados. Esta ley estableció una asignación de dirección superior para quienes desempeñan los cargos que en el artículo 1º de dicho cuerpo legal se indican, disponiéndose en el inciso cuarto del mismo precepto que dicha asignación es incompatible con la percepción de cualquier emolumento, pago o beneficio económico, de origen privado o público, distinto de los que contemplen los respectivos regímenes de remuneraciones. En el inciso quinto se exceptuó de dicha incompatibilidad a los emolumentos provenientes de la integración de directorios o consejos de empresas o entidades del Estado, con la salvedad de que dichas autoridades y los demás funcionarios *“no podrán integrar más de un directorio o consejo de empresas o entidades del Estado, con derecho a percibir dieta o remuneración”*.

Por su parte, el artículo 6º transitorio, inciso primero, de la Ley N.º 19.863 facultó al Presidente de la República para que mediante uno o más decretos con fuerza de ley *“adecue las leyes orgánicas de las empresas o entidades del Estado, con el objeto de determinar nuevas composiciones de los directorios o consejos respectivos y para dictar las demás disposiciones necesarias para la cabal aplicación de lo dispuesto en el referido artículo 1º.”*

Producto de esta delegación el Presidente de la República dictó cinco decretos con fuerza de ley relativos a las empresas de Correos de Chile, EMAZA, Ferrocarriles del Estado, Empresas Portuarias y a la Empresa Nacional de Minería (ENAMI). En lo que se refiere

a ENAMI, el Presidente de la República dictó el Decreto con Fuerza de Ley N.º 21, del Ministerio de Hacienda, con el que modificó la conformación y estructura del Directorio de la Empresa, creó nuevas inhabilidades e incompatibilidades, etc., aspectos que no guardaban relación con la autorización contenida en la ley delegatoria.

## 2.0. La cuestión de competencia en el requerimiento de los H. Senadores

Los requirentes expresaron que el DFL 21 excedía el ámbito de la ley delegatoria de facultades legislativas, pues había modificado el Decreto con Fuerza de Ley N.º 153, de 1960, la ley orgánica de Enami en materias totalmente ajenas y desvinculadas al artículo 1º de la Ley N.º 19.863, violando el marco de la ley delegatoria y con ello al artículo, 6º, 7º, 32, N.º 3º y el artículo 61 de la Carta Fundamental, en cuanto se había excedido y contravenido la delegación de facultades realizada por el Congreso Nacional. En paralelo, los requirentes sostuvieron que el DFL 21 violaba otras disposiciones constitucionales.<sup>2</sup>

Junto con sostener las inconstitucionalidades, los H. Senadores visualizaron que se presentaría como cuestión previa una discusión sobre la competencia del Tribunal Constitucional para resolver sobre la materia. Ello, pues si bien la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N.º 17.997 prohíbe en su artículo 18 que se promueva ante este órgano una cuestión de jurisdicción o competencia, sin perjuicio que el mismo Tribunal pueda de oficio conocer y resolver al respecto, se sostenía mayoritariamente por la doctrina que un decreto con fuerza de ley que excedía o contravenía la ley delegatoria trasgredía el marco legal y que ello no conllevaba una cuestión de constitucionalidad, siendo así un aspecto que debía fiscalizar únicamente la Contraloría General de la República y no el Tribunal Constitucional.

Sobre el particular los H. Senadores consagraron el acápite denominado "Atribución del Tribunal Constitucional en virtud del artículo 82, N.º 3 de la Constitución", en que desarrollaron los argumentos para sostener su tesis e indicaron que *"el ejercicio de la atribución indicada en el artículo 31, N.º 3 de la Constitución es una atribución especial del Presidente de la República, sui generis, diversa al ejercicio de la potestad reglamentaria que regula el artículo 32, N.º 8 de la Constitución, y que la doctrina analiza en los textos de estudio como parte de las atribuciones legislativas del Ejecutivo"*, por lo que *"mal procede recurrir ante V.E. en virtud del artículo 82, N.º 5 o 12, en su caso, de la Constitución."* *"Además, la Constitución es perentoria en términos que los conflictos que se susciten por inconstitucionalidad de un decreto con fuerza de ley o por excederse o contravenir su propia ley delegatoria deben ser resueltos por V.E., tal como se ha expresado con anterioridad"*.<sup>3</sup>

De esta manera, insistieron en que se había violado la ley delegatoria, y que *ello implicaba no sólo una contravención legal, sino que también una infracción directa de los artículos 6º, 7º, 32, N.º 3 y 61 de la Constitución*, solicitando que el Tribunal Constitucional declarara inconstitucional el DFL N.º 21.

2 Dado que el objeto de nuestro análisis es la competencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, no hemos considerado otros argumentos invocados por los H. Senadores requirentes.

3 H. Senadores. Requerimiento Constitucional, pág. 31.

### 3.0. La cuestión de competencia en el escrito de Observaciones del Vicepresidente de la República

El Vicepresidente de la República señaló que el DFL N.º 21 no excedía la ley delegatoria, ya que la facultad de determinar una nueva composición de directorios de empresas estatales tenía autonomía respecto de la atribución de dictar las demás disposiciones necesarias para la aplicación del artículo 1º de la Ley N.º 19.863, lo que se desprendería de la propia historia fidedigna de dicho texto legal. Argumentó, además, que “*exceder o controvertir la ley delegatoria es un vicio de legalidad, no de constitucionalidad, como lo ha considerado la doctrina<sup>4</sup> y la jurisprudencia<sup>5</sup> y que compete conocer preventivamente a la Contraloría (art. 87)*”.<sup>6</sup> Así sostuvo, indirectamente, que el Tribunal Constitucional carecía de competencia para conocer de un decreto con fuerza de ley que excede la delegación o la contraviene, pues este sería un problema de concordancia entre dicho decreto con fuerza de ley y la ley respectiva, mas no un problema de constitucionalidad, siendo ello por lo tanto de competencia de la Contraloría General de la República en virtud del artículo 88, inciso segundo de la Constitución.

### 4.0. La cuestión de competencia en el escrito de Observaciones del Contralor General de la República

Por su parte, el Contralor General de la República, sin perjuicio de argumentar que el DFL 21 no era inconstitucional<sup>7</sup>, afirmó que la competencia del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre un decreto con fuerza de ley que excede o contraviene la ley delegatoria estaba limitada exclusivamente a las cuestiones que se susciten sobre su “constitucionalidad”, sin otorgarle atribución alguna para el caso que éste exceda o contravenga la ley delegatoria. Indicó que de acuerdo al artículo 88 de la Carta Fundamental la Contraloría General de la República tiene por atribución “*tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución*”, correspondiéndole a este órgano

4 La cita acompañada en el escrito del Ejecutivo es la siguiente: “*Silva Cimma, Enrique; Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes; Edit. Jurídica, Santiago, 1992, p. 135; y El Tribunal Constitucional de Chile; (1971–1973); Editorial Jurídica Venezolana; Caracas, 1977; p. 137; Silva Bascuñán, Alejandro; El Tribunal Constitucional, en Reforma Constitucional de 1970, Edit. Jurídica; Santiago, 1971, p. 258; y Verdugo, Pfeiffer y Nogueira; Derecho Constitucional, T. II, 2ª edición, Edit. Jurídica, Santiago, 1999, p. 289*”. Esta nota, transcrita del escrito de observaciones del Vicepresidente de la República, se refiere a la opinión del profesor Enrique Silva Cimma, lo que es erróneo, como luego se constatará.

5 La segunda cita que se acompañó es la siguiente: “*RDJ, T. 61, sec 1º, p. 382*”.

6 Vicepresidente de la República, escrito “*Formula Observaciones a Requerimiento*”, pág. 17 (lo destacado es nuestro).

7 Argumentó que el Decreto con Fuerza de Ley impugnado no excede ni contraviene la Ley N.º 19.863, ya que el amplio alcance que el Congreso Nacional asignó a la delegación de atribuciones legislativas permite al Presidente de la República fijar una nueva integración del directorio de la Empresa Nacional de Minería. Al facultársele para determinar “nuevas composiciones” de su directorio, necesariamente se le autorizó para variar el número de sus integrantes, la forma de su designación, los requisitos que deben cumplir y el régimen de inhabilidades a que están sujetos, dado que todos estos elementos son, naturalmente, propios de la composición de un directorio. Concluyó el Contralor señalando que el Decreto con Fuerza de Ley N.º 21, de 2003, se ajusta, en consecuencia, a la Constitución Política y a la ley delegatoria.

*“la obligación de control preventivo de juridicidad de estos textos normativos mediante el trámite de toma de razón, y de representarlos si se advierte alguno de estos vicios”.*<sup>8</sup> La Contraloría General de la República sostuvo que en conformidad al texto fundamental si un decreto ha sido representado “por ser contrario a la Constitución”, sólo en este caso el Presidente de la República puede recurrir ante el Tribunal Constitucional, no así si la representación se debe a que el decreto con fuerza de ley excedió o contravino la ley delegatoria. Junto con citar la opinión de profesores que reafirmaban su postura, el Contralor General de la República concluyó:

*“En consecuencia, y atendido los principios de legalidad y competencia previstos en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, no corresponde que ese Tribunal Constitucional emita un pronunciamiento, ejerciendo la atribución prevista en el artículo 82, N° 3 de la Carta Fundamental, acerca de si un decreto con fuerza de ley excede o contraviene la ley delegatoria que le da origen, toda vez que, de acuerdo con la normativa constitucional vigente que regula la materia, el control de legalidad de los decretos con fuerza de ley está entregado privativamente a esta Contraloría General de la República”.*<sup>9</sup>

### **III. Análisis Histórico y Doctrinario del Control de los Decretos con Fuerza de Ley por la Contraloría General de la República y por el Tribunal Constitucional**

#### *1.0. El control de los decretos con fuerza de ley durante la vigencia de la Constitución de 1925, luego de la reforma de 1970*

La Constitución de 1833 consagró en su artículo 36 la posibilidad que el Congreso Nacional delegara al Presidente de la República facultades legislativas amplias por un tiempo determinado y con indicación expresa de las materias que se podría abarcar. En el año 1874 esta facultad de delegación fue limitada para ser ejercida sólo en situaciones de emergencia política y únicamente respecto de determinadas materias.

Al elaborarse la Constitución de 1925, y a pesar de la petición del Presidente Arturo Alessandri Palma de conservar esta institución, la misma no fue incorporada en el nuevo texto fundamental. No obstante lo anterior, entre 1925 y 1964 en más de veinticinco oportunidades el Congreso Nacional delegó atribuciones legislativas al Presidente de la República.<sup>10</sup>

La reforma constitucional de 1970 reconoció constitucionalmente en el numeral quince del artículo 44 la práctica de los decretos con fuerza de ley y previó una atribución expresa de la Contraloría General de la República en lo que respecta a su control

8 Contraloría General de la República, Atiende Oficio N.° 1.985, del 15 de octubre de 2003, del Tribunal Constitucional, pág. 9.

9 Contraloría General de la República, pág. 12.

10 Carlos Andrade Geywitz, Elementos de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago 1971, pág. 478.

jurídico. Además, consagró un Tribunal Constitucional, al que le concedió atribuciones de control sobre ellos mediante el artículo 78 b), literal b). Su análisis es relevante, pues el origen del actual artículo 82, N.º 3 de la Constitución se encuentra en la Constitución de 1925.

Así es como el artículo 44, N.º 15, inciso quinto prescribía:

*“A la Contraloría General de la República corresponderá la toma de razón de estos decretos con fuerza de ley, debiendo rechazarlos cuando excedan o contravengan la autorización conferida”.*

Por su parte, el artículo 78 b), literal b) de la Constitución de 1925 indicaba:

“El Tribunal Constitucional tendrá las siguientes atribuciones:

b) Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;”.

De esta manera, el control jurídico de la delegación contenida en la ley delegatoria era ejercida por la Contraloría General de la República, no teniendo ésta atribuciones en cuanto a la inconstitucionalidad en que pudiera incurrir el decreto con fuerza de ley respecto de otras disposiciones sustantivas de la Constitución.

El Tribunal Constitucional de 1970 conoció de un requerimiento presentado por diecisiete senadores en contra del Decreto con Fuerza de Ley N.º 1, de 1971, argumentando que este decreto con fuerza de ley había sido dictado por el Presidente de la República una vez vencido el plazo establecido para ello por la ley delegatoria. Se trataba de un decreto con fuerza de ley, respecto del cual la Contraloría General de la República había tomado razón, estaba publicado y producía efectos jurídicos.

Para resolver la cuestión de constitucionalidad el Tribunal Constitucional tuvo presente que la Ley N.º 17.314, vigente desde el 24 de julio de 1970, había autorizado al Presidente de la República para que dentro de un plazo de seis meses dictara normas aplicables a la industria electrónica. De los antecedentes enviados por la Contraloría General de la República, el Tribunal Constitucional estableció que el Presidente de la República expidió con fecha 22 de enero de 1971 el Decreto con Fuerza de Ley N.º 1, siendo el mismo retirado de la Contraloría el 10 de febrero para salvar omisiones, y vuelto a enviar a dicho organismo el 26 de octubre de 1971. Luego que la Contraloría General de la República lo objetara y fuera devuelto el 26 de noviembre de 1971, el Presidente de la República lo devolvió el 17 de enero de 1972, tomándose razón de él el 27 de enero, siendo publicado recién el 18 de febrero de 1972.<sup>11</sup>

En su sentencia de 5 de abril de 1972 el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el Decreto con Fuerza de Ley N.º 1, de 1971, luego de constatar que efectivamente el mismo se había dictado una vez vencido el plazo establecido por la ley

11 Al respecto, puede consultarse: Tribunal Constitucional, Primeros cinco fallos dictados por el Tribunal Constitucional de la República de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1972, pág. 117.

delegatoria. Para ello *consideró que transgredir el marco de la ley delegatoria era inconstitucional, "porque una vez vencido el plazo legal, el Presidente de la República actúa sin la autorización que la Carta Fundamental establece y, por lo tanto, la infringe,"*<sup>12</sup>

Al respecto, el tratadista don Enrique Evans de la Cuadra ratificó la competencia del Tribunal Constitucional de establecer la concordancia entre el decreto con fuerza de ley y la Constitución como la que debe existir entre el decreto con fuerza de ley y la ley habilitante, aspecto que se desprende tanto de la historia de la reforma constitucional y del propio precepto. Es así como el Profesor Evans indica:

*"b) Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un Decreto con Fuerza de Ley, y sobre el particular nos remitimos a lo expresado en un capítulo anterior reiterando que podría el Tribunal examinar tanto la evaluación Decreto con Fuerza de Ley – Constitución como la concordancia que debe existir entre el Decreto con Fuerza de Ley y Ley Habilitante. Así aparece de la historia de la Reforma de 1970 y se desprende de la letra de este precepto, especialmente si se considera quiénes y cuándo pueden reclamar ante el Tribunal."*<sup>13</sup>

Por su parte, el ex-Presidente del Tribunal Constitucional don Enrique Silva Cimma en su libro "El Tribunal Constitucional de Chile (1971–1973)" se refirió también a esta materia, reafirmando que el control de constitucionalidad que ejercía el Tribunal Constitucional abarcaba tanto los casos en que el decreto con fuerza de ley infringiera la Constitución o que excediera o contraviniera la ley autorizante.<sup>14</sup> En su libro ya mencionado indicó:

*"El fallo sentó evidentemente la buena doctrina. Al dictarse por el ejecutivo un D.F.L., se utiliza una facultad de excepción que queda por lo tanto circunscrita constitucionalmente a los términos de la ley delegante que lo autoriza. No puede excluirse de esos términos ni en su contenido ni en el ejercicio en el tiempo de la atribución que se le ha dado. Cuando ejercita esa atribución delegada el ejecutivo no puede salirse de los términos de la Constitución ni de los plazos fijados, ni aun a pretexto de que la administración está obligada a actuar, lo que se vincula a la teoría de los plazos en materia administrativa, que sufre a este respecto una interesante restricción"*<sup>15</sup>

Puede concluirse, de esta manera, que *el Tribunal Constitucional de 1970 reafirmó su competencia para resolver las cuestiones de constitucionalidad si un decreto con fuerza de ley violaba la ley delegatoria*, considerando que se trasgredía la norma constitucional si el Presidente de la República dictaba estos decretos con fuerza de ley una vez transcurrido el plazo establecido en la ley delegatoria, específicamente del artículo 44, N.º 15, inciso cuarto, declarando que en este caso quedaba sin efecto ni valor el decreto con fuerza de ley impugnado.

12 Sentencia del Tribunal Constitucional que deja sin efecto, por inconstitucional, el D.F.L. N.º 1, de 1971, que fija normas sobre la industria electrónica, Considerando 10, contenida en Tribunal Constitucional, ob. cit., pág. 118 y s.

13 Enrique Evans de la Cuadra, Chile, hacia una Constitución contemporánea, Tres reformas constitucionales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1973, pág. 73.

14 Enrique Silva Cimma, El Tribunal Constitucional de Chile (1971–1973), Colección Estudios Jurídicos N.º 3 Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1977, pág. 136 y ss.

15 Silva Cimma, ob. cit., pág. 141.



## 2.0. Aspectos históricos relativos al artículo 82, N.º 3 y 88, inciso segundo y tercero de la Constitución de 1980

Cuando la Contraloría General de la República representa un decreto con fuerza de ley por excederse o contravenir la ley delegatoria o por ser inconstitucional, el Presidente de la República no puede insistir. En este caso, el Presidente puede conformarse con la representación de la Contraloría General de la República, no perseverando o modificando su criterio al respecto o, *"en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que éste resuelva la controversia"* (artículo 88, inciso tercero de la Constitución).

De esta manera, le corresponde al Tribunal Constitucional en virtud del artículo 82, N.º 3 de la Constitución, resolver la controversia entre estos órganos constitucionales. Sin embargo, mientras el artículo 88 de la Constitución plantea que la controversia o conflicto jurídico puede referirse a alguna de las tres causales diversas, esto es, por exceder o contravenir el decreto con fuerza de ley la ley delegatoria o por ser inconstitucional, el artículo 82, inciso séptimo señala que el Presidente de la República puede plantear la cuestión en el caso en que la Contraloría General de la República *"rechace por inconstitucional un decreto con fuerza de ley"*.

Surge así la discusión interpretativa, ¿puede el Presidente de la República recurrir al Tribunal Constitucional también en caso de producirse una representación por exceder o contravenir el decreto con fuerza de ley la ley delegatoria?

Respecto de las dos primeras causales, éstas estaban ya consideradas en el texto constitucional de 1925 luego de la reforma efectuada en el año 1970. Exceder la ley delegatoria implica que el decreto con fuerza de ley regula materias no previstas en la delegación que lo autorizara, yendo razonablemente más allá de ella. Contravenir la ley delegatoria es obrar en contra de lo que se ha mandado, alterando directamente lo encomendado, no respeta las "limitaciones, restricciones y formalidades que se estimen convenientes" por el legislador.

En lo que respecta a la facultad conferida a la Contraloría General de la República de no tomar razón del decreto con fuerza de ley cuando contraviene la Constitución, esta atribución es nueva y no tiene su antecedente en la reforma constitucional de 1970.

La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República incorporó, al analizar la consagración de un capítulo referido a la Contraloría General de la República, referencias expresas relativas a este órgano de control respecto de los decretos con fuerza de ley. Fue el comisionado Raúl Bertelsen quien propuso consagrar un precepto similar al inciso penúltimo del artículo 44 de la Constitución de 1925, después de 1970, referida inicialmente sólo a efectuar un control de legalidad.<sup>16</sup> Con

16 Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile, Santiago 1981, Sesión 326, pág. 1774.

posterioridad el mismo comisionado solicitó que la Contraloría General de la República pudiera rechazar los decretos con fuerza de ley “cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución”.<sup>17</sup> Sobre el particular el comisionado Jaime Guzmán acotó:

*“Expresa que le parece de gran importancia y muy acertado que la indicación agregue, como lo hace, que la facultad del Contralor para representar los decretos con fuerza de ley no sólo tenga lugar cuando contravengan o excedan la ley delegatoria, como lo señalaba el antiguo artículo de la Carta Fundamental, sino también cuando sean contrarios a la Constitución, porque de esta manera la facultad abarca un panorama completo de la posible ilegalidad o inconstitucionalidad en que pueda incurrir el decreto con fuerza de ley, lo que no estaba debidamente precisado en la Constitución vigente.”*<sup>18</sup>

Cabe tener presente, que durante la vigencia de la Constitución de 1925 la doctrina había negado la posibilidad de que la Contraloría General de la República pudiera rechazar un decreto con fuerza de ley inconstitucional, toda vez que la Constitución no consagraba expresamente esta atribución. Al respecto el profesor Silva Cimma señaló:

*“Cabe entonces preguntarse: ¿y si el decreto con fuerza de ley no contraviene dicha autorización pero en alguno de sus preceptos se excede otra norma sustantiva de la Constitución, puede la Contraloría rechazarlo? A nuestro juicio, no, porque es ahora atribución del Tribunal Constitucional como lo dispone la letra b) del artículo 78 b) de la Carta “resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley”. Fue entonces la propia Constitución la que en la misma reforma dio atribuciones a la Contraloría para rechazar el decreto con fuerza de ley únicamente cuando excede o contraviene la autorización conferida al Presidente de la República para dictarlo, y al Tribunal Constitucional en cambio para resolver las cuestiones que se susciten sobre su constitucionalidad. La norma jurídica es ahora clara al respecto.”*<sup>19</sup>

A la luz de estos antecedentes es posible presumir que en la mente de los miembros de la Comisión Ortúzar, profesores de Derecho Constitucional, estaba la necesidad de acrecentar el *control jurídico* que ejercía la Contraloría General de la República en el caso que un decreto con fuerza de ley fuera inconstitucional por contravenir directamente cualquiera otra norma de la Constitución, pero no limitar o restringir el *control jurisdiccional* que ejercía el Tribunal Constitucional.

### ***3.0. La opinión de la doctrina sobre la competencia del Tribunal Constitucional respecto de los decretos con fuerza de ley***

La doctrina sostiene mayoritariamente que si un decreto con fuerza de ley excede o contraviene la ley delegatoria incurre en una ilegalidad y no en una cuestión de

17 Comisión de Estudio, ob. cit., Sesión 329, pág. 1799.

18 Comisión de Estudio, ob. cit., Sesión 329, pág. 1803.

19 Silva Cimma, ob. cit., pág. 139.

constitucionalidad, materia que consecuentemente sería una atribución exclusiva de la Contraloría General de la República, careciendo el Tribunal Constitucional de competencia para conocer de la materia.

El Profesor Alejandro Silva Bascuñán sostuvo al analizar la reforma constitucional del año 1970 que *“la determinación sobre si el contenido preceptivo del decreto con fuerza de ley se halla o no comprendido en la materia de la delegación, no representa, a nuestro juicio, una cuestión de constitucionalidad susceptible de explicar un requerimiento al Tribunal Constitucional, sino que importa un simple problema de legalidad, desde que consiste en comparar el texto del Decreto con Fuerza de Ley con lo ordenativo de la ley habilitante y esa tarea envuelve un asunto de mera legalidad, comprendido en la jurisdicción de la justicia ordinaria. Mientras tanto, abre, evidentemente, una cuestión de constitucionalidad la apreciación de si la sustancia de lo que ordena el decreto con fuerza de ley pugna o no con la normativa constitucional”*.<sup>20</sup>

Por otra parte, los profesores Mario Verdugo y Emilio Pfeffer señalan sobre el particular:

*“Determinar si el contenido preceptivo de un decreto con fuerza de ley se halla o no comprendido dentro del marco preestablecido por la ley habilitante, no representa, a nuestro juicio, una cuestión de constitucionalidad, sino que importa un simple problema de legalidad. Por consiguiente, no puede recurrirse por este motivo al Tribunal Constitucional. Mientras tanto, abre, evidentemente, una cuestión de constitucionalidad la apreciación de si la sustancia de lo que ordena el decreto con fuerza de ley pugna o no con la normativa constitucional”*.<sup>21</sup>

Igualmente, el profesor Humberto Nogueira distingue entre los vicios de constitucionalidad y los de legalidad, señalando que los primeros compete conocerlos a la Contraloría General de la República y al Tribunal Constitucional, mientras que los segundos corresponde que sean representados por la Contraloría General de la República, antes de la entrada en vigencia del decreto con fuerza de ley y por cualquier tribunal competente en la materia, después de su publicación en el Diario Oficial.<sup>22</sup>

Además, el profesor Francisco Zúñiga afirma que *“una cuestión de fondo es estimar que queda comprendida en las “cuestiones sobre constitucionalidad” el juicio fundado en la Constitución como parámetro de control, quedando excluido el juicio de legalidad del D.F.L. que concierne a la ley habilitante, lo que es de competencia de la Contraloría General de la República”*.<sup>23</sup>

20 Alejandro Silva Bascuñán, El Tribunal Constitucional, en: La reforma Constitucional de 1970, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1971, pág. 258.

21 Mario Verdugo M. y Emilio Pfeffer U., Tribunal Constitucional, en: Mario Verdugo Marinkovic, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá, Derecho Constitucional, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pág. 247.

22 Humberto Nogueira Alcalá, La delegación de facultades en el ordenamiento jurídico chileno, en: Universidad de Talca, Revista Ius et Praxis, Editorial Universidad de Talca, Talca, Año 7, N.º 2, 2001, págs. 81 y ss.

23 Francisco Zúñiga Urbina, Controles de la potestad legal y reglamentaria, en: Universidad de Talca, Revista Ius et Praxis, ob. cit., pág. 128. Así también en Francisco Zúñiga Urbina, Elementos de Jurisdicción Constitucional, Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago 2002, Tomo II, pág. 89.

El profesor Molina es igualmente tajante en esta materia al señalar:

*“El precepto limita expresamente el requerimiento del Presidente de la República al caso de la representación por “inconstitucionalidad” de un D.F.L. Queda por tanto impedido de accionar en el caso de representación por ilegalidad o simple antijuridicidad”.*<sup>24</sup>

Por último, también Alan Bronfman, Felipe de la Fuente y Fernando Parada se manifiestan restrictivamente respecto de la competencia del Tribunal Constitucional en esta materia y expresan:

*“Empero, debe tenerse presente que el Art. 88 N.º 3 CPR es claro al señalar que al Tribunal sólo le corresponde resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley. Si bien es cierto que, en términos amplios, el mismo hecho de sobrepasar el marco fijado por la ley habilitante se traducirá en una inconstitucionalidad del DFL, por invadir sin autorización la esfera legislativa, el inciso segundo del Art. 88 CPR obliga a la Contraloría a representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución. Con ello parece distinguir entre la ilegalidad y la inconstitucionalidad de los DFL, de forma tal que es muy dudosa la posibilidad de asimilar el exceso frente a la ley habilitante a un caso más de contrariedad de la Carta Política, y más todavía lo será en las situaciones de contravención de lineamientos de fondo fijados por el Congreso. Por lo tanto, el juicio que la Contraloría formule acerca de la ilegalidad de un DFL reviste el carácter de definitivo, puesto que el Presidente no puede insistir, ni tampoco pedir que los antecedentes pasen al Tribunal Constitucional”.*<sup>25</sup>

Una tesis contraria es la sustentada por ex Presidente del Tribunal Constitucional don Israel Bórquez, en una clase magistral dada en Valparaíso. En esta conferencia titulada “El Tribunal Constitucional. Su justificación histórica e institucional. Funciones y Procedimiento”, el Presidente del Tribunal Constitucional manifestó:

*“Resulta evidente que la facultad que tiene el Tribunal en este caso es para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley, no de la ley habilitante, respecto de cuya constitucionalidad puede pronunciarse en ejercicio de la atribución que acabamos de analizar.*

*Sin embargo, debemos hacer presente que el Tribunal está facultado por esta vía para pronunciarse acerca de si el decreto con fuerza de ley excede o no el marco trazado por la ley delegatoria. Si bien se plantea en tal caso un problema de legalidad, también se produce uno de constitucionalidad, puesto que el decreto con fuerza de ley que excede el marco de la ley habilitante es, a todas luces, inconstitucional.*

*Confirma, por lo demás, esta interpretación, lo expresado por el Presidente de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, quien, refiriéndose al tema en el seno de dicha*

24 Hernán Molina Guaita, Los decretos con fuerza de ley en la Constitución de 1980, en: Universidad de Talca, Revista Ius et Praxis, ob. cit., pág. 97.

25 Alan Bronfman Vargas, Felipe de la Fuente Huland y Fernando Parada Espinoza, El Congreso Nacional, Estudio Constitucional. Legal y Reglamentario, Centro de Estudios y Asistencia Legislativa, Universidad Católica de Valparaíso, Imprenta Libra, Valparaíso 1993, pág. 332. Lo destacado en negrita, está en letra cursiva en el texto original.

*Comisión, expresó: “los decretos con fuerza de ley... que excedan la autorización legislativa o el marco constitucional... son inconstitucionales y, por lo tanto, caen dentro de los términos del inciso que dispone que el desacuerdo deberá ser resuelto por el Tribunal Constitucional” (sesión 322, pág. 1702).<sup>26</sup>*

La opinión a que aludió en su conferencia el Presidente del Tribunal Constitucional, por lo demás, es coincidente con la expresada por el entonces Presidente de la Comisión de Estudio don Enrique Ortúzar, al manifestar que *“concuerd a en que no puede darse el caso de la insistencia de un decreto con fuerza de ley. Porque, si la Contraloría lo ha objetado por ser ilegal, es porque necesariamente es inconstitucional. ¿Puede darse el caso de un decreto con fuerza de ley que se ha reparado por ilegalidad por la Contraloría sin que a la vez tenga que ser necesariamente reparado por inconstitucionalidad? Porque, ¿cuándo va a ser ilegal? Cuando el decreto evidentemente aborda materias con respecto de las cuales no estuvo facultado el Presidente de la República en la ley delegatoria. En este caso es inconstitucional.”<sup>27</sup>*

#### **IV. Aspectos Relevantes de la Sentencia del Tribunal Constitucional Sobre la Materia**

Dada la trascendencia de la cuestión que estaba en discusión, esto es, la competencia que sobre el particular correspondía al Tribunal Constitucional y a la Contraloría General de la República, aspecto que determinaba el ámbito en que el Presidente de la República, las Cámaras legislativas y las minorías parlamentarias detentaban la legitimidad activa para recurrir ante el Tribunal Constitucional, este órgano jurisdiccional destinó una parte importante de su sentencia, bajo el título I denominado *Cuestiones Previas*, a aclarar la cuestión de Estado que envolvía el requerimiento formulado, esto es, qué debía entenderse por *“resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley”*.

El Tribunal Constitucional señaló que *“en atención a lo que se ha expuesto en sus respectivos informes por el señor Vicepresidente de la República y por el señor Contralor General de la República, resulta necesario, en un ámbito puramente abstracto, analizar dos cuestio-*

26 La conferencia del ex Presidente del Tribunal Constitucional es relevante, pues dicha opinión ha sido considerada ya por este Tribunal en la fundamentación de sus sentencias, no como una opinión meramente personal, sino que institucional, del propio Tribunal. Así es como en el año 1992, al discutirse si el Tribunal Constitucional detentaba o no atribuciones para declarar la inconstitucionalidad de los decretos supremos en virtud del artículo 82, N.º 5, se invocó esta opinión para sostener la tesis acogida y se acompañó en el requerimiento también esta conferencia, lo que este Tribunal Constitucional utilizó en los fundamentos de su fallo para constatar efectivamente la existencia de dicha competencia. En la Sentencia Rol N.º 116, Considerando 9º el Tribunal Constitucional argumentó: *“Que a mayor abundamiento este Tribunal Constitucional tiene presente lo expuesto por el ex Presidente de él, señor Israel Bórquez Montero en el discurso que pronunció en la Universidad Católica de Valparaíso en octubre de 1982 y que contó con la aprobación de la totalidad de los miembros de dicho Tribunal señores José María Eyzaguirre Echeverría, Enrique Correa Labra, Enrique Ortúzar Escobar, Eugenio Valenzuela Somarriva, Julio Philippi Izquierdo y José Vergara Vicuña...”*

27 Comisión de Estudio, ob. cit., sesión 326, pág. 1775 y ss.

*nes de capital importancia para la decisión de la materia propuesta en los requerimientos formulados a esta Magistratura, precisando, en todo caso y desde ya, que lo que los requirentes solicitan es la inconstitucionalidad del Decreto con Fuerza de Ley N° 21, de 2003, y no la de la Ley Delegatoria.*

*La primera cuestión que deberá analizarse es la de la competencia de este Tribunal para conocer de la inconstitucionalidad de un decreto con fuerza de ley; y la segunda, si la extralimitación del Presidente de la República, en el ejercicio de la potestad delegada, origina sólo un problema de ilegalidad o, también, suscita uno de inconstitucionalidad. Es evidente que ambos problemas se encuentran íntimamente vinculados entre sí, puesto que si se resuelve que se trata de un asunto de constitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82, N° 3°, de la Carta Fundamental, necesariamente habrá de concluirse que esta Magistratura tiene competencia para conocer del reclamo interpuesto”.*

Esta precisión, que lo que discutía era la inconstitucionalidad del Decreto con Fuerza de Ley N.º 21, de 2003, y no la de la Ley Delegatoria N.º 19.863, es relevante, pues existió la tentación de los requeridos de argumentar que lo que se pretendía era ejercer un control de constitucionalidad respecto de una ley vigente, no estando el control a posteriori de las leyes encomendado a este órgano jurisdiccional.

El Tribunal Constitucional argumentó más adelante:

*“(E)s esta Magistratura la que debe resolver, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82, N° 3°, de la Constitución, si el decreto con fuerza de ley fue correctamente representado por la Contraloría por alguna de las dos causales señaladas en el referido artículo 88, a saber: exceder o contravenir la ley delegatoria o contravenir la Constitución.*

*Si el Presidente de la República puede recurrir a este Tribunal en el evento que la Contraloría represente un decreto con fuerza de ley por exceder o contravenir la ley delegatoria, no se divisa razón para negarle a alguna de las Cámaras, o a la cuarta parte de los Senadores o Diputados en ejercicio, la posibilidad de recurrir, por el mismo motivo, a esta Magistratura, según se desprende de una interpretación armónica y sistemática de la Carta Fundamental. Concluir lo contrario significaría consagrar una evidente desigualdad en relación con la situación de los diversos titulares activos que pueden solicitar la intervención de este Tribunal, lo cual no es admisible atribuir al Constituyente”<sup>28</sup>;*

Disentimos del Tribunal Constitucional en cuanto estamos en presencia de dos causales. La Constitución en el artículo 88, inciso tercero, utiliza la conjunción disyuntiva “o” para separar o diferenciar las causales o alternativas, esto es, son diversas unas de las otras. Los decretos con fuerza de ley deben ser representados cuando “excedan (causal 1) o contravengan (causal 2) la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución (causal 3)”, lo que conlleva que existen tres alternativas diversas por los cuales pueden ser representados. Estas tres causales se diferencian entre sí, pues las dos primeras transgreden el marco jurídico de

28 STC 392, acumulados, Considerando Quinto.

la ley delegatoria y con ello indirectamente la norma constitucional excepcional que permite su existencia (artículo 61) (inconstitucionalidad indirecta o de segundo orden), mientras el tercer evento cubre las trasgresiones directas o de primer orden a la Constitución, esto es, la violación inmediata de los preceptos constitucionales.

Compartimos, sin embargo, el argumento de fondo que expresa el Tribunal Constitucional, pues lo expresamos también como abogado de los H. Senadores requirentes en un "Téngase presente". Fuera de lo anterior, consideramos que se trata no sólo de establecer una igualdad entre los órganos constitucionales en cuanto a su legitimidad activa para recurrir ante el Tribunal Constitucional, sino que reafirmar el rol del Tribunal Constitucional como supremo guardián de la Constitución, evitando que la Contraloría General de la República pueda arrogarse, producto del ejercicio del trámite de la toma de razón, un "derecho a veto" absoluto e inapelable frente al Presidente de la República.

Más adelante, después de reafirmar su competencia para conocer los casos en que se invocara que el decreto con fuerza de ley excede o contraviene la ley delegatoria, el Tribunal Constitucional señaló que *"la otra cuestión referida en la reflexión primera, consiste en decidir si la extralimitación del Presidente de la República en el ejercicio de la potestad delegada origina sólo un problema de ilegalidad o, también, suscita uno de inconstitucionalidad. Si queda demostrado que se trata de esta última, entonces se habrá confirmado, una vez más, la competencia de esta Magistratura para conocer del asunto sub-lit;"*<sup>29</sup>

Luego de transcribir el artículo 61 de la Constitución, el Tribunal Constitucional argumentó:

*"Noveno. Que, del texto constitucional transcrito, interesa destacar lo que prescribe su inciso cuarto, puesto que es de absoluta nitidez que si la Norma Fundamental exige que la ley delegatoria señale las materias precisas sobre las que recae la delegación, es porque esta delegación sólo autoriza al Presidente de la República para actuar dentro de los límites determinados en la autorización correspondiente y, al sobrepasarlos, es notorio que está contraviniendo la prohibición contenida en el precepto en comento, así como, en el artículo 60 de la Carta Fundamental y que, en consecuencia, adolece de inconstitucionalidad el respectivo decreto con fuerza de ley.*

*Por otro lado, es igualmente notorio que si en el decreto con fuerza de ley se sobrepasan los límites establecidos por el Poder Legislativo, no sólo se está invadiendo el campo de la reserva legal, sino que, además, se infringe el artículo 7º de la Carta Fundamental, desde que ese acto jurídico ha sido expedido por el Presidente de la República fuera del ámbito de su competencia, lo que lo hace, también, inconstitucional;"*<sup>30</sup>

Compartiendo plenamente la línea argumental del Tribunal Constitucional, nos referiremos a ello en el siguiente punto.

29 STC 392 acumulados, Considerando Séptimo.

30 STC 392 acumulados, Considerando Noveno.

## **V. Fundamentos de la Competencia del Tribunal Constitucional para Resolver las Cuestiones que se Susciten Sobre la Constitucionalidad de un Decreto con Fuerza de Ley**

Complementando la sentencia del Tribunal Constitucional, consideramos que existen sólidos fundamentos que avalan la competencia del Tribunal para conocer los casos en que un decreto con fuerza de ley excede o contraviene la ley delegatoria, como cuando directamente es inconstitucional.

### **Primer Fundamento**

#### **Voluntad de incrementar los controles de los decretos con fuerza de ley**

Los decretos con fuerza de ley fueron incorporados en el año 1970, buscando constitucionalizar una práctica existente durante la vigencia de la Constitución de 1925, pero adoptando diversos resguardos para impedir que mediante ellos el Presidente de la República pudiera sustituir al Congreso Nacional como órgano legislativo. Consecuentemente el constituyente previó la posibilidad que el Congreso Nacional pudiera establecer o determinar las limitaciones, restricciones y formalidades que se estimaren convenientes. Además, expresamente mandató a la Contraloría General de la República para que ejerciera el control de legalidad de los decretos con fuerza de ley, debiéndolos rechazar cuando excedieran o contravinieran la delegación referida. Sin embargo, el constituyente fue más lejos y confirió también al Tribunal Constitucional la competencia para resolver las cuestiones que se suscitaren sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley, sea a petición del Presidente de la República, de cualquiera de la Cámaras legislativas o de al menos un tercio de sus miembros en ejercicio, en los casos que ella determinó.

La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República buscó perfeccionar el sistema de control jurídico conferido a la Contraloría General de la República como el control jurisdiccional que ejerce el Tribunal Constitucional, brindando además un adecuado contrapeso al Presidente de la República, luego que limitara las posibilidades de que éste ejerciera la facultad de insistir ante una representación por parte de la Contraloría General de la República. Haciendo mención a que el decreto con fuerza de ley es formalmente un decreto supremo pero materialmente una ley, reguló en un inciso propio la facultad de la Contraloría General de la República de representarlos en caso que excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución.<sup>31</sup>

31 Artículo 93, inciso segundo, del Anteproyecto elaborado por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República.



Consciente que en la Constitución de 1925 esta atribución se refería únicamente al caso que contraviniera o excediera la ley delegatoria, incorporó dentro de las atribuciones de la Contraloría General de la República el evento que el decreto con fuerza de ley viole la propia Constitución, *“porque de esta manera la facultad abarca un panorama completo de la posible ilegalidad o inconstitucionalidad en que puede incurrir el decreto con fuerza de ley, lo que no estaba debidamente precisado en la Constitución vigente”*.<sup>32</sup> Es más, al informar el comisionado Gustavo Lorca acerca del Tribunal Constitucional, detalló una gama de atribuciones que debía detentar para el cumplimiento de su misión de velar por la supremacía constitucional, entre otras, la de *“considerar, en forma obligatoria, los llamados “decretos con fuerza de ley”, a fin de apreciar la extensión de la delegación de facultades del Congreso Nacional en el Presidente de la República”*.<sup>33</sup>

Analizando la historia del actual artículo 82, N.º 3 de la Constitución de 1980 no existen antecedentes que permitan establecer ni presumir que la voluntad de la Comisión de Estudio fuera limitar o restringir el ámbito de competencia del Tribunal Constitucional en el control de los decretos con fuerza de ley. Por el contrario; su voluntad y accionar estuvo orientado a acrecentar los controles tendientes a resguardar la legalidad y la constitucionalidad. A los integrantes de esta Comisión de Estudio, como profesores de Derecho Constitucional, no les era tampoco desconocida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de 1970 sobre la materia, que comprendió dentro del concepto “cuestiones de constitucionalidad” tanto el control de las normas constitucionales sustantivas como el marco de la ley delegatoria, aspectos que aceptaron implícitamente al incorporar dicho articulado en el texto constitucional que elaboraban.

La ampliación de las atribuciones de la Contraloría General de la República para que ejerza un control de legalidad y de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley no guarda así relación con la voluntad de limitar la competencia del Tribunal Constitucional, sino que busca incrementar y perfeccionar las instancias de control a que está sometida la legislación delegada.

## **Segundo Fundamento**

### **Necesidad de mantener un adecuado equilibrio entre las atribuciones del Presidente de la República y las de la Contraloría General de la República**

El artículo 88, inciso segundo, de la Constitución permite que la Contraloría General de la República represente un decreto con fuerza de ley porque excede o contraviene la ley delegatoria o porque contraviene la Constitución, no pudiendo en ninguno de estos eventos el Presidente de la República insistir con la firma de todos sus Ministros. Distinto es el caso de un simple decreto o resolución dictado en el ejercicio de la potestad

32 Así el comisionado Jaime Guzmán en: Comisión de Estudio, ob. cit., Sesión 329, pág. 1803.

33 Comisión de Estudio, ob. cit., Sesión 358, pág. 2335.

reglamentaria, pues si la representación se funda en una ilegalidad, el Presidente de la República sí puede insistir, no así si ella es consecuencia de una inconstitucionalidad.

La Contraloría General de la República y mayoritariamente la doctrina nacional sostienen que el Presidente de la República no tendría más opciones en caso de contravenir o exceder su decreto con fuerza de ley la ley delegatoria que “doblegarse” ante la Contraloría, estándole vedado recurrir ante el Tribunal Constitucional. Esta tesis confiere así a la Contraloría General de la República un poder absoluto ante el Presidente de la República, pues su opinión jurídica sería irreversible, careciendo el Ejecutivo de algún medio jurídico para imponer su criterio, salvo solicitar al Contralor una reconsideración.

Para avanzar en la exégesis que nos convoca, es conveniente tener nuevamente a la vista el inciso tercero del artículo 88 de la Constitución, que indica:

*“Si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que éste resuelva la controversia.”*

Una lectura más acuciosa permite descifrar una cuestión de fondo que está aquí en juego, tal es, un equilibrio entre reatarle al Presidente de la República de la facultad de insistir y, por la otra, la atribución de remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional para que éste resuelva la controversia entre él y la Contraloría General de la República.

No podemos olvidar el rol determinante que corresponde al Presidente de la República en el sistema político chileno, y que la Constitución consigna en el artículo 24, pues a él le corresponde el gobierno y la administración del Estado. La Contraloría General de la República, por su parte, no integra aquellos órganos políticos, toda vez que su función primordial es velar por que la administración pública enmarque su accionar en la Constitución y la Ley.

El constituyente distinguió claramente entre el ejercicio de una potestad especial, el dictar decretos con fuerza de ley, y el ejercicio de la potestad reglamentaria (dictar decretos y resoluciones). En el caso de los decretos con fuerza de ley, el constituyente no diferenció las razones por las cuales el órgano contralor pudo representarlo, y derechamente impidió en todos los casos el ejercicio de la facultad presidencial de insistir. Distinta es, sin embargo, la situación de los decretos o resoluciones, pues en este caso el constituyente fue preciso y estableció que sólo si la representación se funda en una inconstitucionalidad el Presidente de la República no puede insistir, no así si su rechazo es por una ilegalidad.

Para reafirmar lo señalado es igualmente interesante considerar el artículo 82, N.º 6 de la Constitución, que confiere al Tribunal Constitucional la atribución de “resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la

*Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional'*, precisando igualmente el fundamento de la representación. Si la voluntad del constituyente hubiere sido otorgar un poder omnímodo a la Contraloría General de la República para representar los decretos con fuerza de ley que exceden o contravienen la ley delegatoria, limitando al Tribunal Constitucional conocer estos casos, habría modificado el texto contenido en la Constitución de 1925 y el tema habría sido objeto de un detallado análisis, de lo que no existe constancia.

### **Tercer Fundamento**

#### **Salvaguardar la atribución de las Cámaras legislativas y de las minorías parlamentarias de recurrir ante el Tribunal Constitucional**

El artículo 82, inciso séptimo de la Constitución prevé el derecho que sea cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio los que promuevan la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, si la Contraloría General de la República hubiere tomado razón de un decreto con fuerza de ley que se impugne por inconstitucionalidad. Este requerimiento deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la publicación del respectivo decreto con fuerza de ley.

La norma es escueta en lo referente a la competencia del Tribunal Constitucional y se refiere a "*las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley*". El punto del debate es nuevamente la amplitud de la atribución del Tribunal Constitucional, si los requirentes son cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio. Si las Cámaras o la cuarta parte de sus miembros en ejercicio consideran que el decreto con fuerza de ley ya publicado excede o contraviene la ley delegatoria, ¿carecen de la atribución de recurrir al Tribunal Constitucional?

En nuestra opinión no existe fundamento alguno para argumentar de manera diversa cuando es la Cámara de Diputados, el Senado o la cuarta parte de los Senadores o Diputados en ejercicio los que recurren, en virtud del artículo 82, N.º 3 de la Constitución, que cuando lo realiza el Presidente de la República, si el Contralor General de la República le representó un decreto con fuerza de ley por excederse o contravenir la ley delegatoria.<sup>34</sup> Es más; dado que el Tribunal Constitucional ha considerado que el artículo 82, N.º 5 y 12 tienen por objeto recurrir ante este órgano jurisdiccional en el evento que el Presidente de la República ejerza la potestad reglamentaria de ejecución y autónoma, respectivamente,<sup>35</sup> ello llevaría al absurdo que dictar decretos con fuerza de ley, atribución especialísima consagrada en el artículo 32, N.º 3 de la Constitución, diversa a las anteriores y con mayor impacto dada su fuerza de ley, carecería de una vía procesal ante el Tribunal Constitucional para lograr su efectivo control de

34 Así también argumentó el Tribunal Constitucional en su sentencia 392, acumulados, Considerando Quinto.

35 Sobre el particular véase la interesante sentencia Rol N.º 325.

constitucionalidad, en caso que el Presidente de la República se excediese o contraviene la ley delegatoria.<sup>36</sup>

Relevante es recordar en este aspecto el rol del Tribunal Constitucional de “Supremo Guardián de la Constitución” *como que debe desecharse aquella interpretación que cerceña de manera importante las atribuciones de esta Magistratura para velar por la supremacía constitucional de los actos de la Administración y altera el sistema de contrapesos de poderes en que se funda nuestra democracia, ya que priva a las minorías parlamentarias de ejercer un importante derecho para hacer efectivo el control de constitucionalidad*.<sup>37</sup>

Considerar que las cámaras legislativas o una parte de ellas carecen de la posibilidad de solicitar al Tribunal Constitucional un control jurisdiccional de la legislación delegada conlleva un contrasentido profundo con la historia constitucional de Chile, pues siendo los decretos con fuerza de ley una atribución de excepción, el constituyente fue reacio a su reconocimiento constitucional y cuando lo efectuó, adoptó los resguardos necesarios para evitar un uso arbitrario por parte del Presidente de la República.

Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional resguarda en mejor medida la supremacía constitucional como las atribuciones de las cámaras legislativas y de las minorías parlamentarias.

#### **Cuarto Fundamento**

#### **Resguardar el cumplimiento de la supremacía constitucional mediante el control indirecto de constitucionalidad de la legislación delegada**

Bronfman, de la Fuente y Parada, en su interesante estudio sobre el Congreso Nacional, reconocen que “*en términos amplios, el mismo hecho de sobrepasar la ley habilitante se traducirá en una inconstitucionalidad del DFL*”, pero luego niegan la posibilidad de recurrir al Tribunal Constitucional.<sup>38</sup> Cabe recordar, sin embargo, que el propio pre-

36 Cabe recordar sobre el particular que los decretos con fuerza de ley tienen una regulación expresa en la Constitución, diversa del tratamiento y regulación que la misma hace de la potestad reglamentaria autónoma y de ejecución, por lo que se consignó una atribución especial al Presidente de la República en el artículo 32, N.º 3, se reguló el procedimiento y ámbito de la ley delegatoria de atribuciones legislativas en el artículo 61, se precisó el alcance del control que ejerce la Contraloría General de la República en el artículo 88 y se consagró una atribución, igualmente expresa y singular, a favor del Tribunal Constitucional en el artículo 82, N.º 3 de la Ley Fundamental. No se trata en esta materia de un simple ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, pues no implementa mediante la potestad reglamentaria una norma legal, sino que dicta un decreto que tiene fuerza de ley, sobre materias legales que le han autorizado. Tampoco se trata del ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma, ya que para ejercer dichas atribuciones el Presidente de la República requiere siempre una delegación de atribuciones legislativas expresa y acotada en los términos que indica el artículo 61 de la Constitución. Por ello, mal procede recurrir ante el Tribunal Constitucional en virtud del artículo 82, N.º 5 o 12, en su caso, de la Constitución, considerando al respecto la jurisprudencia constitucional contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N.º 325. Esto es tal, debido a que el Presidente ejerce una atribución especialísima, reconocida y regulada, por lo tanto, en forma igualmente especial.

37 STC 325/30.

38 Loc. cit.

sidente de la Comisión de Estudio don Enrique Ortúzar fue enfático en afirmar que si la Contraloría General de la República objeta un decreto con fuerza de ley por ilegal, es porque necesariamente es inconstitucional.<sup>39</sup>

En la sentencia Rol 392 acumulados, el Tribunal Constitucional ha precisado que detenta competencia tanto para declarar si el decreto con fuerza de ley ha excedido o contravenido la ley delegatoria, como si ha contrariado la Constitución directamente, indicando que en estos tres supuestos estamos ante una “cuestión de inconstitucionalidad”.

Junto con compartir esta jurisprudencia debemos precisar que una inconstitucionalidad puede deberse a que la norma sujeta a control contraviene directamente la Constitución (inconstitucionalidad directa) o porque transgrede el marco delegatorio que autoriza su existencia (inconstitucionalidad indirecta).

Estamos ante inconstitucionalidad directa cuando el decreto con fuerza de ley viola cualquier norma constitucional, dogmática u orgánica, sustantiva o procesal, en particular aquellas que se refieren particularmente a los límites directos que ha fijado el constituyente para permitir su existencia. Tal es el caso cuando el decreto con fuerza de ley se dicta transcurrido un año desde que tuvo lugar la delegación, o si recae sobre materias que correspondan al dominio legal o sobre aquellas que están prohibidas según los incisos segundo y tercero del artículo 61 o que no se someta en cuanto a su publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley (artículo 61, inciso final de la Constitución).

En todos estos casos, incluso si la ley delegatoria autorizara al Presidente de la República para dictar decretos con fuerza de ley violando las disposiciones constitucionales, el Tribunal Constitucional debe declarar inconstitucional los decretos con fuerza de ley o aquella parte de éstos que no guarden la adecuada armonía con la ley fundamental.

Por el contrario, estamos ante una inconstitucionalidad indirecta, si un decreto con fuerza de ley viola únicamente el marco de la ley delegatoria y con ello, el inciso cuarto del artículo 61 y los artículos 6 y 7 de la Constitución. Es indirecta, pues el Tribunal Constitucional para comprobar el cumplimiento de los preceptos constitucionales debe necesariamente realizar una comparación entre el decreto con fuerza de ley y la ley delegatoria. Además, cabe considerar que el decreto con fuerza de ley debe no sólo responder a la norma que autoriza dicha delegación, sino que debe, además, corresponder a las ideas matrices del proyecto de ley que lo contiene.

De aceptarse la tesis que restringe la competencia del Tribunal Constitucional a realizar un control “directo” de constitucionalidad, la “cuestión de constitucionalidad” conllevaría un absurdo que no puede presumirse del constituyente, tal es, que el control se limitaría a verificar el respeto de la constitucionalidad de todas las normas de la ley fundamental, salvo las que regulan detalladamente la delegación de atribuciones

39 Comisión de Estudio, *ob. cit.*, Sesión 326, pág. 1775.

legislativas al Presidente de la República. De acuerdo a esta tesis restrictiva de la competencia del Tribunal Constitucional, éste debería velar por la supremacía de todas las normas constitucionales, no así el cumplimiento del artículo 6º, 7º, 61, inciso cuarto y artículo 88 de la Ley Fundamental. Esta situación conlleva un despropósito que debilita el Estado de Derecho, que no es posible de presumir del constituyente.

Un argumento recurrente para limitar el control de constitucionalidad únicamente a verificar la relación entre el decreto con fuerza de ley con la Constitución, y no así la existente entre el decreto con fuerza de ley y la ley delegatoria, es la creencia que el Tribunal Constitucional no debe entrar a conocer cuestiones concretas, diversas a las interpretaciones basadas en discusiones interpretativas abstractas. Esta apreciación es errónea, pues el Tribunal Constitucional al establecer en los hechos el cumplimiento de una norma constitucional, lo que verifica es si se ha respetado por parte del decreto con fuerza de ley los artículos 6º, 7º, 61, inciso 5º y 88, inciso 2º de la Constitución, esto es, las normas constitucionales que permiten su propia existencia, y no la constitucionalidad de la ley delegatoria ya vigente.

Efectivamente las atribuciones del Tribunal Constitucional miradas superficialmente parecieren ser principalmente un control de constitucionalidad que se limita a subsumir las normas inferiores a la Constitución, para establecer su constitucionalidad o inconstitucionalidad, sea que la norma inferior esté o no en concordancia con la norma rectora. Éste es más bien el caso del artículo 82, N.º 1 de la Constitución, pero no así los restantes, donde el Tribunal Constitucional conoce a requerimiento de los sujetos activos especialmente autorizados, resolviendo aspectos complejos y diversos, algunos tan distanciados de la interpretación jurídica abstracta como resolver sobre las inhabilidades constitucionales e incluso *meramente legales* que afectan a una persona para ser designada Ministro de Estado.

A manera de ejemplo, en el artículo 82, N.º 4 el Tribunal Constitucional debe resolver las "*cuestiones de constitucionalidad que se susciten con relación a la convocatoria a un plebiscito*", esto es, materias tan disímiles como la procedencia de la consulta plebiscitaria, la oportunidad y términos de la misma. Consecuentemente, el Tribunal puede modificar *el texto de la consulta convocada y la fecha de dicha convocatoria*, competencia que la Constitución le encomienda, pues los hechos contenidos en el decreto tienen una alta relevancia constitucional. Esta atribución dista de ser un mero control de constitucionalidad de normas, pues la procedencia de un plebiscito está relacionada con el procedimiento, oportunidad y plazos de reforma constitucional, incluso al interior de las Cámaras legislativas y del Congreso Pleno, supuestos de hecho que permiten convocar o no a un plebiscito. ¿Cómo puede el Excmo. Tribunal Constitucional resolver sobre la constitucionalidad del plebiscito si no realizando un estudio exhaustivo del contenido del decreto que convoca a dicha consulta, del texto del mismo, su redacción y estilo, como la fecha en que debe tener lugar?

Igualmente según el artículo 82, N.º 5, el Tribunal Constitucional debe resolver, entre otras materias, los reclamos en caso que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda, o dicte un decreto inconstitucional, confiriéndosele incluso la atribución de rectificar la promulgación incorrecta.<sup>40</sup> Pues bien, para ejercer dicha atribución debe el Tribunal Constitucional necesariamente revisar el procedimiento legislativo, analizar los oficios emanados de las Cámaras, cotejar textos diversos y luego de establecido ello, constatar el cumplimiento o no de la norma constitucional.

Por otro lado, al Tribunal Constitucional le compete en conformidad al artículo 82, N.º 11 de la Constitución establecer las inhabilidades constitucionales y legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones. ¿Acaso no es necesario, para ejercer su competencia, *subsumir los hechos* imputados a la norma *legal y constitucional, analizando así incluso documentos privados, como la celebración de contratos, participación en directorios, etc?*

Similar proceder tiene el Tribunal Constitucional cuando ejerce su competencia en los numerales 3º, 7º, 9º, 10º y 12º del artículo 82 de la Carta Magna, pudiendo señalarse que en estos casos se efectúa un análisis de los cuerpos normativos o de los hechos imputados, con el único objeto de verificar si los mismos violan, en definitiva, el marco constitucional. He ahí entonces, que la Constitución es, en definitiva, el alfa y omega de la justicia constitucional.

## VI. Conclusiones

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el requerimiento Rol 392, acumulado, tiene un valor trascendente para el sistema político chileno, pues el Tribunal Constitucional ha precisado su función en el control de los decretos con fuerza de ley, determinando de esta manera igualmente las atribuciones constitucionales que le corresponden a la Contraloría General de la República, al Presidente de la República, a la Cámara de Diputados, al Senado como a las minorías parlamentarias.

El Tribunal Constitucional ha expresado que es competente para conocer de las cuestiones de constitucionalidad que le formule el Presidente de la República, entendiendo comprendidas dentro de este concepto tanto cuando un decreto con fuerza de ley excede o contraviene la ley delegatoria, como cuando viola las disposiciones constitucionales. De este fundamento es posible argumentar que el Tribunal Constitucional es competente para declarar la inconstitucionalidad cuando la violación de las normas constitucionales se produce directamente como cuando ello es producto de la infracción de un orden jurídico que es autorizado por el constituyente y permite su existencia, delegación realizada en el marco de lo establecido en la Constitución (inconstitucionalidad indirecta).

40 Artículo 82, inciso 11 de la Constitución.

Un efecto no expresado en el fallo, pero de un profundo significado para el funcionamiento del régimen político chileno, es el hecho que el Tribunal Constitucional limitara los efectos de la representación que efectúa la Contraloría General de la República derivada de su función de toma de razón. Ello, pues la argumentación de este órgano de control se orientaba a que el Presidente de la República sólo podía recurrir al Tribunal Constitucional cuando se observaba un decreto con fuerza de ley por inconstitucional, no así si ello se fundaba en excederse o contravenir la ley delegatoria. Esta tesis jurídica, sin embargo, dejaba cautivo al Presidente de la República, dado que ante una representación por ilegalidad, la opinión jurídica de la Contraloría tenía fuerza vinculante *per se*, de carácter absoluto, sin que se le brindaran al Presidente de la República recursos ante una instancia jurisdiccional para promover una contienda entre órganos constitucionales.

Al precisar el Tribunal Constitucional que su competencia le permitía conocer esta diferencia entre los órganos constitucionales y al extender dicha prerrogativa a las cámaras legislativas y a las minorías parlamentarias, basado ello en el principio de la igualdad y en la no discriminación, ha consolidado la función de los órganos públicos que representan más cabalmente a la ciudadanía.

Más allá de la contradicción que conlleva que el Presidente de la República formulara dudas sobre la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de los casos en que se cuestiona un decreto con fuerza de ley que excede o contraviene la ley delegatoria, un gran ganador de este requerimiento es sin lugar a dudas el propio Ejecutivo. Ello, pues al permitirle recurrir al Tribunal Constitucional en caso que la Contraloría General de la República le represente un decreto con fuerza de ley por ilegal, le brinda una instancia jurisdiccional para discutir sus diferencias jurídicas con la Contraloría.

Igualmente relevante es esta sentencia para las cámaras legislativas y las minorías parlamentarias, dado que les brinda también una instancia jurisdiccional en caso de considerar que el Presidente de la República se ha excedido o contraviene la ley delegatoria, generando un sistema de pesos y contrapesos, en los cuales sobresale el rol jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

Por último, esta sentencia sitúa con fuerza al Tribunal Constitucional como supremo guardián de la Constitución, y reduce a una instancia de control jurídico y de cuentas en el ámbito administrativo a la Contraloría General de la República. De cierta manera, este fallo reviste tanta trascendencia institucional como a las Sentencias Roles 116 y 325, por las cuales el Tribunal Constitucional reafirmó su competencia frente a la Contraloría General de la República.



