



Santiago, cinco de julio de dos mil dieciocho.

VISTOS:

Requerimiento del Presidente de la República.

Con fecha 10 de junio de 2018, el Presidente de la República invocando los artículos 93, N° 9° y 99 de la Constitución Política de la República ha requerido a esta Magistratura resolver el conflicto de constitucionalidad suscitado respecto del decreto supremo promulgatorio de la Ley N° 21.081, que modifica la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

Tras reseñar a fojas 3 los principales hitos de tramitación del iter legis, señala que la Contraloría General de la República representó el decreto promulgatorio recién aludido mediante dictamen N° 10.865, de fecha 27 de abril del año en curso, recepcionado por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia con fecha 30 del mismo mes.

Cabe señalar que a fojas 122 del presente proceso, consta el acto de representación aludido, en el cual se señala que el decreto promulgatorio contiene normas declaradas inconstitucionales por este Tribunal en su sentencia Rol N° 4012, las cuales son indicadas con referencia al considerando respectivo de la sentencia que razona acerca de la inconstitucionalidad. A fojas 122 vta., último párrafo, el Contralor General agrega lo que denomina "situaciones que, sin constituir observaciones al decreto promulgatorio de la especie, se ha estimado hacer presente". Cabe observar que en el título del documento que rola a fojas 122 se señala "representa el decreto promulgatorio", que en su tercer párrafo el Contralor señala que le corresponde constatar que el texto promulgado se ajusta a la sentencia de control preventivo tras lo cual concluye que el texto promulgado contiene normas declaradas inconstitucionales.

A fojas 5, el requerimiento alude a la promulgación de la ley como atribución exclusiva del Presidente de la República en doctrina y conforme a la jurisprudencia, señalando que el objetivo de dicho trámite es constatar la existencia de la ley y la exactitud de su texto.

A fojas 7 y siguiente se refiere al decreto promulgatorio que tiene su fuente en el artículo 35 de la Carta Fundamental, agregando la regulación de los mismos en el Reglamento Orgánico del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Agrega que el decreto promulgatorio debe contener la transcripción íntegra y exacta del texto aprobado por el Congreso Nacional.

Asimismo, indica que en función del no cumplimiento de ese deber de fidelidad e integridad, la Contraloría General de la República puede representar el decreto que se aparta del texto aprobado, lo cual ha sido reconocido por este Tribunal en su sentencia Rol N° 2253.

Agrega además, que aparte de la toma de razón, el decreto promulgatorio está sujeto a control de constitucionalidad de este Tribunal de acuerdo a los



numerales 8° y 9° del artículo 93 de la Carta Fundamental. A fojas 10 y 11 expone las innovaciones que contenía el proyecto de ley y a fojas 12 se refiere al proceso de control preventivo que concluyó con la sentencia Rol N° 4012, constatando las discordancias entre las inconstitucionalidades a que alude la parte considerativa con aquellas que declara la parte resolutive.

A fojas 16 y siguientes señala que la Cámara de Diputados envió el Oficio N° 13.765 a la Presidencia de la República, de fecha 5 de marzo, transcribiendo la parte resolutive de la sentencia Rol N° 4012, dando por cumplido el control de constitucionalidad preventivo obligatorio y transcribiendo el texto a promulgar, excluyendo solamente las normas declaradas inconstitucionales en la parte resolutive del fallo, sin excluir las otras inconstitucionalidades a que se alude en la parte considerativa de la sentencia.

Con fecha 15 de marzo de 2018, el Presidente de la República dictó el decreto promulgatorio suscrito por los Ministros de Hacienda, Secretaría General de la Presidencia, Economía y Justicia. En cumplimiento del mandato constitucional y de lo señalado por esta Magistratura, incorporó el texto fiel y auténtico aprobado por el Congreso, según consta en el Oficio N° 13765 enviado por la Cámara a cual se ha hecho referencia.

Como ya se señalara, el Contralor General de la República representó dicho decreto promulgatorio. A fojas 20 y siguientes, da cuenta de los motivos de la representación y transcribe lo argumentado por el Contralor que, a su vez, rola a fojas 122 y siguientes.

A fojas 23 y siguientes, inicia un capítulo titulado "Controversias que deben ser resueltas por este Excmo. Tribunal". Invocando los artículos 93 N° 9° y 99 de la Constitución Política, señala que en este caso el Presidente no puede insistir y si no se conforma con la representación, debe remitir los antecedentes a este Tribunal dentro del plazo de diez días.

Invocando el artículo 109 de la Ley Orgánica del Tribunal, señala que el plazo de 10 días se cuenta desde la recepción en el Ministerio de origen de la representación del Contralor, lo cual ocurrió el 30 de abril.

Señala que existen razones que hacen necesario no conformarse con la representación:

1. El capítulo 7 de la sentencia de este Tribunal, analiza normas que declara inconstitucionales, desde su considerando 40 al 44. Y después, en el punto declarativo 2 del fallo, se declaran inconstitucionalidades.
2. Que el oficio de ley enviado por la Cámara al Poder Ejecutivo para su promulgación se refiere sólo a la parte declarativa del fallo, para luego señalar que da por cumplido el control de constitucionalidad, entendiendo que no correspondía eliminar las otras inconstitucionalidades a que alude el capítulo 7 del fallo y que no constan en la parte resolutive de la sentencia.



3. Que el oficio promulgatorio firmado por el Presidente de la República y los Ministros de Estado, transcribe el oficio enviado por la Cámara, como corresponde hacerlo.
4. Que el Contralor General de la República representó el decreto promulgatorio en el entendido que contiene en su texto normas declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, en condiciones que el ente contralor debe verificar que el texto promulgado se ajuste a la sentencia de control preventivo de esta Magistratura.
5. El mandato constitucional que recae en el Presidente de la República para promulgar leyes se traduce en su deber de contener en el texto la transcripción íntegra y fiel del texto aprobado en el Congreso, no pudiendo promulgar un texto distinto del contenido, en este caso, en el oficio N° 13.765 de la Cámara, por lo cual, en consideración al acto de representación del Contralor, existe un conflicto de constitucionalidad que este Tribunal debe resolver, en torno al texto del decreto promulgatorio, para determinar cuál es el texto que el Presidente de la República debe promulgar.

A fojas 29 concluye solicitando a este Tribunal tener por deducido el presente requerimiento sobre conflicto de constitucionalidad del decreto promulgatorio de la Ley N° 21.081, acogerlo a tramitación y, en definitiva, resuelva la controversia y declare si el texto que debe ser promulgado por el Presidente de la República es el contenido en el Oficio Ley N° 13.765, de fecha 5 de marzo de 2018, enviado por la H. Cámara de Diputados o el texto representado por la Contraloría General de la República, o algún otro que S.S.E. en el ejercicio de sus atribuciones determine.

Admisión a trámite, admisibilidad y traslado.

Con fecha 18 de mayo, el Pleno acogió a tramitación el requerimiento, en votación dividida. Posteriormente, el 22 de mayo, también en votación dividida, se declaró admisible el requerimiento, confiriéndose traslado sobre el fondo de la cuestión planteada.

Solicitud de la Presidenta de la Cámara de Diputados.

Con fecha 23 de mayo, la Presidenta de la Cámara de Diputados, Diputada Maya Fernández Allende, solicitó hacerse parte y ser oída en alegatos, invocando el artículo 44 de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal, en defensa de las potestades de la Cámara que preside, atendido que el texto a promulgar es el contenido en el oficio que se redacta y remite por la Cámara, invocando los principios de contradicción y pro requirente.



Con fecha 29 de mayo el Pleno del Tribunal resolvió convocar a una audiencia especial para oír a la Presidenta de la Cámara de Diputados, el mismo día de la vista de la causa y con anterioridad a la misma.

Observaciones del Contralor General de la República.

Con fecha 1 de junio de 2018, el Contralor General de la República, en calidad de órgano constitucional interesado, formuló observaciones al requerimiento y acompañó documentos.

Dando cuenta del requerimiento y de su petitorio, señaló que el decreto promulgatorio fue representado mediante Oficio N° 10.856, de 27 de abril de 2018. Lo anterior en razón de que el texto del proyecto contenía normas declaradas inconstitucionales por este Tribunal en su sentencia Rol N° 4012. Refiere haber señalado en el acto de representación que el artículo 94 de la Carta Fundamental dispone que las normas declaradas inconstitucionales no podrán convertirse en Ley de la República además de haber señalado que, según la jurisprudencia administrativa del ente contralor, Dictamen N° 66.893, de 2009, en los casos de control preventivo obligatorio por parte de este Tribunal, corresponde que la Contraloría verifique que el texto a promulgar se ajuste a la sentencia respectiva.

A continuación da cuenta de haber señalado las normas declaradas inconstitucionales en la parte considerativa de la sentencia y que subsisten en el texto del proyecto a promulgar, las cuales detalla a fojas 164 vuelta y 165, agregando que al suprimirse otros preceptos declarados inconstitucionales hay normas del proyecto que no se sustentan por sí solas.

Posteriormente se refiere a las facultades del ente contralor, en especial a las contenidas en los artículos 98 y 99 de la Constitución Política de la República, que engloban a los decretos promulgatorios, agregando que el artículo 10 de la Ley N° 10.336 establece que el parámetro de control es tanto de legalidad como de constitucionalidad.

Expone que, a la luz del artículo 99 de la Carta Fundamental, si la representación se efectúa respecto de un decreto promulgatorio de una ley, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, y que si no se conforma con la representación, deberá remitir los antecedentes a este Tribunal.

Señala que en los decretos promulgatorios de leyes el examen de toma de razón consiste en verificar que el acto emane de la autoridad competente, es decir, que sea dictado por el Presidente de la República con la firma del respectivo ministro y, asimismo, que el texto de la ley que se promulga corresponda al aprobado por el H. Congreso Nacional de acuerdo con el oficio remitido por la Cámara pertinente, agregando que si hubo control preventivo de constitucionalidad es indiscutible que la conformidad del texto a promulgar con la sentencia respectiva debe ser corroborada en el trámite de toma de razón, en función del artículo 94 de la Carta Fundamental. Concluye que una interpretación distinta vulnera dicha



norma constitucional. Agrega que limitar la labor de la Contraloría a un examen verificador sin atender a lo resuelto por el Tribunal Constitucional importaría, en los hechos, dejar de cumplir el mandato de ejercer el control de juridicidad que la Carta Suprema le asigna, reduciéndolo a una mera revisión formal e impidiendo precaver tales infracciones. Señala que un ejercicio de control en esas condiciones, incorporando normas declaradas inconstitucionales en el decreto promulgatorio, infringe el aludido artículo 94 de la Constitución Política, dejando sin aplicación el numeral 1º del artículo 93 de la Carta Fundamental, además de lo cual las normas declaradas inconstitucionales no pueden nacer a la vida del derecho.

Expone así que la Contraloría General de la República solamente dio cumplimiento a sus deberes constitucionales y legales, impidiendo la promulgación de un texto que incluía disposiciones declaradas inconstitucionales por este Tribunal en su sentencia de fecha 18 de enero de 2018, Rol N° 4012-17, lo cual importaba infringir lo dispuesto en el artículo 94, inciso segundo, de la Carta Fundamental, disposición que no formula distingo alguno respecto de los apartados de la sentencia en que debe efectuarse la declaración de inconstitucionalidad.

Otras peticiones.

Con fecha 4 de junio de 2018, la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Sanitarios A.G., la Asociación de Empresas Eléctricas A.G. y la Asociación de Empresas de Gas Natural A.G. formularon consideraciones por escrito en orden a que no se declare la inconstitucionalidad de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 50 P, cuyo contenido corresponde al artículo 50 N del decreto promulgatorio de la Ley N° 21.081, que modifica la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, norma referida a la prohibición general de aplicar al mismo infractor dos o más sanciones administrativas por los mismos hechos y fundamentos o bienes jurídicos protegidos, agregando que de ese modo se mantiene la eficacia de lo prescrito en la oración final introducida al literal b) del artículo 53 C de la misma ley. El escrito fue agregado a los autos, y además solicitaron ser oídas en la audiencia especial decretada, a lo que se negó lugar.

Audiencia especial y vista de causa.

Con fecha 5 de junio de 2018 se verificaron la audiencia especial decretada y la vista de la causa.



CONSIDERANDO:

I. Competencia del Tribunal Constitucional para resolver la cuestión planteada en el requerimiento.

PRIMERO: Que, conforme al artículo 93, inciso primero, N° 9° de la Constitución Política, es atribución de este Tribunal Constitucional resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 99;

SEGUNDO: Que, en efecto, el aludido artículo 99 dispone que: *“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.”* (Inciso tercero);

TERCERO: Que, en la especie, la presente causa se suscita porque la Contraloría General de la República representó el decreto promulgatorio de la Ley N° 21.081, que modifica la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Lo anterior por medio de Dictamen N° 10.856, de 27 de abril del presente año dirigido a S.E. el Presidente de la República;

CUARTO: Que, conforme con lo dispuesto por la Carta Fundamental, la Contraloría General de la República, en el ejercicio de su función de control de legalidad de los actos de la Administración, toma razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley deben tramitarse por ella o los representa cuando adolezcan de alguna ilegalidad (artículo 99, inciso primero).

Con todo, y de acuerdo a la misma Constitución, el Presidente de la República puede no conformarse con la representación de la Contraloría General de la República dictando un decreto de insistencia que debe llevar la firma de todos los Ministros de Estado, caso en el cual el ente contralor debe enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados (artículo 99, inciso primero).

Una de las características de la Constitución que hoy nos rige es que la potestad del Jefe del Estado de dictar decretos de insistencia se limitó cuidadosamente, de modo que no puede ejercerse cuando se trate de decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución (artículo 99, inciso primero). Asimismo, tampoco puede ejercerse cuando la representación incida en un decreto con fuerza de ley, en un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o de un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución. En estos casos, si el Presidente de la



República no se conforma con la representación del órgano contralor debe remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días, a fin de que resuelva la controversia;

QUINTO: Que, precisamente, la situación referida en el párrafo que precede es la que se ha producido en este caso, pues como se precisa en el requerimiento de S.E. el Presidente de la República, el decreto promulgatorio de la Ley N° 21.081 fue representado por la Contraloría General de la República mediante Dictamen N° 10.856, de 27 de abril del presente año, por contenerse en el aludido decreto normas declaradas inconstitucionales por el fallo de este Tribunal de 18 de enero de 2018, Rol N° 4012-17, que se pronunció en control preventivo de constitucionalidad sobre el proyecto a que alude la Ley N° 21.081, y que le fuera sometido por la Honorable Cámara de Diputados (fojas 20).

Así, el Presidente de la República que constata que *"no puede promulgar un texto distinto del contenido en el Oficio ley N° 13.765"*, de la Cámara de Diputados, y que *"existe un conflicto de constitucionalidad que el Excmo. Tribunal Constitucional debe resolver a fin de determinar cuál es el texto del Proyecto de Ley que S.E. el Presidente de la República debe promulgar."* (Fojas 26 y 27);

SEXTO: Que, por otra parte, el artículo 109 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional dispone que, *"En el caso del número 9° del artículo 93 de la Constitución Política de la República, el órgano legitimado es el Presidente de la República y el órgano constitucional interesado, el Contralor General de la República."*;

SÉPTIMO: Que, conforme a lo explicado, el Tribunal Constitucional ejercerá la competencia que le otorga el artículo 93, inciso primero, N° 9°, de la Constitución, en orden a dirimir si la representación del decreto promulgatorio de la Ley N° 21.081, efectuada por la Contraloría General de la República, mediante Dictamen N° 10.856, de 27 de abril del presente año, se aviene a la Constitución o, si por el contrario, es el aludido decreto promulgatorio, dictado por S.E. el Presidente de la República, el que se conforma a ella;

OCTAVO: Que, desde el punto de vista explicado, debe distinguirse la atribución que en esta oportunidad ha invocado S.E. el Presidente de la República de aquella que se contempla en el artículo 93, inciso primero, N° 8° de la Carta Fundamental y que dice relación con *"Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda"*.

La atribución aludida fue confiada al Tribunal Constitucional al momento de su creación por la Ley N° 17.284, que modificó la Constitución Política de 1925 (artículo 78 b), letra e)), y se inserta dentro de la filosofía que estuvo detrás de la aludida reforma, la que el primer Presidente del Tribunal Constitucional, don Enrique Silva Cimma, recuerda en estos términos:



"(...)el status jurídico chileno planteaba la existencia de una laguna constitucional de trascendencia por falta del órgano llamado a resolver las cuestiones de constitucionalidad que se suscitaban periódicamente, las quejas y críticas tenían entonces fundamento y podían encontrar base tanto si quien infringía la Constitución era el Ejecutivo –lo que podía suceder dentro del proceso generador de la ley en el trámite de la promulgación- cuanto si quien lo hacía era el Congreso, lo que se presentaba con frecuencia -según se ha visto- al arrogarse éste competencia en materias propias de la iniciativa del Ejecutivo."

A lo anterior añadía que *"la Contraloría General de la República tenía y tiene un papel restringido, desde el punto de vista legal, en lo concerniente a la promulgación de la ley, y ese rol no es otro que pronunciarse sobre el decreto promulgatorio y no sobre la ley misma que se promulga en dicho decreto. Es claro entonces que sus atribuciones tampoco alcanzan a la revisión de la constitucionalidad de fondo o de forma del proyecto de ley promulgado. A nuestro juicio (...), esa falta de atribuciones vino a quedar demostrada precisamente con la creación del Tribunal Constitucional, que simplemente reafirmó el hecho de que aquella Entidad carecía de la potestad para transformarse en órgano resolutor de conflictos constitucionales entre el Ejecutivo y el Congreso."* ("El Tribunal Constitucional de Chile 1971-1973"). Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 38, segunda edición, 2008, pp. 21, 22 y 37);

NOVENO: Que si bien la competencia contenida en el artículo 78 b), letra e), de la Carta de 1925 fue mantenida por el Constituyente de 1980 se estimó necesario agregar una atribución distinta que fue recogida en el actual numeral 9° del artículo 93. Se partía de la base que *"en estos casos no puede prevalecer ni la opinión de la Contraloría ni la opinión del Presidente de la República, y la discrepancia debiera ser resuelta por el Tribunal Constitucional."* (Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Sesión N° 325, de 8 de noviembre de 1977, intervención de don Enrique Ortúzar, p. 108).

La necesidad de complementar la atribución del Tribunal Constitucional que ya venía desde la Constitución de 1925 era clara, a juicio de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, porque podía ocurrir que las Cámaras no formularan la reclamación respectiva (conforme al numeral que hoy es el 8° del artículo 93) siendo evidente que también se encontraba en juego el principio de la supremacía constitucional cuando la Contraloría representaba un decreto (promulgatorio) por ser inconstitucional y el Presidente recurría a esta Magistratura por carecer de la facultad de dictar un decreto de insistencia (ver también intervención de los comisionados Jaime Guzmán y Gustavo Lorca en sesión N° 415,



de 28 de septiembre de 1978, en Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución);

DÉCIMO: Que, con los antecedentes reseñados puede sostenerse que la atribución que ha invocado S.E. el Presidente de la República en esta oportunidad tiene que ver con dos órganos del Estado –el propio Jefe de Estado y la Contraloría General de la República- respecto de un decreto (promulgatorio de una ley) que ha sido representado por esta última en razón de adolecer de una inconstitucionalidad. No es, por ende, un conflicto que involucre a las Cámaras del Congreso Nacional sino que a uno sólo de los órganos colegisladores como es el Presidente de la República, pues se trata de una atribución que a él se ha confiado –promulgar una ley- y respecto de la cual se ha suscitado una controversia con la Contraloría General de la República en razón de la constitucionalidad de la norma que materializa la promulgación (un decreto supremo).

En el caso de la atribución contemplada en el artículo 93, inciso primero, N° 8° de la Constitución, en cambio, el conflicto se produce entre las Cámaras del Congreso Nacional y el Presidente de la República cuando éste no ha promulgado una ley debiendo hacerlo o cuando ha promulgado un texto diverso del que constitucionalmente corresponda. En esta circunstancia, y de acuerdo a lo previsto en el inciso decimotercero del artículo 93 constitucional, los órganos legitimados son, precisamente, cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

En la especie, y según los antecedentes aportados a este proceso constitucional, las Cámaras y, en especial, la Cámara de Diputados –que fue oída en audiencia especial- no tienen una discrepancia con el Presidente de la República respecto al decreto promulgatorio de la Ley N° 21.081, modificatoria de la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Por el contrario, la Cámara de Diputados expresó en estrados su perspectiva coincidente con la sustentada por el Presidente de la República al dictar el referido decreto que luego fue representado por la Contraloría General de la República por inconstitucional;

DECIMOPRIMERO: Que habiendo aclarado los motivos en que se funda la competencia del Tribunal Constitucional para resolver el conflicto planteado corresponde desarrollar, a continuación, las razones que han llevado a esta Magistratura a dejar afirme el criterio expresado por el Contralor General de la República en el oficio devolutorio señalado, en la forma que se expresará;

II. El decreto promulgatorio de un proyecto de ley.

DECIMOSEGUNDO: Que uno de los argumentos centrales de S.E. el Presidente de la República, al fundamentar su requerimiento se funda en que, con fecha 15 de marzo de 2018, dictó el decreto promulgatorio de la Ley N° 21.081, que modifica la Ley N° 19.496, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 72 y 75



de la Constitución Política. Precisa que *“Dicho decreto promulgatorio, en cumplimiento del mandato constitucional y tal como lo ha señalado este Excmo. Tribunal Constitucional, incorporó el texto fiel y auténtico del proyecto de Ley aprobado por el H. Congreso Nacional, según consta en el Oficio ley N° 13.765 enviado por la H. Cámara de Diputados, al cual ya hemos hecho referencia”* (fojas 19);

DECIMOTERCERO: Que, por su parte, el Contralor General de la República, al evacuar su informe respecto del requerimiento formulado por S.E. el Presidente de la República ha expresado que *“tratándose de los decretos promulgatorios de las leyes, el examen que esta Contraloría General realiza con motivo de la toma de razón consiste en verificar que el acto emane de la autoridad competente, es decir, que sea dictado por el Presidente de la República con la firma del respectivo ministro y, asimismo, que el texto de la ley que se promulga corresponda al aprobado por el H. Congreso Nacional de acuerdo con el Oficio remitido por la Cámara pertinente.”* Agrega que *“cuando el proyecto aprobado ha sido objeto de control preventivo de constitucionalidad por parte de ese Excmo. Tribunal Constitucional, es indiscutible que la conformidad del texto de la ley que se viene promulgando con la sentencia respectiva debe ser corroborada en el trámite de toma de razón. Lo anterior, según se indicó en el oficio de representación respectivo, atendido que, de conformidad con el artículo 94, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, las normas que el Tribunal Constitucional declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto de que se trate.”* (Fojas 165 vta.);

DECIMOCUARTO: Que, en consecuencia, en el presente conflicto constitucional, resulta medular la determinación de cuál es el objeto de la toma de razón que realiza la Contraloría General de la República respecto de un decreto promulgatorio de una ley, lo que debe llevar a analizar, en primer lugar el alcance de esta atribución del Presidente de la República;

DECIMOQUINTO: Que la promulgación de la ley se encuentra regulada en las siguientes normas constitucionales:

- En el artículo 32 N° 1°, según el cual es atribución especial del Presidente de la República la de concurrir a la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, sancionarlas y promulgarlas;
- En el artículo 72 conforme al cual aprobado un proyecto de ley por ambas Cámaras será remitido al Presidente de la República, quien, si también lo aprueba, dispondrá su promulgación como ley;
- En el artículo 73 que dispone que si las dos Cámaras aprobaren las observaciones (veto), el proyecto tendrá fuerza de ley y se devolverá al Presidente para su promulgación (inciso tercero). Por su parte, si las dos Cámaras desecharen todas o algunas de las observaciones e insistieren por los dos tercios de sus miembros presentes en la totalidad o parte del proyecto aprobado por ellas, se devolverá al Presidente para su promulgación (inciso cuarto);



- En el artículo 75, que señala que si el Presidente de la República no devolviera el proyecto dentro de treinta días, contados desde la fecha de su remisión, se entenderá que lo aprueba y se promulgará como ley (inciso primero). Asimismo, que la promulgación deberá hacerse siempre dentro del plazo de diez días, contados desde que ella sea procedente y que la publicación se hará dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio (incisos segundo y tercero).

Lo anterior es sin perjuicio del control preventivo obligatorio y facultativo de proyectos de ley confiado al Tribunal Constitucional en su artículo 93, el que debe verificarse antes de la promulgación del respectivo proyecto (artículo 93, inciso primero, N°s 1° y 3° e inciso cuarto);

DECIMOSEXTO: Que, como puede observarse, la Carta Fundamental no contiene una definición de la promulgación de la ley, ni tampoco una precisión sobre sus alcances. Esta institución está tratada en la Constitución dentro del párrafo relativo a la formación de la ley (situado dentro del Capítulo V referido al Congreso Nacional) y de las facultades colegisladoras del Presidente de la República;

DECIMOSÉPTIMO: Que esta Magistratura tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el significado y alcances de la promulgación de la ley en su sentencia Rol N° 2253, de 31 de agosto de 2012. En dicha oportunidad recordó que conforme a los artículos 6° y 7° del Código Civil, las leyes sólo tienen fuerza obligatoria una vez promulgadas en la forma dispuesta por la Constitución Política y publicadas en conformidad a la ley (considerando 5°).

Precisó, asimismo, que, constitucionalmente, la promulgación de las leyes es una atribución especial y exclusiva del Presidente de la República como se desprende de los artículos 32 N° 1° y 72 de la Carta Fundamental, entre otros (considerando 5°).

Distinguió, también, las dos posturas doctrinarias en torno a la promulgación de la ley: la primera, conforme a la cual, ésta sería un “acto administrativo de aprobación” y, la segunda, que postula que se trata de uno de los elementos esenciales del proceso de elaboración de la ley (considerando 5°).

Concluyó que, en nuestro Derecho Constitucional, el artículo 32 N° 1° de la Carta Fundamental diferencia claramente entre la función de colegislador asignada al Presidente de la República –que se expresa en su concurrencia a la “formación de las leyes”- y las funciones de sanción y promulgación que expresan “*un ejercicio de potestad reglamentaria manifiestamente inserto en el entorno de su variable autonomía y fuera del dominio legal*”. Citando al profesor Alejandro Silva Bascuñán finaliza señalando que “*la promulgación establece el texto auténtico de la ley, reconoce su fuerza obligatoria y la ordena cumplir*” (considerando 6°). (“Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo VII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 230).



En consecuencia, y como aclaró la sentencia recordada, un proyecto de ley se encuentra afinado después de haber cumplido el iter legislativo en el Congreso Nacional (incluyendo las intervenciones colegisladoras del Presidente de la República), pero no puede entrar a regir sin que se cumplan los trámites de la promulgación y publicación de la ley fundamentales para la cognoscibilidad de la misma. Y es en este contexto donde cobra importancia el decreto promulgatorio de la ley que debe ser dictado por el Presidente de la República estableciendo el texto auténtico de la ley, reconociendo su fuerza obligatoria y ordenándola cumplir;

DECIMOCTAVO: Que la misma sentencia aludida en el considerando que precede caracterizó la promulgación de la ley como un acto discrecional del Presidente de la República en la medida que las condiciones de su ejercicio no han sido delimitadas por el constituyente ni por el legislador (considerando 14º). No obstante, debe atenderse al marco fijado por el artículo 93, inciso primero, N° 8º de la Constitución en el sentido que el Presidente no puede promulgar un texto diverso del que *“constitucionalmente corresponda”*. Ello debe relacionarse, necesariamente, con lo previsto en el inciso tercero del artículo 99 de la Ley Suprema en el sentido que el Contralor General de la República debe representar un decreto promulgatorio de una ley si se aparta del *“texto aprobado”*, caso en el cual el Presidente de la República no tiene la facultad de insistir.

El fallo referido afirma, como corolario, que *“en el caso del N° 8 del artículo 93, esta Magistratura debe resolver idéntico conflicto de constitucionalidad al contemplado en el número 9 siguiente, ahora a instancia parlamentaria y en la hipótesis inversa de que la Contraloría General curse sin reparos un decreto promulgatorio que no reproduce auténticamente la voluntad manifestada por el legislador. Criterio uniforme, éste, del que se dejó constancia en las actas de la Comisión de Estudio de la Constitución, que dan cuenta de las sesiones N° 308ª. (27.7.1977), páginas 1430-1431; 316ª. (20.9.1977), páginas 1665-1666; 325ª. (8.11.1977), página 1749; 326ª. (9.11.1977), páginas 1761-1766, y 329ª. (22.11.1977), páginas 1806-1809.”* (Considerando 16º) (Énfasis agregado);

DECIMONOVENO: Que de lo que se viene razonando es posible afirmar que el marco formal de un decreto promulgatorio de una ley está constituido por la necesidad de que emane del Presidente de la República con la firma del Ministro de Estado que corresponda (artículo 35, inciso primero, de la Constitución). Desde un punto de vista material, en cambio, el marco del decreto promulgatorio dice relación con establecer el texto auténtico de la ley en base al proyecto que ha sido aprobado por las Cámaras.

Es en este contexto que debe apreciarse la afirmación de S.E. el Presidente de la República, en su requerimiento, en orden a que el decreto promulgatorio de la Ley N° 21.081, que modifica la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, *“incorporó el texto fiel y auténtico del Proyecto de Ley aprobado por el H. Congreso Nacional, según consta en el Oficio ley N° 13.765 enviado por la Cámara de Diputados”* (fojas 19);



III. Alcances del control efectuado por la Contraloría General de la República respecto del decreto promulgatorio de la Ley N° 21.081.

VIGÉSIMO: Que una vez dictado el decreto promulgatorio de una ley por el Presidente de la República debe remitirse a la Contraloría General de la República para efectos de su toma de razón en ejercicio del control de legalidad que le confía el artículo 99 de la Carta Fundamental.

Si bien la naturaleza inmediata del control que efectúa la Contraloría General de la República es uno de legalidad, lo que supone contrastar el decreto con la ley respectiva que le sirve de marco, existen casos en que la propia Constitución ha habilitado al ente contralor para efectuar un control de constitucionalidad.

Así ocurre en el caso de los decretos de gastos donde la Contraloría no puede darles curso cuando excedan el límite señalado en la Constitución (artículo 99, inciso primero, en relación con el artículo 32 N° 20°).

Respecto de los decretos con fuerza de ley, el Contralor debe representarlos cuando excedan el marco de la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución (artículo 99, inciso segundo).

Finalmente, el Contralor debe representar aquellos decretos o resoluciones que sean contrarios a la Constitución (artículo 99, inciso tercero);

VIGESIMOPRIMERO: Que, en la especie, y por Dictamen N° 10.856, de 27 de abril de 2018, la Contraloría General de la República ha representado el decreto promulgatorio de la Ley N° 21.081, que modifica la Ley N° 19.946, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, precisamente, ejerciendo la potestad que le entrega el inciso tercero del artículo 99 de la Constitución. En palabras del propio Contralor General de la República, *“esta Entidad Fiscalizadora ha dado cumplimiento a su deber constitucional y legal, al representar, mediante su Oficio N° 10.856, de 2018, el referido acto, toda vez que el texto del cuerpo legal que éste sancionaba incluía disposiciones declaradas inconstitucionales por ese Excmo. Tribunal en su sentencia de fecha 18 de enero de 2018, Rol N° 4012-17, lo cual importaba infringir lo dispuesto en el artículo 94, inciso segundo, de la Carta Fundamental, en cuya virtud tales normas objetadas no pueden promulgarse como ley, disposición que no formula distingo alguno respecto de los apartados de la sentencia en que debe efectuarse dicha declaración”* (fojas 166). (Énfasis agregado);

VIGESIMOSEGUNDO: Que, así, la atribución que la Contraloría ha ejercido no es aquella a que alude la primera parte del inciso tercero del artículo 99 constitucional cuando la faculta para representar *“un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado”*. En efecto, el fundamento de la representación de la Contraloría no ha residido en este



fundamento, pues no cuestiona que el decreto promulgatorio se aparte del texto del proyecto de ley aprobado por las Cámaras.

En este mismo sentido, la intervención del representante de la Cámara de Diputados, en la audiencia especial verificada el 5 de junio de 2018, no ha planteado que el decreto promulgatorio de la Ley N° 21.081, se apartara del texto del proyecto de ley modificatorio de la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, aprobado por las Cámaras. Más bien ha indicado que la Contraloría General de la República habría extralimitado sus funciones al fundamentar su representación en la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 4012, que presentaría inconsistencias entre sus partes considerativa y resolutive, según se verá;

VIGESIMOTERCERO: Que, de esta forma, al representar el decreto promulgatorio de la Ley N° 21.081, la Contraloría se ha basado en que él adolece de inconstitucionalidad conforme a lo dispuesto en el artículo 94, inciso segundo, de la Constitución, conforme al cual las disposiciones que el Tribunal Constitucional declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate. Lo anterior en base a lo resuelto por esta Magistratura en su sentencia Rol N° 4012, de 18 de enero de 2018, dictada en ejercicio del control preventivo obligatorio de constitucionalidad del proyecto de ley modificatorio de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

En consecuencia, este Tribunal entiende que la atribución que ha ejercido la Contraloría es aquella que se menciona en el inciso tercero del artículo 99 de la Carta Fundamental en orden a representar un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución;

VIGESIMOCUARTO: Que la conclusión anotada no va en contra de la aprensión manifestada al interior de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, específicamente por el comisionado Raúl Bertelsen –y que fuera recordada en la sentencia Rol N° 2253-, en el sentido que no podría el órgano contralor “*entrar a examinar si el proyecto de ley aprobado por el Congreso y que éste envió al Ejecutivo fue tramitado de acuerdo con las normas constitucionales, legales y reglamentarias*”, porque de hacerlo se estaría inmiscuyendo “*en el funcionamiento interno del Parlamento*”: su rol “*no podría ir más allá*” (considerando 3°).

Ya se ha dicho que, siguiendo la doctrina sentada por ese mismo fallo, la promulgación es un acto posterior al proceso de formación de las leyes tendiente a la cognoscibilidad de éstas, por lo que no puede estimarse que, en este caso concreto, la Contraloría haya excedido sus atribuciones. Por el contrario, el ente contralor ha actuado en ejercicio de una potestad que no sólo dice relación con los decretos promulgatorios de una ley sino que es aplicable a cualquier decreto (o resolución) que se estime contrario a la Constitución y que, naturalmente, tiende a velar por el pleno imperio del principio de supremacía constitucional;



VIGESIMOQUINTO: Que, por su parte, la carga impuesta constitucionalmente al titular del Poder Ejecutivo es la de promulgar, con entera fidelidad, el texto auténtico de la ley aprobado por el Congreso Nacional, a través de sus dos Cámaras (STC Rol N° 2253, considerando 23°).

En este caso concreto, sin embargo, el Presidente de la República se enfrentó a un texto, remitido por el Oficio ley N° 13.765, de 5 de marzo de 2018, de la Cámara de Diputados, en el cual, como constató posteriormente la Contraloría General de la República, se habían incluidos disposiciones que este Tribunal Constitucional había declarado inconstitucionales en su sentencia Rol N° 4012, de 18 de enero de 2018.

Como sostiene el Jefe de Estado, en su requerimiento, *“el texto que la H. Cámara de Diputados envió para promulgación del Ejecutivo dice relación con aquellas normas que el Fallo del Excmo. Tribunal Constitucional declaró constitucionales por no contravenir la Constitución Política de la República en la parte declarativa del Fallo, sin exclusión de aquellas disposiciones que esa Magistratura estimó contrarias a la Constitución Política en la parte considerativa de la sentencia”* (fojas 18);

VIGESIMOSEXTO: Que, en ese contexto, la Contraloría General de la República, enfrentada al trámite de la toma de razón del decreto promulgatorio de la Ley N° 21.081, estaba compelida, por el artículo 99, inciso tercero, de la Constitución, a representar el decreto que, ajustándose íntegramente al texto remitido por la Cámara de origen, por no satisfacer la exigencia contenida en el artículo 94, inciso segundo, de la Carta Fundamental conforme al cual *“las disposiciones que el Tribunal (Constitucional) declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate.”*;

VIGESIMOSÉPTIMO: Que, en base a lo expresado, puede sostenerse que cuando el decreto que promulga una ley aprobada por el Congreso se somete al trámite de la toma de razón, la Contraloría General de la República está obligada a contrastarlo con el texto auténtico del proyecto aprobado por las Cámaras.

Sin embargo, cuando el decreto promulgatorio se refiere a un proyecto de ley orgánica constitucional, como ocurre en este caso, el control que ejerce el entre contralor necesariamente se amplía dado que, atendida la particular naturaleza de este tipo de leyes, la Constitución las ha dotado de exigencias adicionales al proceso de formación de la ley que deben ser necesariamente cumplidas antes de ingresar válidamente al ordenamiento jurídico. Así, las leyes orgánicas constitucionales están sometidas al control preventivo obligatorio del Tribunal Constitucional en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 1° de la Ley Suprema, control que asegura que entren a regir con un claro sello de constitucionalidad. Para asegurar la eficacia de dicho control, la Carta Fundamental preceptúa que las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales, no podrán convertirse en ley en el referido proyecto, es decir, a la hora de ser promulgado, tales disposiciones deberán ser excluidas.



Lo mismo considera la Contraloría General de la República cuando, haciéndose cargo de la misma distinción que se viene esbozando, señala que *“cuando el proyecto aprobado ha sido objeto de control preventivo de constitucionalidad por parte de ese Excmo. Tribunal Constitucional, es indiscutible que la conformidad del texto de la ley que se viene promulgando con la sentencia respectiva debe ser corroborada en el trámite de toma de razón.”* (Fojas 165 vta.);

IV. La representación del decreto promulgatorio de la Ley N° 21.081 efectuada por la Contraloría General de la República se ajusta a la Constitución.

VIGESIMOCTAVO: Que el Dictamen N° 10.856, de 27 de abril del presente año, emitido por la Contraloría General de la República ha procedido en forma congruente con la conclusión consignada en el considerando que precede.

En efecto, el referido pronunciamiento sostiene que *“efectuada la verificación correspondiente, entre el texto de la ley que se promulga y la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 18 de enero de 2018, Rol N° 4012-17, que se pronunció sobre el respectivo proyecto que le fuera sometido por la Cámara de Diputados al control preventivo de constitucionalidad, se advierte que el decreto promulgatorio contiene normas declaradas inconstitucionales por dicho fallo según se detalla a continuación:*

1.- *El considerando cuadragésimo, letra b) del fallo señala, en lo pertinente, “E igual es inconstitucional el N° 26 del artículo 1° del Proyecto, respecto al nuevo inciso segundo del artículo 50 A de la Ley N° 19.496.”*

Pues bien, el actual N° 23 del artículo 1 del decreto promulgatorio – correspondiente al citado N° 26- dejó subsistente, en idénticos términos, el referido inciso segundo del artículo 50 A.

2.- *El mismo considerando cuadragésimo determinó que “por este primer capítulo, entonces, serán declarados anticonstitucionales los siguientes numerales del artículo 1° del presente Proyecto de Ley:” (...) “e) El N° 34, cuando agrega un nuevo artículo 50 N a la Ley N° 19.496”.*

*No obstante, el N° 29 del artículo 1 del decreto en trámite agrega un nuevo artículo 50 M a dicho texto legal, que reproduce el encabezado del citado artículo 50 N y los incisos segundo al sexto del mismo precepto, **declarados inconstitucionales por el fallo.***

3.- *El considerando cuadragésimocuarto de la sentencia, en lo pertinente, consigna que “como consecuencia de las inconstitucionalidades establecidas en los considerandos precedentes, procede declarar igualmente inconstitucionales”, entre otros, el “artículo 1°, N° 34, en la parte que agrega los siguientes artículos: 50 H, 50 I, 50 J, 50 K, 50 L, 50 M, y 50 P”.*



*Cabe anotar que los preceptos declarados inconstitucionales formaban parte del "Párrafo 2 De la mediación individual, de la conciliación y el procedimiento sancionatorio instruido por el Servicio Nacional del Consumidor" que se incorporaba – mediante el N° 32 del artículo 1 del proyecto de ley original- al Título IV de la citada ley, epígrafe que, según lo declarado por el Tribunal Constitucional –resuelvo II, letra A.-, también contravenía la Carta Fundamental, por lo que **no fue incluido en el decreto promulgatorio en trámite.***

En este contexto, la inclusión en este último instrumento de los artículos indicados en el párrafo anteprecedente, no guarda coherencia con el resto del articulado. Asimismo, corresponde hacer presente que esos preceptos mantenidos en el decreto promulgatorio carecen de eficacia al haber suprimido en éste las disposiciones que consagraban la potestad sancionatoria del Servicio.

4.- El resuelvo I, letra A, del fallo declara que el N° 15, letra d), del artículo 1 del proyecto de ley –que modifica el inciso segundo del artículo 26 de la Ley N° 19.496- es constitucional "salvo la expresión el 'Servicio'".

*Al respecto, **el decreto promulgatorio no suprimió la aludida frase, declarada contraria a la Carta Fundamental por el Tribunal Constitucional.**"* (Fojas 122 y 122 vta.) (Énfasis agregado).

El dictamen de la Contraloría al que se viene aludiendo hace presente, además, otras dos situaciones que demuestran la inconsistencia del decreto promulgatorio con la sentencia Rol N° 4012, lo que, en su concepto, dificultaría la debida aplicación e inteligencia de la ley que se viene promulgando (fojas 123);

VIGESIMONOVENO: Que las disposiciones declaradas inconstitucionales por esta Magistratura en la sentencia Rol N° 4012, y que sirven de base al pronunciamiento del órgano contralor, se encuentran en los considerandos 40° y 44° y en su parte resolutive;

TRIGÉSIMO: Que, según pudo apreciarse en la audiencia especial, abierta por este Tribunal para escuchar el parecer de la Cámara de Diputados sobre el conflicto suscitado entre el Presidente de la República y la Contraloría General de la República, el primero habría actuado apegado a la Constitución desde el momento en que incluyó, en el decreto promulgatorio de la Ley N° 21.081, el texto auténtico del proyecto de ley aprobado por las Cámaras. Y, que si se trataba de dar cumplimiento a lo resuelto por esta Magistratura, en su sentencia Rol N° 4012, tal obligación se traduciría exclusivamente en atenerse a las inconstitucionalidades declaradas en la parte resolutive de la sentencia, a diferencia de las menciones que, en este mismo sentido, pudieran contenerse en la parte considerativa de la misma. Citó, al efecto, al profesor Humberto Nogueira, para afirmar que, en una sentencia constitucional, sólo la parte resolutive del fallo producirá cosa juzgada.

Congruente con ello, en su requerimiento, S.E. el Presidente de la República había sostenido que "el texto que la H. Cámara de Diputados envió para promulgación al Ejecutivo dice relación con aquellas normas que el Fallo del Excmo.



Tribunal Constitucional declaró constitucionales por no contravenir la Constitución Política de la República en la parte declarativa del fallo, sin exclusión de aquellas disposiciones que esa magistratura estimó contrarias a la Constitución en la parte considerativa de la sentencia” (fojas 18). (Énfasis agregado);

TRIGESIMOPRIMERO: Que, sobre el particular, se advierten distintas apreciaciones acerca del contenido y, por ende, de la fuerza obligatoria de una sentencia constitucional, que deben ser elucidadas.

Por de pronto, “la orientación mayoritaria apoya que sea solamente la parte dispositiva; pero con fundadas razones se dice que [...]

Los fundamentos, en la medida que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades. La ratio iuris se encuentra en la fuerza de cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional.

Esto no es un problema menor. Los fundamentos de una sentencia expresan la resolución del caso en un tema concreto, y el valor normativo es una cuestión abstracta. En juicios ordinarios la cosa juzgada es un efecto de la decisión; mientras que en los constitucionales es una cualidad de la sentencia.” (Gozaíni, Osvaldo Alfredo. “Tratado de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano.” Tomo III. Ediciones Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 494).

*Por su parte, se ha sostenido que, en una sentencia constitucional, “la motivación contiene la interpretación que hace el Tribunal Constitucional tanto de la Constitución como de la ley recurrida [o examinada] en relación con aquélla, interpretación que sustenta y justifica el fallo y sin la cual éste no se puede mantener, hasta el punto de que el fallo, es decir, la decisión final, sólo tiene sentido en función de la motivación, que integra evidentemente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esto quiere decir que los efectos generales, los efectos frente a todos y **la vinculación de los poderes públicos, se extienden tanto al fallo como a la motivación o ratio decidendi de la sentencia (...).**” (García Martínez, María Asunción. “El control de constitucionalidad de las leyes.” Jurista editores, Lima, 2005, p. 286). (Énfasis agregado);*

TRIGESIMOSEGUNDO: Que, de esta forma, los requisitos generales de toda sentencia judicial, contemplados en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, deben ser matizados en el caso de una sentencia constitucional. En efecto, en dicha norma se distingue entre las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia (Nº 4º) y la decisión del asunto controvertido que debe comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio; pero podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las aceptadas (Nº 6º).

En el caso de las sentencias constitucionales son los fundamentos contenidos en la misma los que expresan la decisión del conflicto sometido a su



conocimiento. Así, la parte declarativa de la sentencia –inescindible de su parte motiva- sólo viene a constatar dicha decisión sin que pueda atribuírsele un carácter autónomo;

TRIGESIMOTERCERO: Que esta forma de entender la relación entre la parte motiva y la resolutive de una sentencia se ha hecho aplicable, incluso, a las sentencias del fuero ordinario.

Es así como, por sentencia de 21 de septiembre de 1943, recaída en un recurso de casación en la forma, la Corte Suprema decidió que el considerando 10 de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia era “*resolutive de la cuestión*” conteniendo fundamentos de hecho y de derecho que cimentaban esa resolución. Adujo, asimismo, que “*no es obligatorio, bajo sanción de nulidad del fallo, según las leyes en que el recurso se funda que contenga en la parte final todas las resoluciones, ya que puede haber referencia a algún considerando que contenga la decisión o un claro considerando resolutive como en el caso de autos, si bien hubiere sido mejor atenerse a lo mandado en el auto acordado de 30 de septiembre de 1920 que entiende que debe existir una sola parte resolutive*” (considerando 4º). (Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Tomo XLII, marzo a diciembre de 1945, N°s 1-10, pp. 77-78) (Énfasis agregado);

TRIGESIMOCUARTO: Que, sobre la base de lo expresado, debe recordarse lo sostenido en estrados por el abogado Hernán Peñafiel, del Consejo de Defensa del Estado, que representó a la Contraloría General de la República en este proceso constitucional: los considerandos aludidos en el dictamen del entre contralor, de 27 de abril de 2018, en términos inequívocos, “*se pronuncian directamente sobre lo disputado.*”;

TRIGESIMOQUINTO: Que, en efecto, el considerando 40º de la sentencia de este Tribunal, Rol N° 4102, señala, en su letra b), que: “*E igual es inconstitucional el N° 26 del artículo 1º del Proyecto, respecto al nuevo inciso segundo del artículo 50 A de la Ley N° 19.496.*”

Ese mismo considerando indica, por su parte, en su letra e), que: “*serán declarados inconstitucionales los siguientes numerales del artículo 1º del presente Proyecto de Ley: e) El N° 34, cuando agrega un nuevo artículo 50 N a la Ley N° 19.496.*”

El considerando 44º de la sentencia recordada establece, a su turno que “*como consecuencia de las inconstitucionalidades establecidas en los considerandos precedentes, procede declarar igualmente inconstitucionales las normas que se individualizan seguidamente: b) Normas que de oficio se declararán inconstitucionales: El artículo 1º, n° 34, en la parte que agrega los siguientes artículos: 50 H., 50 I, 50 J, 50 K, 50 L, 50 M, y 50 P (...).*” (Énfasis agregado);

TRIGESIMOSEXTO: Que, como necesaria consecuencia, las normas aludidas, fueron inequívocamente declaradas inconstitucionales en la parte considerativa de la sentencia de esta Magistratura, de 18 de enero, de 2018,



debieron excluirse del Oficio ley N° 13.765, remitido por la Cámara de Diputados al Presidente de la República, y del decreto promulgatorio enviado por éste a la toma de razón de la Contraloría General de la República, de la misma manera que aquellos preceptos declarados inconstitucionales en la parte resolutive de la sentencia.

Lo anterior, debido a que la expresión de voluntad de este órgano de control de la constitucionalidad de la ley se encontraba clara tanto en los considerandos como en la parte resolutive de aquel fallo existiendo, por lo demás, una unión inescindible entre ambos desde el momento en que las razones que fundaban las inconstitucionalidades contenidas en una y otra parte, eran las mismas.

Por lo demás, y como argumenta el Contralor General de la República, en su Informe de fojas 164 y siguientes, de haber tomado razón del decreto promulgatorio de la Ley N° 21.081, dicha entidad habría infringido el artículo 99, inciso tercero, de la Constitución, que la obliga a representar los decretos inconstitucionales, en relación con los artículos 93 N° 1° y 94, inciso segundo, de la Ley Suprema, *"en cuya virtud tales normas objetadas no pueden promulgarse como ley, disposición que no formula distingo alguno respecto de los apartados de la sentencia en que debe efectuarse dicha declaración"* (fojas 166);

V. Conclusión.

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que, sobre la base a los razonamientos contenidos en esta sentencia, corresponde dejar a firme la decisión de la Contraloría General de la República de representar el decreto promulgatorio de la Ley N° 21.081, que modifica la Ley N° 19.496, sobre Protección de los derechos de los Consumidores, correspondiente al Boletín N° 9369-03 y así se declarará;

POR TANTO, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, N°s 1° y 9°, y 94 de la Constitución Política de la República y en el artículo 109 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

1° Que, pronunciándose sobre el requerimiento presentado por por S.E. el Presidente de la República en estos autos, se declara ajustado a la Constitución Política de la República el Dictamen N° 10.856, de 27 de abril de 2018, que representó el decreto promulgatorio de la Ley N° 21.081, modificatoria de la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, correspondiente al Boletín N° 9369-03.



2° Que, por consiguiente, S.E. el Presidente de la República deberá dictar, sin más trámite, un decreto promulgatorio de la citada Ley N° 21.081, con un texto que se ajuste a lo resuelto por el aludido Órgano Contralor en el señalado Dictamen, particularmente respecto a los cuatro reparos en los cuales advirtió que el señalado decreto contiene normas declaradas inconstitucionales por la Sentencia Rol N° 4012-17 del Tribunal Constitucional.

DISIDENCIA

Acordada esta sentencia con el voto en contra de los Ministros señores **Gonzalo García Pino y Nelson Pozo Silva**, los que estuvieron por rechazar el requerimiento presentado por el Presidente de la República, según las razones que pasamos a explicar:

I.- El sentido general de esta disidencia dentro de esta sentencia.

1°. Que esta es una sentencia atípica por múltiples razones. Primero, porque no nos divide el sentido material de la Constitución (salvo en la interpretación del artículo 99 de la misma) ni nos separan cuestiones sustantivas en la interpretación de la misma. Es una sentencia sobre aspectos formales de la Constitución. En segundo lugar, porque el requerimiento es un verdadero test acerca del modo en que entendemos nuestras competencias. Tercero, porque en el centro del conflicto normativo planteado están los efectos de la Sentencia Rol 4012/2017 de nuestro Tribunal. Y cuarto, porque en el fondo es un conflicto en estricto rigor de teoría y práctica procedimental;

II.- Lo previo: ¿rechazar o acoger?

2°. Que esta disidencia no es un ejercicio de coincidencia de rechazo del requerimiento por razones diferentes de los Ministros. No se trata de una diferencia argumental sino que de un modo de concebir los efectos de las sentencias en el ámbito de la justicia constitucional. Por lo mismo, resulta evidente destacar los efectos de una disidencia y no de una prevención;

3°. Que el requerimiento del Presidente de la República se presentó bajo la idea de una disconformidad con la Contraloría General de la República en el ejercicio del numeral 9° del artículo 93 de la Constitución. Y para ello solicitó que el Tribunal determinara cuál era la vía interpretativa para “que declare si el texto que debe ser promulgado por el Presidente de la República es el contenido en el Oficio ley N° 13.765, de fecha 5 de marzo de 2018, enviado por la H. Cámara de Diputados o el texto representado por la Contraloría General de la República, o algún otro que S.S.E. en el ejercicio de sus atribuciones determine”;



4°. Que, de este modo, el requerimiento no ofrecía un modo unívoco de solución sino que establecía diversas formas de resolver un conflicto normativo. A la Presidencia de la República le resultaba lógico que había que salir del *statu quo* en que estaba empantanado la promulgación de las reformas al Servicio Nacional del Consumidor. Y eso es fundamental, porque en la lógica del requerimiento y aplicando el artículo 32, numeral 1° de la Constitución le correspondería al Presidente de la República una nueva promulgación;

5°. Que, en consecuencia, para salir del *statu quo* lo natural es adoptar una sentencia estimatoria de constitucionalidad y no desestimatoria. Pues bien, esta minoría, conforme ha explicado desde la admisión a trámite, la admisibilidad y ahora la decisión ha adoptado un criterio de desestimar el requerimiento, según ya pasaremos a explicar. Lo anterior, es coherente con la decisión de rechazar el recurso;

6°. Que, por el contrario, cuando no se acoge un requerimiento, en la tipología de sentencias se incurre en una sentencia desestimatoria. Y éstas "son aquéllas que declaran, según sea el caso, inadmisibles, improcedentes o infundadas las acciones de garantía, o resuelven desfavorablemente las acciones de inconstitucionalidad" [Eto Cruz, Gerardo (2011), *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional*, Editorial ADRUS, Lima, p. 270]. Pues bien, a partir de esta distinción sencilla la mayoría quiere reconfigurar el *statu quo* y para ello resultaba natural acoger el requerimiento puesto que necesita de una tesis que reinterprete variadas normas constitucionales. Por lo mismo, a partir de ahora describiremos una disidencia y no una prevención. Las cosas por su nombre;

III.- Los presupuestos constitucionales del conflicto planteado.

7°. Que esta causa discurre sobre un conjunto de supuestos que exigen la interpretación de diversas normas constitucionales atendido el carácter inédito de este conflicto normativo. Tendrá algunos capítulos diversos. Uno primero, relativo a la función de la Contraloría en la determinación del conflicto. Un segundo, relativo al examen de la Sentencia 4012 y, finalmente, a las consideraciones generales del conflicto planteado. Asimismo, requiere estudiar y analizar los artículos 93, numeral 9° y 99 de la Constitución, entre otras materias. En el marco de este estudio iremos describiendo las razones del rechazo;

IV.- La Contraloría General de la República en este conflicto normativo.

1.- **La toma de razón de un decreto promulgatorio es una función de control normativo y no de control constitucional.**



8°. Que la tarea de promulgar las leyes consiste en una tarea tan clara como meticulosa en orden a lograr la transcripción fiel, exacta, fidedigna y escrupulosamente correcta de aquello que le ha correspondido aprobar dentro del procedimiento de formación de la ley al Congreso Nacional. Esta labor no está exenta de dificultades por la cantidad de comisiones y trámites constitucionales que hay que sortear para labrar un texto definitivo. Finalmente, este trabajo se vierte en el Oficio conductor de la Cámara de origen a la Presidencia de la República para su promulgación (artículo 75 de la Constitución);

9°. Que la potestad de promulgar las leyes le compete al Presidente de la República (artículo 32, numeral 1° de la Constitución). Es éste quien le debe enviar a la Contraloría General el decreto promulgatorio de las leyes una vez que éstas son sancionadas ante el Congreso Nacional y la cámara de origen las comunica para su promulgación. Como lo ha sostenido este Tribunal, “constitucionalmente, la promulgación de las leyes es una atribución especial y exclusiva del Presidente de la República, a quien incumbe “[c]oncurrir a la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, sancionarlas y promulgarlas” (artículo 32, N°1°, de la Constitución). Complementa tal formulación el artículo 72, según el cual es el Presidente quien, en caso de aprobar un proyecto despachado por ambas Cámaras, “dispondrá su promulgación como ley”. Hacen también referencia a la promulgación otras disposiciones de rango constitucional, como los artículos 73 y 67 de su texto. (...) Los procesos de promulgación y publicación no son “integrantes de la formación del texto legal, pero sí elementos que dan cumplimiento al requisito de cognoscibilidad de la ley ...” (STC 2253, c. 5°)”. En consecuencia, la promulgación es un acto administrativo de cognoscibilidad y no de formación de la ley ;

10°. Que, a su turno, la toma de razón de dicho decreto promulgatorio implica contrastar el decreto con el Oficio de la cámara de origen que acredita el contenido fiel de lo aprobado por el Congreso Nacional. Como vemos, se trata de una tarea de un enorme valor notarial y de una extrema delicadeza. Sin embargo, en ningún momento dicha labor implica desatender el cotejo de dos textos y trasladar la atención hacia un tercer texto que sirva de parámetro para realizar dicha toma de razón;

11°. Que, desatender la función de cotejo para mirar la Constitución no solo es una innecesaria distracción sino que implica dotar a la Contraloría de un poder del que carece puesto que implicaría que tiene derecho a “juzgar la ley desde la Constitución”. En tal sentido, la Constitución no juega ningún papel en la tarea de realizar el trámite de toma de razón de un decreto promulgatorio de la ley porque ello transformaría el examen de la Contraloría en un control de mérito de la ley. Y es la propia Ley Orgánica de la Contraloría la que impide realizar dicho control de mérito: “*La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas.*” (artículo 21 B, de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República). En tal sentido, el control de un acto



administrativo, como lo es el decreto promulgatorio, sigue la suerte de la potestad de lo controlado careciendo de poderes de mérito para el examen de la ley;

12°. Que sirva esta sencilla explicación para clarificar que en el marco de una toma de razón no es posible atribuir facultades a la Contraloría General de la República para realizar esta función como si fuera un control constitucional (artículo 98 de la Constitución);

2.- Las circunstancias extraordinarias no se legitiman: el caso del control normativo de un decreto promulgatorio con materias de LOC dentro de sus contenidos.

13°. Que la habitualidad de las leyes tienen el trámite antes indicado. Pero la mayoría sostiene que este caso es distinto, que no es de habitual ni de ordinaria ocurrencia. Tal diferenciación consiste en el hecho de que la formación de la ley concluiría -en el caso de las leyes interpretativas de la Constitución, las leyes orgánicas constitucionales (LOC) y los tratados internacionales en materias propias de ley orgánica constitucional- con el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, acorde con el artículo 93, numeral 1°, de la Constitución. En este sentido, se trataría de un trámite extraordinario y de un control excepcional puesto que el contenido definitivo de la ley quedaría plasmado por la sentencia del Tribunal Constitucional;

14°. Que estamos de acuerdo con la condición excepcional de las LOC, y lo hemos dicho reiteradamente. Ya sostuvimos en el voto disidente a la Sentencia Rol 4012/2017, que “al observar el panorama general e histórico del control preventivo en Chile, es claro que una mínima parte de las leyes publicadas cada año son controladas por el Tribunal Constitucional. Entre los años 1990 y 2016 solo un 25,6% de las leyes publicadas fueron examinadas por el Tribunal, lo que permite colegir que, en promedio, sólo una cuarta parte de las leyes regula materias que la Constitución encomienda a leyes orgánicas”. Pero ese 25 % representaba hasta el 2016 más de 548 leyes. Por ende, una cuestión es que las LOC sean excepcionales y otra muy distinta es que tengan una consideración extraordinaria y excepcionalísima. Una de cada cuatro leyes tienen materias de LOC y no conocemos, hasta ahora, un solo caso en donde la Contraloría General de la República realice un control constitucional del decreto promulgatorio. La mayoría parece entender que siempre hay una primera vez;

15°. Que la atribución de todos los órganos del Estado en orden a “garantizar el orden institucional de la República” (artículo 6°, inciso segundo de la Constitución), entendido como un mandato activo de comportamiento leal con el orden constitucional, no implica que uno pueda ejercer las atribuciones que a uno le parezca. Ni menos que sea convocado a llenar vacíos, corregir errores de otros organismos y realizar todo lo que esté de su alcance para “salvar la República” en



nombre de un flexible principio de juridicidad. No hay que olvidar que la Constitución lo establece claramente en un continuo perfecto desde la Constitución de 1833: “ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes” (inciso segundo del artículo 7° de la Constitución);

16°. Que, en consecuencia, al cotejar un decreto promulgatorio solo se tiene a la vista el oficio de la Cámara de origen y el texto del decreto promulgatorio porque la Constitución mandata algo tan simple como riesgoso: que se “promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda” (numeral 8° del artículo 93 de la Constitución) o “por apartarse del texto aprobado” (artículo 99 de la Constitución). Solo dos textos a la vista. Nada más: oficio y decreto;

17°. Que, la hipótesis amplia que sostiene la mayoría reside en una relectura del artículo 99 de la Constitución que habilitaría expresamente a realizar un control constitucional del decreto promulgatorio. Por lo mismo, cabe considerar este precepto constitucional. Sin embargo, aunque sostengamos esa tesis ello no cambia de naturaleza la toma de razón de un decreto promulgatorio de una ley la que requiere un contraste de dos documentos sin que la Constitución ni una sentencia puedan auxiliario en esa tarea;

3.- El artículo 99 distingue la toma de razón de los decretos promulgatorios respecto de los decretos inconstitucionales.

18°. Que el requerimiento formulado por el Presidente de la República se funda en los arts. 93 N° 9 y 99 CPR. En tal sentido, al Tribunal le correspondería resolver sobre la constitucionalidad de un decreto del Presidente, que la Contraloría ha representado “por estimarlo inconstitucional”, cuando sea requerido por el Presidente conforme al artículo 99 de la Constitución. Por su parte, el inciso tercero del mencionado artículo 99 constitucional establece que si la Contraloría General de la República representa un decreto con fuerza de ley, un decreto promulgatorio o de reforma constitucional “por apartarse del texto aprobado”, o un “decreto o resolución por ser contrario a la Constitución”, el Presidente no tiene la facultad de insistir, sino que debe conformarse con la representación de la Contraloría o remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de 10 días;

19°. Que en este caso, la competencia de la Contraloría respecto de un decreto promulgatorio es vista de un modo uniforme como una cuestión tasada por el mismo órgano de Estado. En este caso, el decreto que fue representado por la Contraloría es un decreto promulgatorio. La competencia de este organismo respecto de este tipo de decretos es estricta y precisa. “...tratándose de decretos promulgatorios de leyes, el examen que la Contraloría General efectúa en el trámite de toma de razón se circunscribe, por una parte, a verificar que el acto emane de la autoridad competente –esto es, que sea dictado por el Presidente de la República, con la firma del Ministro correspondiente-, y, por la otra, que el texto de la ley que



se promulga corresponda fielmente al aprobado por el Congreso Nacional, tal como aparezca en el oficio remitido por la Cámara respectiva, sin extenderse a otros ámbitos, como sería, por ejemplo, pronunciarse acerca de la constitucionalidad del cuerpo legal respectivo o sobre el mérito de la suma o epígrafe del decreto supremo promulgatorio, por ser ello ajeno a su competencia.” (Dictamen de la Contraloría N° 12, de 16 de julio 2012).

20°. Que, asimismo, el principal tratadista constitucional en la materia el profesor Alejandro Silva Bascuñán afirma que “la representación puede hacerla el Contralor por *apartarse* (el decreto promulgatorio) *del texto aprobado* por los órganos colegisladores. La pauta a que habrá de sujetarse el Contralor ha de ser la misma que debe respetar el Ejecutivo: le obliga a examinar todos los antecedentes producidos en la formación de la ley; sólo así estará en condiciones de concordar o disentir con el Jefe de Estado en orden a si refleja con exactitud y sin reparo alguno el texto normativo contenido en el decreto promulgatorio. [...] En nuestra opinión, las observaciones del Contralor no pueden fundarse en discrepancias suyas que recaigan en las determinaciones procesales o sustantivas adoptadas por los órganos colegisladores en las distintas etapas cursadas a lo largo de la gestación del cuerpo normativo” [SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2000): *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo VII (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición), pp. 237-8]. En suma, la Contraloría no tiene facultades para *estimar inconstitucional* un decreto promulgatorio, y por tanto, no puede *representar por inconstitucional* un decreto de este tipo. La contrastación es muy evidente. Un examen de constitucionalidad de un decreto promulgatorio exigiría que lo controlado tuviera como parámetro de control tres documentos: el proyecto de ley aprobado por el Congreso, la Constitución y la sentencia del Tribunal Constitucional. Lo propio de un control constitucional es la autonomía de juicio para estimar o desestimar un fundamento de constitucionalidad, lo que aparece ausente en este caso. En consecuencia, no se cumple en este caso la definición básica de la atribución descrita en el numeral 9° del art. 93; que la Contraloría haya representado por inconstitucional un decreto del Presidente;

21°. Que este asunto es tan evidente que la propia Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establece en su artículo 37 las competencias del Subdepartamento de Toma de Razón con un conjunto extraordinariamente específico de detalles. En este sentido, trata como atribuciones separadas las del literal “a) Anotar y llevar el registro de las leyes que se promulguen por el Ejecutivo y que se reciban en la Contraloría el respectivo decreto promulgatorio”. Y tiene un tratamiento diferenciado las del literal “b) Estudiar los decretos supremos y las resoluciones de los Jefes de Servicios a que se refiere el artículo 10° y proponer al Contralor la toma de razón de tales documentos o su representación u observación si no se ajustan a la Constitución o a las leyes, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del artículo 33° de esta ley”. El principio de especialidad normativo vuelve a dividir los decretos promulgatorios de los demás del mismo modo especial en que lo trata



el artículo 99 de la Constitución;

4.- El Dictamen de la Contraloría General de la República cuestionado en autos realiza un control constitucional implícito.

22°. Que el Dictamen N° 10.856, de 27 de abril de 2018, de la Contraloría General de la República en donde se representa el decreto promulgatorio de la Ley N° 21.081 prácticamente no refiere a la Constitución y lo hace de un modo indirecto. Sostiene que “como cuestión previa, cabe señalar que, según prescribe el artículo 94, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, las disposiciones que el Tribunal Constitucional declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate. En este sentido, tal como lo ha sostenido esta Entidad de Control en su Dictamen N° 66.893, de 2009, durante el trámite de toma de razón de un decreto promulgatorio de una ley en aquellos casos en que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del proyecto respectivo, corresponde que este Órgano Fiscalizador constate que el texto que se promulga se ajuste a la sentencia emitida por el citado órgano jurisdiccional”;

23°. Que para precisar el punto, en el Informe al requerimiento mediante Oficio N° 13.555 de 31 de mayo de 2018, la Contraloría informa que:

“[C]uando el proyecto aprobado ha sido objeto de control preventivo de constitucionalidad por parte de ese Excmo. Tribunal Constitucional, es indiscutible que la conformidad del texto de la ley que se viene promulgando con la sentencia respectiva debe ser corroborada en el trámite de toma de razón. Lo anterior, según se indicó en el oficio de representación respectivo, atendido que, de conformidad con el artículo 94, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, las normas que el Tribunal Constitucional declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto de que se trate. Una interpretación diferente, en orden a que ciertas normas que el fallo del Excmo. Tribunal Constitucional ha declarado que adolecen de inconstitucionalidad sean incorporadas al texto del proyecto remitido por la Cámara respectiva a S.E. el Presidente de la República, y luego a aquel sancionado en el decreto enviado a toma de razón, sin considerar en su integridad lo resuelto por ese Excmo. Tribunal, importaría infringir la disposición constitucional recién citada, así como los demás preceptos a que se hará alusión. Por la misma razón, sostener que esta Contraloría General debiera limitarse a cotejar el texto enviado por la H. Cámara de Diputados a S.E. el Presidente de la República con el contenido del decreto promulgatorio, desatendiendo lo resuelto por la sentencia de ese Excmo. Tribunal Constitucional, importaría en los hechos dejar de cumplir el mandato de ejercer el control de juridicidad que la Carta Suprema le asigna, reduciéndolo a una mera revisión



formal e impidiendo precaver tales infracciones. En el mismo orden de ideas, cabe señalar en lo sustantivo, que, si no se ha incorporado al texto del decreto, lo ordenado por el Excmo. Tribunal Constitucional y posteriormente éste es tomado de razón por la Contraloría General, en esas condiciones, tal omisión conculcaría directamente lo dispuesto en el citado artículo 94, inciso segundo, de la Constitución, que ordena expresamente que "las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley". También ello implicaría, dejar sin aplicación la facultad conferida a ese órgano jurisdiccional por el citado artículo 93, N°1 de la Ley Suprema, en orden a ejercer el control de constitucionalidad de las leyes orgánicas antes de su promulgación. En este contexto, la inclusión de lo fallado por el Excmo. Tribunal Constitucional en el contenido del decreto que se envía a toma de razón, es un asunto esencial que debe ser necesariamente revisado por esta Entidad Contralora, toda vez que, de existir disposiciones objetadas en el pronunciamiento de ese órgano jurisdiccional, éstas no pueden nacer a la vida del derecho como normas legales, considerando que justamente, por su propia naturaleza, el acto promulgatorio tiene por finalidad principal constatar la existencia en una ley y ordenar su cumplimiento como tal."

24°. Que la tarea de intervención de la Contraloría se haría en nombre del principio de juridicidad y del antiformalismo. Todo ello con el objetivo de precaver omisiones y constatar la existencia de una ley a objeto de propiciar su cumplimiento. En términos estrictos, la Contraloría General de la República se autoasigna atribuciones constitucionales que no fluyen directamente de la Constitución y las ejerce de un modo para el cual no estaba preparado, según veremos;

5.- ¿La Constitución no prevé el caso de marras? ¿Hay omisión real de promulgar un texto diferente al aprobado por el Tribunal Constitucional?

25°. Que el primer fundamento de la Contraloría es que nos encontramos frente a una omisión. Sin embargo, discrepamos de esa apreciación porque la cuestión planteada en autos es un conflicto normativo real sobre un decreto promulgatorio pero tal cuestión no se plantea efectivamente como un conflicto constitucional entre la Presidencia de la República y la Contraloría General de la República. Como lo sostuvo en el alegato de la vista de la causa el representante del Presidente de la República (a partir del Minuto 24:45 segundos de la vista). "La controversia nace de una lectura distinta que hacen del fallo Rol 4102 del 2017, la Cámara de Diputados y la Contraloría General de la República. La Cámara de Diputados, ya lo escuchamos, ha sostenido que la sentencia referida solo la vincula en aquello que aparece declarado inconstitucional en el resolutivo. Por eso, que el Oficio – ley que envía al Presidente de la República eliminó de la ley ya aprobada solo aquello o aquellas disposiciones que en la parte resolutive declaró



inconstitucional con dos excepciones. Estas son las del artículo 1° N° 15 literal d) que modifica el inciso segundo del artículo 26 de la ley y el artículo 1° N° 34 del proyecto de ley que modifica el artículo 50 N°;

26°. Que a confesión de partes relevo de pruebas, la verdadera contienda, dentro de la cual la Presidencia de la República desempeña una mera función de comunicación, es la producida entre la Cámara de Diputados y la Contraloría. La discrepancia interpretativa tiene por desentendimiento la lectura de la sentencia. Sin embargo, hay mecanismos constitucionales que permiten resolverlo y la propia Ley Fundamental los considera en el artículo 93, numeral 8° de la Constitución, según veremos;

6.- ¿Por qué yerra la Contraloría en el control del decreto promulgatorio?

27°. Que, pese a todo, la Contraloría persevera en la continuidad de ejecución del principio de juridicidad. Y para ello, representa el decreto promulgatorio tantas veces mencionado cuestionando, entre otras cosas, porque:

"el resuelvo I, letra A, de la sentencia declaró inconstitucional la expresión "el Servicio" contenida en el N° 15, letra d), del artículo 1° del proyecto que modifica el inciso segundo del artículo 26 de la citada ley N° 19.496, frase que no fue suprimida en el texto que se promulga" (fs. 115 del expediente constitucional Rol 4727);

28°. Que, sin embargo, ese es un error de la estimación constitucional del decreto promulgatorio por parte de la Contraloría. Efectivamente como quedó claro en los antecedentes y en la vista de la causa. La Contraloría reproduce un error en que incurrió la mayoría en la Sentencia Rol 4012 del Tribunal Constitucional. En ese fallo, se encuentra en su parte resolutive I, letra A, particularmente donde declara que el N°15, letra d), del artículo 1 del proyecto de ley regula una materia propia de ley orgánica constitucional y es constitucional por no contravenir la Constitución Política, **salvo la expresión "el Servicio"**;

29°. Que el número 15, del artículo 1, del proyecto de ley introduce diversas modificaciones en el artículo 26 de la ley N°19.496, y, en la parte pertinente a esta discusión, su letra d) ordena: "d) En el inciso segundo, intercálanse las expresiones "denuncia ante" entre las palabras "mediador o" y "el Servicio" (...). El error de la mayoría del Tribunal, queda patente cuando se transcribe el texto vigente del artículo 26 de la ley N°19.496, sobre el cual recae la reforma:



Artículo 26.- "Las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley prescribirán en el plazo de seis meses, contado desde que se haya incurrido en la infracción respectiva.

El plazo contemplado en el inciso precedente se suspenderá cuando, dentro de éste, el consumidor interponga un reclamo ante el servicio de atención al cliente, el mediador o el Servicio Nacional del Consumidor, según sea el caso. Dicho plazo seguirá corriendo una vez concluida la tramitación del reclamo respectivo.

Las sanciones impuestas por dichas contravenciones prescribirán en el término de un año, contado desde que hubiere quedado a firme la sentencia condenatoria.”;

30°. Que de acuerdo a lo indicado, la declaración de inconstitucionalidad que hace el Tribunal Constitucional en la parte resolutive I letra A recae sobre una expresión (“el Servicio”) que forma parte del precepto en vigor, no sobre la enmienda contenida en el proyecto de ley, pues en tal caso debió haber declarado contraria a la Constitución la expresión “denuncia ante”. En consecuencia, la Contraloría valida un error al estimar que debe eliminarse de la promulgación de la ley un precepto que ya hace parte de la legislación vigente. Si la Contraloría tuviera autonomía para hacer un control constitucional de este decreto habría advertido este error, lo que demuestra que no hace ni ha hecho en este caso un examen constitucional;

7.- La Contraloría desconoce el valor constitucional del principio non bis in ídem.

31°. Que en su debut sobre la función de control de constitucionalidad de los decretos promulgatorios, la Contraloría incurre en un segundo error tan significativo como el afectar la legislación vigente. Ahora en su control de constitucionalidad del decreto promulgatorio desconoce el valor del principio non bis in ídem. El inciso tercero del artículo 50 P del proyecto de ley que exige la Contraloría declarar inconstitucional es el precepto que indica lo siguiente:

“En ningún caso se podrá aplicar al mismo infractor dos o más sanciones administrativas por los mismos hechos y fundamentos o bienes jurídicos protegidos”;

32°. Que este es un hecho que queda acreditado en la presente causa por escrito ingresado por un conjunto de asociaciones de empresas de servicios sanitarios, de gas y eléctricas y que consta a partir de fs. 174 de este expediente;

33°. Que quisiéramos saber cuál es el fundamento por el cual la Contraloría estimó que esta norma es inconstitucional siendo un principio que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reconocido ampliamente siendo la última sentencia en hacerlo la STC 3054. No sabemos por qué y en qué sentido serían inconstitucionales. La Contraloría no da razones de esta inconstitucionalidad pese a que estima que debía ir más allá del formalismo;



34°. Que este no parece ser una buena señal de un órgano del Estado que se ofrecía a completar la tarea de ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional. Sin embargo, estos dos yerros tan relevantes tienen varias consecuencias. Primero, que hay un exceso de atribuciones que cabe desestimar, según lo veremos. Y, en segundo lugar, que detrás de estas consideraciones hay un modo de control en que la Contraloría apoya a una mayoría del Tribunal Constitucional permitiéndole revisar una sentencia con evidentes errores. Dicho con claridad, los errores que denunciemos a la Contraloría no se ocultan por una mayoría ni se evaden con apelaciones genéricas a principios jurídicos. La Contraloría hizo suyos los errores de la Sentencia 4012, contribuye con errores propios y debe admitir el control público sobre sus actos;

8.- Las razones extraordinarias no habilitan para crear nuevas funciones a la Contraloría General de la República.

35°. Que del Dictamen respectivo, del Oficio y del alegato del representante de Contraloría en este requerimiento se deducen tres funciones nuevas para el organismo sin que la Constitución y la ley lo auxilien en su definición. Primero, ejercicio del control de constitucionalidad de los decretos promulgatorios no respetando el principio de especialidad que define las materias en el artículo 99 de la Constitución. Segundo, la tarea de ejecución del cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional las que son resorte del propio organismo. Tercero, reclamar para sí una función dentro del proceso legislativo al poder estimar los contenidos del control normativo del decreto promulgatorio, cuestión regulada constitucionalmente dentro del capítulo de formación de la ley, así como en las atribuciones especiales del Presidente de la República y en las competencias del Tribunal Constitucional. Nos parece que ninguna de estas tres funciones puede ser revestidas de una manera genérica bajo la apreciación de cumplimiento del principio de juridicidad de la Constitución o de defensa de la Constitución. Simplemente todos los bienes jurídicos que aporta de un modo indudable la Contraloría General de la República al ordenamiento jurídico no pueden ser un título justificativo para sobrepasar su propio estatuto constitucional;

V.- Cosa juzgada y desasimiento de la Sentencia 4012/2017.

1.- Los errores de la Contraloría consolidan una revisión de la Sentencia 4012.

36°. Que los caminos que define la mayoría pasan por adoptar una determinada orientación al Presidente de la República en la promulgación del Decreto de la Ley N° 21.081. La alternativa es que se promulgue en el sentido en que representó el decreto promulgatorio la propia Contraloría. Con ello, se consagraría la estimación de los dos errores indicados: se declararían



inconstitucionales normas vigentes y se estimarían que incurren en el mismo vicio principios del *ius puniendi* como el *non bis in ídem*. Por el contrario, si el Tribunal le encargase en su sentencia enmendar en el nuevo decreto promulgatorio estos errores el escenario se torna más complejo. Primero, la mayoría y ya no la minoría le reprocharía a la Contraloría su error. Y, en segundo lugar, se vulneraría la Sentencia Rol 4012. Es muy probable que prime un cuestionable criterio de deferencia a la Contraloría que es el que adopta en su resolución y sobre el que volveremos al final;

2.- Se produjo el desasimio de la Sentencia 4012/2017.

37°. Que respecto de la sentencia Rol 4012 operaron los efectos procesales de una sentencia que son dos: "a) la imposibilidad del tribunal que dictó la resolución de modificarla en modo alguno (desasimio del tribunal), y b) la invariabilidad jurídica de lo resuelto y, a consecuencia de lo anterior, la posibilidad de ejecutar incluso coactivamente dicha resolución (cosa juzgada)" [Salas Astraín, Jaime (2014), *Iniciación al Derecho Procesal Chileno*, Tercera edición actualizada, Librotecnia, p. 525]. En este caso el tribunal que dictó esa sentencia ya no existe. Falta un Ministro al momento de este acuerdo y dos al momento de esta Sentencia. Como lo sostuvimos al momento de la admisión a trámite del presente requerimiento: "¿Y qué es lo objetado en el requerimiento que está en la base del conflicto normativo? Un oficio de la H. Cámara de Diputados (N°13.765), un Dictamen de la Contraloría General de la República (N°10.856) y una Sentencia del Tribunal Constitucional (STC 4012/2018). Respecto de los oficios, el Tribunal no tiene competencia decisoria para examinar actos de comunicación manifestados en un oficio de la Cámara de origen. Esta Magistratura lo ha sostenido con anterioridad, no es resorte suyo examinar oficios (STC 1035, cc.3° a 6°). Asimismo, tampoco puede reexaminar su propia Sentencia por expresa disposición constitucional ya que el artículo 94 de la misma, impide la interposición de recurso alguno, "sin perjuicio de que puede, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido". Y esta facultad fue requerida por la H. Cámara de Diputados ante esta Magistratura respecto de la STC 4012/2018 la que fue desestimada por la unanimidad de esta Magistratura en resolución de 30 de enero de 2018" puesto que no había error de hecho;

3.- Se produjo un efecto de cosa juzgada real y efectiva.

38°. Que el núcleo de la jurisdicción constitucional se sustenta en una norma superior, donde las sentencias judiciales que se pronuncian deben acatar las finalidades dispuestas por la Constitución, esto es a partir de la idea que fluye de la soberanía del Estado. El principio de supremacía se asocia a que la Constitución es la ley de leyes y en tal sentido la actuación jurisdiccional se enmarca en que los jueces ejercen el control de la supremacía de la norma fundamental y de las demás disposiciones que se consideran aplicables merced a su valor implícito, de forma que los tribunales al dictar la sentencia como acto jurisdiccional, momento preciso donde se realiza la función jurisdiccional implica un acto de voluntad que se agota



cuando la sentencia queda ejecutoriada, ya sea porque no existen recursos o estos ya se encuentran agotados. En términos estrictos hay cosa juzgada. Esta es la "institución procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una resolución judicial el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas en cuanto a proyección del principio de seguridad jurídica. Se refiere a la vigencia del resultado de un proceso, en el sentido de que una vez juzgado un asunto y deviene firme la resolución en el proceso de recaída, dicho asunto no puede juzgarse de nuevo dentro del mismo proceso o en proceso distinto" [Muñoz Machado, Santiago (Director) (2017), *Diccionario Jurídico Español*, Real Academia Española, Consejo General del Poder Judicial, p. 548];

39°. Que la cuestión es más compleja tratándose de materias constitucionales ya que los laudos constitucionales tienen un efecto "erga omnes", y la norma no puede tener efectos derogatorios o anulatorios en la medida que por la naturaleza y tipo de sentencia emitida, se pueda exhortar a las autoridades del Poder Ejecutivo, el Parlamento o la Contraloría General de la República sin que se afecte la cosa juzgada constitucional, puesto que esta última involucra que los fundamentos de la sentencia no son parte de lo resolutivo, de forma que se generaría una nueva instancia mediante la cual se revisa una sentencia al dar curso a la admisión a trámite en este caso concreto;

40°. Que la cosa juzgada constitucional deriva sobre el objeto relacionado estrictamente con la relación jurídica que es tratada en el litigio. De tal modo que la res iudicata se instala como excepción inhibitoria o defensa de fondo. En cambio cuando la decisión es "erga omnes", como sucede en el control preventivo de un proyecto de ley, la imposibilidad de repetición produce efectos para todos, de forma que su efecto normativo al pronunciarse, no repara en las personas, sino más bien en el derecho.

41°. Que en el evento que la sentencia sea el resultado de un control abstracto, en tal circunstancia no procede su revisión, atendida a que el efecto de sus sentencias, desde el punto de vista del derecho material constitucional, requiere la necesaria concordancia práctica entre la seguridad jurídica y la eficacia de las sentencias constitucionales.

42°. Que al efecto Raúl Tavolari en un artículo sobre la cosa juzgada en el control de constitucionalidad, en particular, sobre el control obligatorio de constitucionalidad a que se refiere la hipótesis del artículo 93 N°3 de la Carta Fundamental, a saber, proyecto de ley, como acaece en autos no podría modificarse el dictamen ya ejecutoriado, dado que, en el evento de que el TC se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley, el criterio restrictivo establecido en el artículo 71 de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, pone de manifiesto la existencia del instituto de la cosa juzgada constitucional.



43°. Que en esta perspectiva lo refrenda el autor René Molina Galicia (citado por Osvaldo Alfredo Gozaíni, p.719) al decir: “La seguridad y la certeza son el presupuesto del derecho, pero no de cualquier forma de legalidad, sino de aquella que emana de los derechos fundamentales, de los valores constitucionales, y su función es la de asegurar la realización de las libertades, es por ello que constituye un valor jurídico que no, necesariamente, está en conflicto con la justicia. Ese valor funcional del derecho en la actividad jurisdiccional se manifiesta bajo la figura de la cosa juzgada [...]. La cosa juzgada que comporta la prohibición de volver a juzgar sobre lo ya decidido en juicio, se traduce en el aforismo non bis in ídem”.

44°. Que, además, la cosa juzgada constitucional puede dividirse en formal y material, siendo la primera aquellos casos en que no puede volver a pedirse el control de constitucionalidad del acto normativo subconstitucional en el procedimiento, en virtud del cual se dictó la sentencia. Es el efecto impeditivo de la sentencia constitucional, tanto de la cosa juzgada constitucional formal como material, debiendo entenderse en sede jurisdiccional, que la fuerza vinculante de las sentencias constitucionales se relacionan con el tema de la separación de poderes. En otras palabras, la cosa juzgada material radica su esencia en el principio de separación de poderes, existiendo siempre una deferencia hacia los otros órganos del Estado en el rol modificatorio de una sentencia constitucional.

45°. Que el efecto de la sentencia constitucional en Chile, a partir de la modificación tras la Ley de Reforma Constitucional N°20.050, del año 2005, se expresó en el artículo 94 de la Carta Fundamental, produciendo como resultado que los laudos constitucionales, deben limitarse a la cosa juzgada constitucional, tanto formal como material, cuyo efecto impeditivo debe entenderse siempre en sede jurisdiccional, debido a sus particularidades que la diferencian de la cosa juzgada subconstitucional, existiendo por ende, un correlato acorde con la vigencia del principio de separación de poderes (Francisco Javier Peña Silva, Cosa juzgada constitucional y separación de poderes, en obra colectiva VVAA, en Estudio de Derecho Público, El principio de separación de poderes. Actas de las XL Jornadas de derecho público, 2010, Ed. AbeledoPerrot – Thomson Reuters, p. 517-529).

46°. Que en definitiva sobre este tópico, la vinculación entre la cosa juzgada constitucional se funda en la doctrina de la separación de poderes, lo cual constituye un principio jurídico-político fundamental del Estado, el cual perfectamente resulta congruente con lo expresado en nuestra Constitución en el artículo 4°, al establecer que “Chile es una república democrática”.

4.- Tipos de cosa juzgada aplicables.

47°. Que la principal distinción que tiene la cosa juzgada es la que diferencia entre la formal y la material. “La cosa juzgada material alude al litigio examinado en el juicio y resuelto por una sentencia que alcanza inmutabilidad. Es la



certeza más absoluta que obtiene una decisión jurisdiccional, sea que haya acogido o rechazado la acción deducida en un juicio. Se trata de aquellos pronunciamientos judiciales sobre el fondo, que no pueden ser revisados en procesos posteriores. La cosa juzgada material es la decisión jurisdiccional inmutable e irrevisable en un juicio posterior. En cambio, bajo la expresión de *cosa juzgada formal*, se alude a las decisiones judiciales -también sentencias definitivas e interlocutorias- que son susceptibles de una revisión posterior” [Romero Seguel, Alejandro (2002, *La cosa juzgada en el proceso civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, p.29]

48°. Que en el caso de la Sentencia Rol 4012/2017 existe plena cosa juzgada material siendo imposible su revisión, tanto porque se ejercieron los únicos recursos disponibles al efecto por el artículo 94 de la Constitución y porque dicha sentencia fue notificada en forma generando todos sus efectos. Este tipo de cosa juzgada no puede desvirtuarse mediante mecanismos interpretativos que eludan el contenido de su resolución, según veremos. La competencia del artículo 93, numeral 9°, no puede transformarse en la apelación del artículo 93, numeral 1° de la Constitución;

5.- Una hipotética cosa juzgada implícita vulnera el artículo 94 de la Constitución.

49°. Que la mayoría sostiene que en este caso se trataría de un asunto en donde concurriría una especie de “cosa juzgada implícita” que, a diferencia de la “explícita” trae a la luz los supuestos ya decididos en la Sentencia Rol 4012/2017 original. Por ende, no se trataría de una “vulneración” de la cosa juzgada material sino que este requerimiento permitiría “completar” aquellos considerandos que quedaron con un reconocimiento de inconstitucionalidad de partes del proyecto de ley a medio camino. En tal sentido, lo implícito no sería tal puesto que ha de atenderse a “la expresión de voluntad de este órgano de control de la constitucionalidad de la ley (la que) se encontraba clara tanto en los considerandos como en la parte resolutive de aquel fallo existiendo, por lo demás una unión inescindible entre ambos desde el momento en que las razones que fundaban las inconstitucionalidades contenidas en una y otra parte, eran las mismas” (c. 36° de la sentencia);

50°. Que este es un problema real planteado por la doctrina según lo acredita el interesante trabajo de Jordi Nieva. Sostiene que “una de las cuestiones más complejas que se plantea con alguna frecuencia en la jurisprudencia, y que está insuficientemente resuelta, es la referente a los pronunciamientos que, pese a no figurar expresamente en la sentencia, es preciso darlos por supuestos para conseguir la eficacia y estabilidad de la sentencia, en aras de impedir, de nuevo, la repetición del juicio. Sobre estos pronunciamientos ha existido también polémica doctrinal. Por ello realizó SERRA DOMINGUEZ una muy útil clasificación de pronunciamientos judiciales de la que cabía deducir que los pronunciamientos implícitos carecen de efectos de cosa juzgada, puesto que para que la produzcan es



esencial que haya habido debate sobre la cuestión objeto del pronunciamiento, y en segundo lugar, que exista realmente el pronunciamiento, lo que excluye de la cosa juzgada a esos pronunciamientos implícitos. Y desde luego, ello resuelve los inconvenientes que plantea la doctrina con respecto a estos pronunciamientos, simplemente porque reduce el objeto de observación al redactado de la sentencia, lo que permite extraer conclusiones con elementos perfectamente tangibles. Estimo que sí que existen pronunciamientos implícitos con efectos de cosa juzgada, como sucede cuando el juez da por supuesta su propia competencia, sin afirmarla, o cuando presume del mismo modo la capacidad de las partes. No hay debate ni pronunciamiento sobre estos puntos, y sin embargo no podrían ser discutidos en un proceso posterior, tendente a revocar, directa o indirectamente, la sentencia dictada. Pues bien, la cosa juzgada de dicho pronunciamiento implícito era necesaria para mantener la estabilidad de la sentencia del primer proceso, puesto que si en el segundo proceso se hubiera dicho que la explotación indebida producía daños, la primera sentencia hubiera perdido una de sus bases fundamentales: que dicha explotación no generaba derecho de indemnización. Se trataba, por tanto, de los mismos hechos pero acaecidos en un lapso temporal diferente, completamente irrelevante a los efectos que ahora nos interesan. En conclusión, debe afirmarse que absolutamente todas las sentencias contienen pronunciamientos implícitos que contribuyen a su estabilidad. No obstante, la relevancia de dichos pronunciamientos, e incluso su existencia, sólo será descubierta plenamente cuando en un segundo proceso quiera discutirse dicho pronunciamiento implícito. En los casos en que una segunda resolución sobre ese pronunciamiento desautorice la primera sentencia dictada, rompiendo su estabilidad, deberá declararse la existencia de cosa juzgada” [Nieva Fenoll, Jordi (2010), *La cosa juzgada. El fin de un mito*, AbeledoPerrot, pp. 54-57];

51°. Que siguiendo lo explicado por Nieva es admisible la discusión en el ámbito doctrinario y en determinado tipo de asuntos la configuración de un tipo de cosa juzgada implícita. Así, por ejemplo, será cosa juzgada implícita la propia competencia del Tribunal que conoce de un asunto y existiendo excepción de competencia ésta no es invocada. Por ende, hay un supuesto de que se le otorgó competencia implícita sin que pueda ser renovada en fases posteriores. Y así, es posible encontrar muchos otros supuestos implícitos. Sin embargo, este tipo de discusión demuestra cuán problemática es la solución que da la mayoría en este requerimiento. Lo que debate la doctrina no es si existen supuestos no discutidos y entendidos como implícitos. El problema real es que estos supuestos solo se evidencian en sede de revisión (usualmente en procesos civiles en sede de casación). Y solo ahí se puede debatir si realmente esos supuestos tienen una consideración jurídica de cosa juzgada material;

52°. Que si aceptamos esta conclusión diríamos que podemos revisar las sentencias del Tribunal Constitucional en otras instancias y más allá de ella misma. Con ello, la sola idea de reconocer una suerte de “cosa juzgada implícita” nos lleva



directamente a revisar la Sentencia en la que se estimó una determinada resolución. Por ende, lo implícito o la íntima conexión entre lo considerativo y lo resolutivo vulnera la cosa juzgada material de la STC 4012/2017 puesto que en términos estrictos se infracciona el artículo 94 de la Constitución que impide del todo la procedencia de “recurso alguno”. La transposición de una teoría de cosa juzgada implícita no puede hacerse sin mirar los casos en los cuales fue reconocida. No obstante, siendo los procedimientos ante el Tribunal Constitucional de única instancia no es posible concebir cosa juzgada implícita sin que se abra a la revisión de sentencias configurando la aludida infracción constitucional;

VI.- Correlato entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en virtud del principio de separación de poderes

53°. Que en términos generales se ha enunciado que en el instituto de la cosa juzgada convergen hacia su caracterización las calidades de inmutabilidad, definitividad, intangibilidad e indiscutibilidad de los fallos jurisdiccionales.

54°. Que lo caracteriza la vinculación entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria conduce de manera indubitada a un objetivo común, en consecuencia, se expresan en la seguridad y la paz jurídica, con la atribución a sus decisiones de los solos efectos de la cosa juzgada convencionalmente atendidos, para lo cual se requiere que las sentencias del órgano constitucional, tal como lo señala el artículo 94 de nuestro estatuto constitucional, resultan inamovibles y por lo tanto, su sistematización conlleva grados de obligatoriedad a la jurisdicción ordinaria.

55°. Que la “ratio decidendi” debe asociarse al concepto de vinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional, atendido que la obligatoriedad de tales decisiones constitucionales resultan vinculantes per se. En cambio los motivos o las razones que han dado lugar para la adopción de la decisión concreta debe analizarse como fundamentación de dicho pronunciamiento y, en caso alguno, puede confundirse con tal decisión. Motivo o fundamentación no son sinónimos de decisión.

56°. Que la fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional radica en la “ratio decidendi” y no subyace en las razones o motivos que el fallo no ordenó en su parte decisoria, puesto que la vinculación de los razonamientos, si bien es parte relevante para el fallo, es decir, que soporta la decisión, de tal modo que no podría ser cambiada mediante deducción del Tribunal, sin que el resultado, que está formulado en el fallo, cambie mediante las vías adecuadas.

57°. Que la delimitación conceptual efectuada por la doctrina y la jurisprudencia comparada, los perfiles y características que debe tener todo



Tribunal Constitucional, creando claridad y seguridad jurídica, respondiendo de esta manera a la noción de certeza, necesidad y vinculación de la conducta futura de órganos y personas que resulten afectados por la decisión constitucional, de forma tal de evitar que comportamiento declarados inconstitucionales puedan ser de nuevo reiterados, afectando con ello la seguridad jurídica de la sociedad toda.

58°. Que razonando en sentido contrario, se llegase a considerar a la jurisdicción constitucional como puramente teórica y poco efectiva, porque una sentencia declarativa no tuviese consecuencia jurídicas, no sólo se afectaría el principio de la cosa juzgada constitucional, sino también ello conlleva a que el verdadero camino jurídico marcado por los fallos del Tribunal Constitucional generen la obligación jurídica, que los parámetros de lo disidente del pronunciamiento propio de la sentencia sean vinculantes.

VII.- Cosa juzgada en materia de control preventivo de un proyecto de ley.

59°. Que en este caso concreto el efecto de cosa juzgada en materia de control preventivo del proyecto de ley sobre SERNAC resulta anexo a que junto a la vinculación de los órganos constitucionales colegisladores la sentencia de esta Magistratura, tiene fuerza de ley, en la medida de que existe una atribución de ello, puesto que los fallos del Tribunal Constitucional, en el juicio de constitucionalidad de las leyes, ejercen no sólo una función jurisdiccional, sino una actividad legislativa - como legislador negativo - y entendiéndose correctamente como una manifestación de fuerza de ley, en el sentido literal, esto es, ya que tiene la fuerza o el vigor vinculante de las sentencias constitucionales, cuya extensión en cuanto a sus efectos vincula a todos los órganos constitucionales, autoridades y tribunales de justicia. Esta vinculación, además, tiene fuerza de ley a las personas físicas y jurídicas, las cuales podrán invocar en su favor dichas decisiones, de forma que se producirán derechos y obligaciones, no sólo para las partes intervinientes en el proceso legislativo sino también para terceros.

60°. Que en la doctrina alemana, se ha comprendido que los efectos de vinculación y de fuerza de ley, en la práctica son equiparables a un efecto "erga omnes" en cuanto a su constitucionalidad, lo que resulta equivalente a los mismos efectos de la cosa juzgada material, puesto que el sobrepasar el rango de constitucionalidad de las leyes confiere la atribución a esas sentencias de fuerza constitucional, prohibiéndosele al Tribunal Constitucional alemán examinar en el futuro su regularidad constitucional (Revista Española de Derecho Constitucional, Vol. 1, N°1, Enero-Abril 1981, Cosa Juzgada, vinculación, fuerza de ley en las decisiones del Tribunal Constitucional Alemán, autor Raúl Bocanegra Sierra).

61°. Que se ha invocado que la cosa juzgada se aplica con "matices" en materia constitucional, lo cual no resulta pertinente en materia de control preventivo de un proyecto de ley, puesto que atendido el carácter de proceso unificado y concentrado del control, afecto al principio de inexcusabilidad del



órgano jurisdiccional y del efecto vinculante de su sentencia, no es pertinente tal aseveración.

62°. Que debe tenerse presente que la cosa juzgada constitucional no es un parámetro procesal sino que un resguardo de la certeza y previsibilidad que tienen para los derechos fundamentales la interpretación final provista por una Corte o un tribunal especializado, pero cualquier enmienda o modificación de una sentencia firme, como sucede en el caso de autos, implica necesariamente tener vías o mecanismos para modificarlos, teniendo en consideración la naturaleza del conflicto constitucional a dilucidar, que es, entre el Contralor General de la República y el Parlamento.

63°. Que el instituto de la cosa juzgada no emana con especial relevancia del artículo 170 del Código del Procedimiento Civil, sino que corresponde al marco normativo del efecto de las sentencias definitivas firmes que describe el artículo 175 del mismo cuerpo normativo procedimental.

VIII.- Lo mandatorio es el resolutivo de la Sentencia.

64°. Que en el centro de esta cuestión siempre estuvo la Sentencia Rol 4012/2017 tanto en la disposición de aquello que estimó inconstitucional en la parte resolutive de la sentencia sin fundamentación como en aquella parte que consideró inconstitucional pero que omitió en su resolución;

1.- Las normas orgánicas constitucionales de un proyecto de ley en donde el TC no dice nada son constitucionales.

65°. Que la primera cuestión, aunque parezca absurda, es que la función del Tribunal Constitucional en el ejercicio del artículo 93, numeral 1° de la Constitución, es ejercer un “control de constitucionalidad (...) antes de su promulgación”. Lo anterior, implica definir qué normas son constitucionales y cuáles inconstitucionales dentro de aquellas que tienen naturaleza orgánica constitucional. Y si omite ese pronunciamiento, esas normas son constitucionales en la medida que la promulgación excluya “aquellos preceptos que hubieren sido declarados inconstitucionales por el Tribunal” (inciso primero del artículo 50 de la LOC del TC);

66°. Que en cuanto al efecto de la sentencia, el deber del TC es pronunciarse “sobre la constitucionalidad (...) de un proyecto de ley orgánica constitucional. (...) Resuelto por el Tribunal que un precepto legal es constitucional, no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva” (artículo 51 de la LOC del TC). En tal sentido, la omisión de un pronunciamiento genera la presunción de constitucionalidad de la norma pero no la certeza de la misma. Por ende, es perfectamente susceptible de ser cuestionada posteriormente por la vía de la inaplicabilidad. Pero jamás podrá reputarse inconstitucional por una omisión de control;



2.- Los requisitos legales de las sentencias diferencian lo considerativo de lo resolutivo.

67°. Que de acuerdo al artículo 39 de la LOC del TC los requisitos de las sentencias del TC deben ceñirse y cumplir “con los requisitos indicados en los números 1° a 6° inclusive, del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil” (artículo 39 de la LOC del TC);

68°. Que dicho precepto del CPC enumera el conjunto de requisitos distinguiendo nítidamente las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia (numeral 4°) de la decisión del asunto controvertido (numeral 6°). Estos requisitos diversos tienen expresión material que los distingue en el texto de una sentencia con claridad. Por lo mismo, cualquier lector medianamente avezado de una sentencia sabe distinguir la parte decisoria de la misma de aquello que son sus fundamentos. Es incomprensible que la mayoría vulnere la cosa juzgada material introduciendo matices donde siempre ha habido claridad y frente a mandatos legales perentorios;

3.- La doctrina distingue lo resolutivo de lo declarativo otorgándole valor pleno a lo resolutivo.

69°. Que los efectos de la sentencia constitucional por dentro, expone el profesor Osvaldo Alfredo Gozaíni, en su “Tratado de derecho procesal constitucional latinoamericano” (Ed. La ley-Thomson-Reuters, Tomo III, Buenos Aires, 2014, p. 494) configura que “...la res iudicata dictada en un juicio constitucional tiene esta connotación que le imprime un alcance mayor al pronunciamiento. Por eso es necesario modular el alcance y las particularidades, debiendo así la **parte resolutive** ser más detallada que la decisión simple de dar o no la razón a una u otra de las partes”.

70°. Que reafirma lo anterior la cita que recoge Gozaíni de Humberto Nogueira Alcalá: “Las sentencias de término constituyen las decisiones jurisdiccionales más importantes de los tribunales constitucionales, tanto desde un punto de vista jurídico como de su trascendencia política, ya que dicha decisión se refiere a la Constitución Política del Estado, como asimismo porque tales decisiones determinan el sentido y alcance de valores y principios constitucionales que modelan y determinan el contenido de la normativa infraconstitucional”(op. cit. p. 495).

71°. Que la construcción del juicio jurisdiccional se realiza en un proceso constitucional, por tanto cual la delimitación de las sentencias al tenor de la Carta Fundamental implica, que el texto de sus normas o por el contenido político de las mismas, o por ciertas valoraciones político-sociales implícitas en ellas, impone un



tipo de proceso adecuado a la naturaleza de los derechos cuya vigencia quiere garantizar, y a la teoría jurídico política que inspira dicha Constitución;

72°. Que en idéntico sentido ha decidido el Tribunal Constitucional peruano “[...] el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó” (STC peruano 04587-AA/TC, FJ 38).

73°. Que los efectos de la sentencia constitucional, en el caso de procedimiento de control concreto, por regla general los pronunciamientos de esta Magistratura sólo afectan a las partes que han actuado o están actuando en el respectivo contencioso; o pueden tener efectos erga omnes, si la decisión es vinculante respecto de todos, lo que otorga a la sentencia una fuerza similar a la que detenta el Poder Legislativo, al eliminar el precepto normativo del ordenamiento jurídico, que es la regla general en el caso de las acciones abstractas de inconstitucionalidad que se concretan cuando el precepto impugnado ya forma parte del ordenamiento jurídico (control represivo).

74°. Que la justificación doctrinal de las sentencias constitucionales, cuya base lo constituye el principio de conservación de las normas legislativas, se hace sustentado en la certeza jurídica y aplicación uniforme del derecho, donde los principios constitucionales deben primar, haciendo patente la realización del principio de legitimidad constitucional que exigen los tribunales una cada vez mayor conformidad del sistema normativo a los valores constitucionales. En el ordenamiento jurídico chileno, donde existe el mandato imperativo no sólo de asegurar sino de promover los derechos fundamentales (artículo 5° inciso segundo), concede a la jurisdicción constitucional un sello característico que en ningún caso constituye actividad legislativa.

75°. Que en caso alguno, podemos estimar que estamos frente a una sentencia interpretativa, puesto que no aparece cierta interpretación del enunciado normativo, sino que estamos ante la presencia de una sentencia ejecutoriada en un control preventivo de un proyecto de ley, el cual en su fase decisoria omitió resolución, para lo cual la vía utilizada en estos autos que es un conflicto de constitucionalidad en relación a un decreto promulgatorio de la Ley N°21.081, que modificó la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, sea una enmienda emanada del Dictamen N°10.856 de la Contraloría General de la República, puesto que atendida esa hipótesis, el órgano contralor excede sus facultades de control.

4.- Las normas y las prácticas del TC distinguen lo resolutivo de lo declarativo otorgándole valor pleno a lo resolutivo.



76°. Que es una exigencia de lógica y de integridad del razonamiento que las consideraciones sean coherentes y congruentes con la resolución del Tribunal. Sin embargo, en las materias constitucionales es habitual la presencia de consideraciones que no implican una resolución. Por lo mismo, existe una clásica distinción doctrinaria que también diferencia entre la "ratio decidendi", "obiter dicta" y "decisum". Las consideraciones no decisivas y que sirven como un argumento retórico de refuerzo interpretativo son las obiter dicta. La ratio decidendi son las consideraciones en donde se describe la regla general que sirve de base para resolver un asunto. Es tal su fuerza argumentativa que puede tener un alcance de precedente. Finalmente, está el decisum que es la resolución concreta de un asunto. En tal sentido, el decisum es nuestra parte resolutive precedida de manera lógica por la ratio decidendi que es su fundamento directo;

77°. Que la propia norma interna del funcionamiento de nuestro Tribunal hace una referencia nítida a la exigencia de preceptos "que hubieren sido declarados inconstitucionales" (artículo 50 de la LOC TC). Por ende, son aquellos en donde se adoptó una decisión;

78°. Que esa norma es coherente con el artículo 94 de la Constitución que indica que "las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley (...)". En consecuencia, debe haber un acto declarativo y no únicamente considerativo;

79°. Que, por lo demás, dicha definición es coherente con las prácticas del Tribunal en decenas de sentencias en donde se argumenta hipotéticamente en un determinado sentido relativo a su inconstitucionalidad y se utiliza la expresión "y así se declarará". Por ende, se admite en una relación potencia-acto, reconociendo que la decisión no existe hasta que se declara expresamente, siendo el horizonte de la decisión pública la parte resolutive de la sentencia. No hay que olvidar que las sentencias son un acto de comunicación no solo a las partes intervinientes sino que dirigidas a todo ciudadano el que debe entender por la respuesta resolutive el sentido de lo disputado y decidido;

IX.- ¿Qué decidió la mayoría en esta sentencia? ¿Qué tiene que hacer la Presidencia de la República y la Contraloría?

80°. Que, finalmente, la mayoría decide en el resolutive "*que sobre la base a los razonamientos contenidos en esta sentencia, corresponde dejar a firme la decisión de la Contraloría General de la República de representar el decreto promulgatorio de la Ley N° 21.081, que modifica la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, correspondiente al Boletín N° 9369-0, y así se declarará*";

81°. Que esta parte resolutive de la sentencia revela lo que hemos sostenido a lo largo de esta disidencia. La facultad del numeral 9° del artículo 93 de la Constitución exige al Tribunal el cumplimiento de cuatro requisitos: 1) Que el



Tribunal ejerza una función resolutoria (“resolver”); 2) Que se trate de un dilema constitucional (“sobre la constitucionalidad”); 3) Referido a la potestad decretal específica del Presidente de la República (“de un decreto o resolución”) y 4) donde la Contraloría General de la República lo haya representado por inconstitucional;

82°. Que, primero, el Tribunal no ha resuelto un conflicto. Simplemente le da la razón a la Contraloría. Pero lo más evidente no lo ha hecho que es resolver la cuestión planteada y que debería fluir natural con un ¿Y ahora qué? Sin embargo, nos encontramos frente a un resolutorio “implícito”: al tener la razón la Contraloría ¿deberíamos entender que el Presidente de la República debe dictar un nuevo decreto promulgatorio en que incorpore las observaciones representadas por el órgano contralor a objeto de completar el decreto promulgatorio? La mayoría no lo dice pero vamos a asumir que esa es la hipótesis más plausible. Entonces consagraría una interpretación que contiene errores constitucionales al estimar que se pueden eliminar leyes vigentes y por declarar inconstitucional el principio non bis in idem;

83°. Que, pese a todo, parecería que el margen de maniobra del Presidente de la República no es mucho porque la propia sentencia lo restringe. Sin embargo, la hipótesis adicional es que la Contraloría, para la mayoría, quedaría dotada de un nuevo poder. Al examinar el decreto promulgatorio de las leyes puede y debe hacer un examen constitucional del mismo. En consecuencia, sería la Contraloría la que debería resolver las incoherencias de esta nueva promulgación que incorpora dos gruesos errores. El problema es que ello iría contra sus actos propios. ¿Cómo desdecirse en lo que sostuvo hace dos meses? Por ende, no hay una auténtica resolución del caso. Basta recordar que la Constitución otorga un instrumento poderoso al Tribunal Constitucional para resolver estos conflictos. Simplemente, sustituye el poder promulgatorio del Presidente y lo traslada temporalmente al propio Tribunal. “Si el Tribunal acogiera el reclamo, promulgará en su fallo la ley que no lo haya sido o rectificará la promulgación incorrecta” (inciso decimotercero del artículo 93 de la Constitución). Sin embargo, como sabemos esa es la competencia del numeral 8° del artículo 93 de la Constitución la que no se ha ejercitado aun en este caso;

84°. Que el segundo requisito del numeral 9° es que se trate de un conflicto constitucional. En este caso, no ha existido ninguno de estos componentes. Son ratificaciones de los alcances del decreto promulgatorio, sobre el modo de concebir la parte mandatoria de la sentencia. Lo único de constitucional que ha tenido este caso es el otorgamiento de nuevas atribuciones implícitas a la Contraloría, las que desestimamos categóricamente;

85°. Que el tercer requisito es la discrepancia en torno al examen de un decreto o resolución. Sin embargo, todo el conflicto gira en un marco ajeno a esta cuestión. Lo examinado son los oficios de comunicación de lo aprobado por el Congreso y la Sentencia 4012/2017 de este Tribunal;



86°. Que, finalmente, la Contraloría sí procedió a no tomar razón del decreto promulgatorio por un fundamento de inconstitucionalidad que no asumió autónomamente sino que lo hace de modo vicario por el Tribunal Constitucional. Con esto, hemos cerrado un círculo para llegar al mismo punto de Enero de 2018 con la Sentencia 4012/2017 en el sentido de que nuevamente este Tribunal exige que su sentencia se aplique sin resolver adecuadamente el conflicto planteado;

87°. Que, no se dan las circunstancias habilitantes del numeral 9° del artículo 93 de la Constitución para resolver este caso y por eso la mayoría no lo hace. No hay nada que resolver. Y eso es cuestionado por los propios Ministros que integran esa mayoría. No resulta razonable haber esperado una conclusión sobre los alcances resolutivos de las sentencias del Tribunal Constitucional y tener un resolutive, nuevamente, que es insuficiente para resolver un conflicto que normativamente queda abierto;

88°. Que, en consecuencia, cabe desestimar el requerimiento del Presidente de la República siendo partidarios que se publique cuanto antes la Ley N° 21.081 conforme a lo determinado en la parte resolutive de la Sentencia Rol 4012/2017.

Redactó la sentencia la ex Ministra señora Marisol Peña Torres, y la disidencia el Ministro señor Gonzalo García Pino.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 4727-18-CDC.



Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y por sus Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Gonzalo García Pino y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Se certifica que los Ministros señora Marisol Peña Torres y señor José Ignacio Vásquez Márquez concurrieron al acuerdo, pero no firman la presente sentencia por haber cesado en su cargo y por encontrarse en comisión especial de servicios, respectivamente.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.