

## 2.5. CONTROL

### 2.5.1. TOMA DE RAZÓN

#### MATERIA

TOMA DE RAZÓN

#### ÓRGANO COMPETENTE

Tribunal Constitucional

*Tipo de recurso:* Inconstitucionalidad Decreto Supremo (art. 82 N° 5 CPR)

*Rol:* 116

*Fecha:* 27.12.1990

*Resultado recurso:* Rechazado.

*Ministros mayoría:* Luis Maldonado Boggiano, Eduardo Urzúa Merino, Manuel Jiménez Bulnes, Hernán Cereceda Bravo, Luz Bulnes Aldunate y Ricardo García Rodríguez.

*Ministro redactor:* Eduardo Urzúa Merino y Manuel Jiménez Bulnes.

*Requiritos:* Diputados Hugo Álamos Vásquez, Gustavo Alessandri Balmaceda, Pedro Pablo Álvarez-Salamanca Buchi, Francisco Bayo Veloso, Carlos Cantero Ojeda, María Angélica Cristi Marfil, Alberto Espina Otero, Miguel Ángel Fantuzzi Hernández, José Antonio Galilea Vidaurre, René García García, José García Ruminot, Antonio Horvath Kiss, Gerardo Hurtado Ruiz-Tagle, Carlos Kuschel Silva, Arturo Longton Guerrero, Evelyn Mathei Fornet, Federico Mekis Martínez, Jorge Morales Adiazola, Eugenio Munizaga Rodríguez, Luis Navarrete Carvacho, Juan Alberto Pérez Muñoz, Ramón Pérez Opazo, Marina Prochelle Aguilar, Baldo Prokuriza Prokuriza, Teodoro Ribera Neumann, Federico Ringeling Hunger, Claudio Rodríguez Cataldo, Andrés Sotomayor Mardones, Raúl Urrutia Ávila, Carlos Valcarce Medina y Carlos Vilches Guzmán.

#### DESCRIPTORES

Toma de Razón – Decreto Supremo – Supremacía Constitucional

#### PRINCIPIO LEGAL

La toma de razón es una simple presunción de legalidad.

#### LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 82 N°s. 3, 5 y 6, 87 y 88 CPR.

#### DISPOSICIÓN CUYA INCONSTITUCIONALIDAD DE SOLICITA

Artículos 12 letra f) y 4 transitorio del Decreto Supremo 140/1990 Ministerio de Vivienda y Urbanismo que reglamentó los programas de viviendas progresivas. El primero establece que en caso de postulación colectiva, el postulante obtendrá un punto por cada postulante integrante del grupo organizado, hasta el máximo de 50 puntos. El segundo permite reservar, previa autorización del Secretario Ministerial

del Ministerio de Vivienda y Urbanismo respectivo, hasta un 50% de las viviendas progresivas que se construyan para la atención de casos de extrema urgencia calificada por el mismo Ministerio.

#### PREGUNTA JURÍDICA

¿La atribución del Tribunal Constitucional de conocer los reclamos que efectúe alguna de las Cámaras del Congreso o una cuarta parte de los miembros en ejercicio de cualquiera de ellas en caso de que el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional, está subordinada a que la Contraloría curse sin observaciones (tome razón de) un decreto supremo?

#### DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Mediante el D.S. N° 140 de 1990 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo se reglamentaron los programas de viviendas progresivas. Este, permite que el postulante a tales beneficios opte por la inscripción individual o colectiva.

31 diputados impugnaron, ante el Tribunal Constitucional, dos normas de este reglamento por considerarlas contrarias a la Constitución.

El requerimiento se puso en conocimiento del Presidente de la República y del Contralor General de la República, en sus calidades de órganos constitucionales interesados. Además, ocho profesores de derecho público, en ejercicio del derecho de petición, hicieron una presentación ante el Tribunal Constitucional en la causa. Fue así como se planteó la posible incompetencia del Tribunal para pronunciarse sobre la constitucionalidad de un decreto que no fue objeto de observaciones por parte de la Contraloría.

#### ALEGACIONES

La bonificación de puntaje que se otorga a la postulación colectiva constituye una discriminación arbitraria con respecto a los postulantes individuales que afecta además la libertad de asociación. Luego la disposición que permite que durante el año 1990, se pueda reservar, previa autorización del Secretario Ministerial del Ministerio de Vivienda y Urbanismo respectivo, hasta un 50% de las viviendas progresivas que se construyan para la atención de casos de extrema urgencia calificada por el mismo Ministerio, supone el otorgamiento de facultades discrecionales a la administración que pueden afectar los derechos de los que recurren al sistema normal de postulación.

#### APLICACIÓN DE LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Se debe resolver en el presente caso si el Tribunal Constitucional tiene o no la atribución que el N° 5 del artículo 82 de la CPR señala para pronunciarse sin limitaciones sobre los reclamos que se le formulen por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio cuando el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional que la Contraloría General de la República ha cursado sin representar su inconstitucionalidad (C. 2).

El cumplimiento de la función de control de la legalidad de los actos de la Administración que los artículos 87 y 88 de la CPR le encargan a la Contraloría, tal como lo reconoce la doctrina, otorga una simple presunción de legalidad y constitucionalidad, y como tal no es definitiva, ya que puede ser revisada por otras instancias legales (C. 3).

De las instancias que pueden revisar el control de legalidad ejercido por la Contraloría General de la República se incluyen las que puede realizar tanto el Tribunal Constitucional como los tribunales de justicia. Dentro de las primeras, se encuentra el artículo 82 N° 5 de la CPR que prescribe: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 5. Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional”. Esta atribución no puede quedar subordinada a que la Contraloría curse sin observaciones un decreto supremo, pues del contexto armónico de las disposiciones del artículo 82 de la CPR se desprende en forma inequívoca que el Tribunal Constitucional tiene supremacía constitucional sobre lo que resuelva la Contraloría en esta materia, lo que se concluye y comprueba, entre otras disposiciones, con lo que prescribe el artículo 82 N° 3 de la CPR en relación con el inciso séptimo del mismo, que dice textualmente: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 3. Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley”. “[...]En el caso del N° 3, la cuestión podrá ser planteada por el Presidente de la República dentro del plazo de diez días cuando la Contraloría rechace por inconstitucional un decreto con fuerza de ley. También podrá ser promovida por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio en caso de que la Contraloría hubiere tomado razón de un decreto con fuerza de ley que se impugne de inconstitucional. Este requerimiento deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la publicación del respectivo decreto con fuerza de ley”. Ello se repite en el artículo 82 N° 6 de la CPR en cuanto dispone: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6. Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88” (C. 4 a 6).

De aceptarse la tesis de suficiencia de constitucionalidad de los decretos que la Contraloría haya tomado razón para no poder ser impugnados a posteriori, implicaría además un desconocimiento y una limitación a las facultades que el inciso undécimo del artículo 82 de la CPR reconoce a cualquiera de las Cámaras o a una cuarta parte de sus miembros en ejercicio para que dentro del plazo de treinta días siguientes a la publicación o notificación de un decreto que se objete puedan recurrir al Tribunal Constitucional reclamando que se declare su inconstitucionalidad (C. 7).

Diferentes actas que contienen los debates que sobre la materia existieron en la Comisión redactora del proyecto de la Constitución de 1980 también permiten suponer que el Tribunal Constitucional tiene la competencia en análisis. En la sesión 359, el señor Ortúzar señaló que “están preocupados de darle al Tribunal Constitucional la

facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero no la de los decretos que signifiquen actos de administración”. A su vez, el señor Lorca estimó “extraordinariamente delicado que en este sistema no sea el Tribunal Constitucional el que garantice la supremacía constitucional”. El señor Ortúzar agregó que “bastaría que el Presidente de la República y el Contralor estuviesen de acuerdo para burlar al Parlamento” (C. 8).

Así, el Tribunal Constitucional tiene las atribuciones constitucionales suficientes para entrar a conocer y resolver el requerimiento sobre la inconstitucionalidad del D.S. N° 140 de 1990 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (C. 10).

### CONCLUSIÓN

La atribución del Tribunal Constitucional de conocer los reclamos que efectúen alguna de las Cámaras del Congreso o una cuarta parte de los miembros en ejercicio de cualquiera de ellas en caso de que el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional no está subordinada a que la Contraloría General curse sin observaciones (tome razón de) un decreto supremo, ya que del contexto armónico de los preceptos constitucionales respectivos se desprende en forma inequívoca que el Tribunal tiene supremacía constitucional sobre lo que resuelva la Contraloría en la materia.

### IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

El TC establece en esta sentencia que la toma de razón de los decretos supremos no es suficiente indicio de legalidad que excluya su competencia para revisar su constitucionalidad, tanto de aspectos de forma de la dictación del decreto como aspectos del fondo del mismo. Esto explica, el carácter contencioso administrativo de estas atribuciones en manos del TC.

Tras la vuelta a la democracia este caso, conjuntamente con el de Colonia Dignidad, que veremos a continuación, anunciarán cómo el TC comenzará a actuar como árbitro institucional en las cuestiones regulatorias entregadas a la Administración.

### TEXTO COMPLETO

Santiago, veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa.

### VISTOS:

Con fecha 21 de noviembre del presente año, 31 señores Diputados que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de la respectiva Corporación, cuya nómina integran los señores Alamos Vásquez, Alessandri Balmaceda, Alvarez-Salamanea Buchi, Bayo Veloso, Cantero Ojeda, Cristi Marfil, Espina Otero, Fantuzzi Hernández, Galilea Vidaurre, García García, García Ruminot, Horvatli Kiss, Hurtado Ruíz- Tagle, Kuschel Silva, Longton Guerrero, Matthei Fornsc, Mekis Martínez, Morales Adiazola, Munizaga Rodríguez, Navarrete Carvacho, Pérez Muñoz, Pérez Opazo, Prochelle Aguilar, Prokuriza Prokuríza, Ribera Neumann, Ringeling Hunger, Rodríguez Cataldo, Sotomayor Mardones, Urrutia Avila, Valcarce Medina y Vilches Guzaían, ejerciendo la facultad que les confiere el inciso onceavo del artículo 82, de la Constitución Política de la República en relación al inciso primero, N° 5 de la misma Carta, todo ello de acuerdo con los artículos 48 y 38 a 45 de la Ley N° 17.997 de 1981, han deducido un reclamo ante este Tribunal

con el objeto de que se declare inconstitucional la letra f) del artículo 12 y el artículo 4º transitorio del Decreto reglamentario N° 140 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo por transgredir los N°s. 2º, 15º y 22º del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

El Decreto Supremo N° 140 de 1990, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de fecha 22 de octubre de 1990, reglamenta los programas de viviendas progresivas. Su artículo 2º, bajo el concepto “Alternativas de postulación” distingue la posibilidad de que el postulante a este subsidio opte por la inscripción individual o colectiva. El artículo 12, letra f), establece que en caso de postulación colectiva, el postulante obtendrá un punto por cada postulante integrante del grupo organizado, hasta el máximo de 50 puntos. Señalan los reclamantes que teniendo los grupos de postulación colectiva normalmente un mínimo superior a 50 integrantes, esta circunstancia otorgará a sus miembros un total de 50 puntos adicionales respecto de los postulantes individuales.

Agregan que, este trato diferente y arbitrario traerá en el hecho como consecuencia, que la postulación individual se verá decididamente perjudicada desplazada por la colectiva, lo que forzará a las personas a ingresar a los grupos a los cuales el decreto supremo les otorga privilegios injustos. Afirman que, sin establecer la obligatoriedad de la asociación como requisito de postulación, ella será indispensable para obtener el puntaje que permita acceder a una vivienda progresiva. Así, la bonificación en puntaje que se otorga a cada asociado por el hecho de ser parte de un grupo con personalidad jurídica, genera una discriminación arbitraria frente a los postulantes individuales.

Agregan los reclamantes que, por otro lado, el artículo 4º transitorio del Decreto Supremo N° 140 de 1990 del Ministerio de Vivienda y urbanismo señala que durante el año 1990, se podrá reservar, previa autorización del Secretario Ministerial del Ministerio de Vivienda y Urbanismo respectivo, hasta un 50% de las viviendas progresivas que se construyan para la atención de casos de extrema urgencia calificada por el mismo Ministerio. Esto a su entender significa que se sustraen del sistema de postulación la mitad de las viviendas progresivas que se construyan durante 1990 y se deja su entrega al arbitrio de la autoridad administrativa afectándose de esta forma los derechos de los que recurren al sistema normal de postulación. Lo que se pretende, según los reclamantes, es aumentar en términos inconstitucionales la facultad administrativa discrecional en la entrega de las viviendas progresivas.

Así, los artículos 12, letra f), y 4º transitorio del Decreto Supremo N° 140 constituyen normas abiertamente inconstitucionales que violan la igualdad ante la ley, el derecho de las personas a recibir del Estado y sus organismos un trato no discriminatorio en materias económicas y la libertad de asociación.

Luego de analizar los N°s. 2º y 22º del artículo 19 de la Carta Fundamental, los reclamantes afirman que el principio de igualdad ante la ley consagrado en ellos se ve seriamente afectado por el artículo 12, letra f), del Decreto Supremo N° 140 al establecer sin causa racional y en forma arbitraria un sistema de beneficios para las personas que postulen a una solución habitacional en forma individual de aquellos que lo hagan colectivamente. No se trata de una bonificación por el hecho de prestar una contraprestación o por reunir ciertos postulantes características sobresalientes, sino que por pertenecer a un grupo organizado dotado de personalidad jurídica.

Por su parte, el artículo 4º transitorio del mismo reglamento, implica discriminar en iguales términos entre los que se someten al sistema de postulación y los que recurren a la vía de la discrecionalidad administrativa, encontrándose todos en similar situación. Este precepto facilitará la discrecionalidad arbitraria en el trato que debe dar el Estado y sus agentes en materia económica.

Los reclamantes sostienen que por lo tanto se está en presencia de una diferencia arbitraria a la que alude el artículo 19, N° 2º, como ante una discriminación de la misma naturaleza en el trato

económico, a que se refiere el artículo 19, N° 22°, de la Constitución Política, porque se afecta, sin fundamento racional alguno, las expectativas económicas de los postulantes individuales e incluso colectivos que buscan a través de una inscripción según el procedimiento normal un beneficio económico estatal.

Por otro lado, al consagrarse la postulación colectiva unida a una bonificación de puntaje se establece un sistema que lleva a ingresar a un grupo o a la constitución de otro, afectándose de esta manera la libertad de asociación consagrada en términos negativos en el artículo 19, N° 15°, de la Constitución, en el sentido de que nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación. Si bien no existe una obligación legal de asociarse, el sistema de otorgamiento de puntaje concebido en favor de los postulantes que lo hacen en forma colectiva, determina que serán excluidos por falta de puntaje, aquellos que no lo realicen en dicha forma.

Finalmente, los reclamantes solicitan a este Tribunal tener por interpuesto este reclamo, acogerlo y declarar la inconstitucionalidad de las normas del Decreto-Supremo N° 140 de 1990, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que han impugnado.

Los reclamantes acreditan su calidad de Diputados en ejercicio y designan al Diputado señor Ribera para que los represente ante este Tribunal.

Con fecha 29 de noviembre de mil novecientos noventa, 14 señores Diputados adhirieron al presente reclamo y designaron al Diputado señor Chadwick como representante ante este Tribunal. Con fecha 3 de diciembre de mil novecientos noventa, ocho profesores universitarios de Derecho Público, en ejercicio del derecho de petición hicieron una presentación solicitando que al conocer del reclamo, este Tribunal tomara en consideración diversas observaciones que formulan en torno a la interpretación que según ellos debe darse a la frase “o dicte un decreto inconstitucional” contenida, en el artículo 85, N° 5° de la Constitución Política de la República. En síntesis ellos afirman que la oración antes transcrita no se refiere a lo sustantivo del decreto dictado, sino al proceso de dictación del mismo. Es decir, cuando al “dictar” un decreto se viola la Constitución es invocable dicha norma, no cuando el producto de una dictación formalmente de acuerdo con la Constitución sea en su contenido inconstitucional. De esta manera, a la expresión “o dicte un decreto inconstitucional” debe dársele una interpretación restrictiva con un ámbito temporal de validez siempre anterior a la toma de razón aprobatoria del decreto por la Contraloría General de la República. El Tribunal la tuvo presente en la vista de la causa.

Con fecha 4 de diciembre de mil novecientos noventa, el Tribunal tuvo por formulado el requerimiento y ordenó ponerlo en conocimiento de S. E. el Presidente de la República y del señor Contralor General de la República, en sus calidades de órganos constitucionales interesados, acompañándoles copia del mismo. Esta resolución fue comunicada por oficio el día 5 de diciembre pasado.

Con fecha 10 de diciembre de mil novecientos noventa la abogada designada por S. E. el Presidente de la República señora Mirna Jugovic Mateljan contestó el reclamo motivo de esta sentencia.

En su contestación señala que la causa de pedir, como hecho constitutivo de la acción de los reclamantes, es el haber dictado el Presidente de la República un decreto inconstitucional, el Decreto Supremo N° 140, de 1990, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. En razón de ello, se invoca el artículo 82, N° 5°, de la Constitución Política.

Sin embargo, el Presidente de la República ha dictado dicho decreto en estricta aplicación de las normas constitucionales y legales que rigen en Chile a los decretos supremos. No ha existido inconstitucionalidad de forma ni ilegalidad alguna de forma en la dictación de dicho decreto. El artículo 32, N° 5°, de la Constitución ha sido, entonces, mal invocado por los reclamantes. Tal

artículo trata de inconstitucionalidades de forma cometidas por el Presidente de la República y no subsanadas o subsanables por la Contraloría General de la República. Como conclusión, señala la contestación, que el Presidente de la República no ha dictado decreto inconstitucional alguno por lo que la pretensión de los reclamantes carece de causa de pedir y la invocación del artículo 82, N° 50, ha sido errónea.

En seguida señala que desde comienzos de siglo, en que la emigración del campo a la ciudad generó problemas de hacinamiento y de falta de viviendas, el Estado de Chile ha actuado en este campo para hacer frente a situaciones de emergencia social en pro de los sectores cultural y económicamente desposeídos.

Ello ha dado lugar a una configuración legal reglamentaria muy compleja que puede resumirse en la existencia de ocho sistemas orientados a familias de recursos bajos y medios. Uno de ellos es el Programa de Viviendas Progresivas regulado por el Decreto Supremo N° 140. Dicho programa está dirigido a dar solución habitacional a las familias de menores ingresos de la población. En una primera etapa otorga el terreno urbanizado y a lo menos un baño y cocina, donde las familias puedan establecerse, para que, en una segunda etapa, tengan la posibilidad de iniciar la edificación del resto de 1a. vivienda.

Muy a menudo estas personas se organizan, pues de esa manera no sólo pueden unidas hacer frente a la adversidad, sino que se facilita para ellas el acceso a la asistencia técnica y a las líneas de financiamiento. Para ayudar al mejor acceso a estos medios y al mejor empleo de sus habilidades y uso de recursos humanos y financieros, el Estado ha favorecido desde siempre el que las familias puedan hacerlo organizadas, aportando la colaboración solidaria de los vecinos bajo cualquier tipo de organización funcional con personalidad jurídica.

Señala el Presidente de la República que los ocho programas indicados anteriormente tienen dos características comunes a casi todos ellos a saber, que se permite la postulación individual y grupal y que se otorga a la autoridad pública discrecionalidades administrativas. En relación con la primera, luego de examinar diversos decretos reglamentarios, expresa que el Decreto Supremo N° 140 se inscribe en todo un sistema de acciones y programas de vivienda destinados a familias de recursos bajos y medios y que en dicho sistema es usual encontrar vías de postulación individual o grupal, características que comparte el decreto impugnado. En cuanto a la segunda, después de mencionar diversos programas, afirma que el Decreto Supremo H° 140, no presenta una anomalía cuando plantea discrecionalidades administrativas, las que son comunes a toda la normativa en materias sociales y que es razonable que así sea por la magnitud de los problemas abordados, necesidad de urgencia en las soluciones y diversidad de las contingencias que deben abordarse. En especial, la asignación directa de viviendas contenida en el artículo 4° transitorio no es un caso único o espúreo, sino que ello está autorizado para diversas autoridades públicas en diversas normas vigentes.

Mas adelante, la contestación expone en lo sustancial el contenido de los N°s. 2°, 22° y 15° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, para luego analizar las normas del Decreto Supremo N° 140, que se consideran violatorias de las disposiciones constitucionales mencionadas.

En relación con el artículo 12, letra f), señala que hay dos alternativas de postulación: individual y colectiva. Estos procesos de postulación no compiten entre sí, sino que son vías paralelas. Ello se deriva del artículo 7° del reglamento que transcribe.

En cuanto al artículo 4° transitorio expresan que es una norma que tiene dicho carácter y que se encuentra en extinción. Sólo podrá ejercerse hasta el 31 de diciembre del presente año y únicamente en relación con las soluciones habitacionales contratadas por los SERVIU para el solo efecto de un programa, el de Viviendas Progresivas, y no como intencionadamente se ha dicho en medios de comunicación del 50% de todas las viviendas de todos los programas indicados.

Expone la contestación que no existe vicio de inconstitucionalidad alguno en el artículo 12, letra f). Este precepto establece claramente que las personas que opten por la alternativa de postulación individual sólo competirán con las demás personas que utilicen el mismo sistema de postulación, no siendo perjudicadas ni desplazadas por aquellas otras que opten por el sistema de postulación colectiva. Dentro de la postulación grupal se favorece la organización de 50 o más postulantes, pero debiendo contar con personalidad jurídica. Ello sería arbitrario si no fuera razonable. Responde a una razón técnica, porque grupos de alrededor de 50 o más postulantes representan una segmentación de la demanda que facilita su tramitación y el apoyo técnico y financiero. Grupos muy pequeños atomizan la postulación y grupos demasiado grandes la rigidizan. La necesaria obtención y vigencia de personalidad jurídica da asimismo al grupo postulante una cierta consolidación mínima exigida. Tampoco existe vicio de constitucionalidad en el artículo 4º transitorio. La asignación directa de viviendas no es ajeno a los sistemas destinados a enfrentar, sea una situación de urgencia social o una contingencia. El artículo 4º transitorio se refiere a la “atención de casos especiales de extrema urgencia habitacional”. Además, responde a la imposibilidad de contar con la encuesta Ficha CAS II, necesaria para la selección de postulantes que contemplan las normas permanentes del reglamento antes de febrero de 1991.

Por otra parte, un amplio grado de discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. En efecto, la palabra arbitrariedad implica el no sometimiento del acto al principio de juridicidad o el actuar por simple capricho o por mera voluntad. En cambio la discrecionalidad que tiene una autoridad pública sometida al Estado de Derecho, está controlada por el sistema jurídico, sistema que determina sus límites.

En la última parte de su contestación el Presidente de la República hace diversas observaciones adicionales al reclamo presentado.

Concluye solicitando se rechace en todas sus partes el reclamo de constitucionalidad y se declare que la letra f) del artículo 12 y el artículo 4º transitorio del Decreto Supremo Nº 140 son constitucionales.

Con fecha 11 de diciembre de mil novecientos noventa el Contralor General de la República señor Osvaldo Iturriaga Ruiz contestó el reclamo.

En su contestación distingue dos situaciones. En la primera, señala que los reclamantes cuestionan la constitucionalidad de la norma contenida en la letra f), del artículo 12 del Decreto Supremo Nº 140 y fundamentan su presentación, en síntesis, en que ella otorga un puntaje adicional y preferencial a los grupos organizados con personalidad jurídica, hasta un máximo de 50 puntos, que no se concede a los postulantes que lo hagan en forma individual. Agregan que este trato diferente y arbitrario traerá en el hecho como consecuencia que la postulación individual se verá decididamente perjudicada y desplazada por la postulación colectiva, lo que incidirá en forzar el ingreso a los grupos a los que el reglamento atribuye privilegios manifiestamente injustos, en términos tales, que sin establecer la obligatoriedad de la asociación como requisito de postulación, ésta será imprescindible para obtener la vivienda progresiva.

Además, todo ello trae consigo que la bonificación en puntaje que se otorga a cada asociado, por el solo hecho de ser parte de un grupo con personalidad jurídica, genera una discriminación arbitraria que prohíbe la Constitución en los N.ºs. 2º y 22º del artículo 19.

Señala el Contralor que, es dable poner de relieve que dicho artículo 12 comienza diciendo, en su inciso primero, que “en las selecciones correspondientes a las respectivas alternativas de postulación y modalidades de operación, el orden de prelación entre los postulantes se fijará atendiendo a los más altos puntajes obtenidos en los factores que se señalan a continuación, de acuerdo a las normas siguientes”.

Para fijar el puntaje que corresponde a los postulantes deben aplicarse las reglas que se contienen en el inciso penúltimo del mismo artículo 12, esto es, en la postulación individual, la suma de los factores de las letras a), b), c), d) y e), y en la postulación colectiva, la suma de los puntos de los factores a), b), c), d), e) y f), de todos los postulantes integrantes del grupo y el total así obtenido se dividirá por el número de ellos. El puntaje que resulte se considerará como el puntaje individual de cada postulante integrante del grupo.

De lo anterior fluye que se contempla una alternativa de postulación individual y otra colectiva en las cuales se efectúa una selección separada y que la letra f) de ese mismo artículo sólo se aplica en lo que corresponde a la inscripción colectiva que define el artículo 2º, letra c), del mismo cuerpo reglamentario.

El puntaje especial que contempla para los grupos organizados la letra f) del artículo 12, no afectará de manera alguna, a las personas que hayan elegido postular individualmente y sólo servirá para fijar el orden de prelación entre los diferentes grupos concursantes.

Concluye el Contralor que no se ha dado en la especie un trato preferencial y discriminatorio a los grupos organizados, en detrimento y perjuicio de las personas que postulen individualmente, ni menos en los términos arbitrarios que prohíben los N.ºs. 2º y 22º del artículo 19 de la Constitución Política. Por iguales razones considera que nadie se verá obligado a integrar, contra su voluntad, personas jurídicas, como único medio de acceder a los beneficios habitacionales que concede el reglamento, toda vez que siempre habrá una línea independiente, dotada de fondos propios, destinada sólo a favorecer a los postulantes individuales, que en las listas de prelación únicamente, competirán entre sí y no con los grupos organizados. Por tal motivo, no se advierte tampoco infracción al artículo 19, N.º 15º, inciso tercero, de la Carta Fundamental. En la segunda situación, expone que en el reclamo se objeta también la constitucionalidad del artículo 4º transitorio del tantas veces citado Decreto Supremo N.º 140, de 1990, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, al disponer que durante el año 1990 la reserva a que se refiere el inciso segundo del artículo 10 podrá alcanzar hasta el 50%. Ello significa que durante dicho año, de cada programa SERVIU, estos Servicios pueden reservar hasta el 50% de las viviendas progresivas que se construyan, previa autorización del secretario Ministerial respectivo, para la atención de casos especiales de extrema urgencia habitacional calificada por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

En primer término, señala el Contralor que, si bien dar solución a los problemas habitacionales es siempre un asunto de urgencia en nuestro país, no es posible ignorar tampoco que en numerosas situaciones, la urgencia puede alcanzar extremos tales que en algunas ocasiones ha llegado, incluso, a amenazar el orden público en el interior, que el Presidente de la República, por imperativo constitucional, tiene la obligación de cautelar.

Las razones antedichas han fundamentado tradicionalmente el uso de la reserva por parte de la Autoridad Administrativa, constituyendo la calificación y cuantificación de esta medida una cuestión de mérito u oportunidad entregada a dicha Autoridad y que a la Contraloría General no compete ponderar, limitándose a constatar sólo en forma objetiva la efectividad del hecho que en cada caso la motiva.

Las mismas razones han justificado también el establecimiento del artículo 10 permanente del texto reglamentario en análisis, que consagra igual facultad de la Administración, aunque en menor cantidad, con carácter indefinido que no ha sido objetada. A lucio de la Contraloría General una misma medida no puede aceptarse en un caso y rechazarse en otro, desde un punto de vista jurídico, teniendo como único fundamento el mayor o menor porcentaje, de viviendas que son afectadas por ella.

Por otro lado, si bien el porcentaje que se señala en la norma transitoria es varias veces mayor que el que autoriza la permanente, su trascendencia en el ámbito temporal es considerablemente inferior,

aun olvidando las fechas en que el decreto fue dictado, tomado razón y publicado, de manera que no se advierte que la primera sea ilógica, irracional o caprichosa cuando la última no es tachable de esos defectos.

Finalmente debe destacarse que como lo señala el artículo 10 permanente, al cual se remite el artículo 4º transitorio, la reserva de viviendas debe serlo para la atención de casos especiales de extrema urgencia habitacional calificada previamente por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo y con autorización también previa del Secretario Ministerial respectivo, lo que aleja la posibilidad de que pueda hacerse un uso arbitrario de esta medida discrecional.

Concluye señalando que, por las consideraciones expuestas, la Contraloría General tomó razón en su oportunidad del Decreto Supremo Nº 140.

Con fecha 17 de diciembre de mil novecientos noventa, el Diputado señor Teodoro Ribera Neumann, en representación de los parlamentarios reclamantes, presentó un escrito de téngase presente formulando diversas observaciones en torno a la admisibilidad del reclamo y a la inconstitucionalidad de los artículos 12, letra f) y 4º transitorio del Decreto Supremo Nº 140.

Con fecha 19 de diciembre de mil novecientos noventa el Tribunal tuvo por contestado el reclamo por S. E. el Presidente de la República y por el señor Contralor General de la República y decretó traer los autos en relación.

#### CONSIDERANDO:

##### I. Atribuciones del tribunal Constitucional.

1º. Que en estos autos se ha sostenido que el Tribunal Constitucional carecería de las atribuciones necesarias para conocer y pronunciarse sobre el presente requerimiento. Los fundamentos que sirven de base para ello residen principalmente en la presunción de legalidad que generaría el hecho de la toma de razón por la Contraloría General de la República conforme a los artículos 87 y 88 de la Constitución Política del decreto impugnado por el reclamo.

Se afirma también que al Tribunal Constitucional no se le han otorgado atribuciones generales y amplias para conocer de toda clase de conflictos jurídicos constitucionales como otras Constituciones reconocen expresamente al citado Tribunal, y que en cambio el Tribunal Constitucional chileno sólo puede conocer de aquellas materias que el artículo 32 de la Constitución le señala. En el caso del Nº 5º de este último artículo que reconoce al Tribunal Constitucional, en su parte final, la facultad de fallar los reclamos que se produzcan cuando el Presidente de la República “dicte un decreto inconstitucional”, se pretende que se refiere exclusivamente a la facultad de resolver sobre presuntos vicios de forma que puedan afectar al decreto respectivo. Para sostener este último punto se han citado algunas opiniones de comisionados que intervinieron en el estudio y elaboración del proyecto de la Constitución de 1980;

2º. Que en esencia la cuestión que se promueve y debate según lo dicho en el considerando anterior reside en resolver si el Tribunal Constitucional tiene o no la atribución que el Nº 5º del artículo 82, de la Constitución Política le señala para pronunciarse sin limitaciones sobre los reclamos que se le formulen por cualesquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio cuando el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional que la Contraloría General de la República ha cursado sin representar su inconstitucionalidad;

3º. Que el cumplimiento de la función de control de la legalidad de los actos de la Administración que los artículos 87 y 88 de la Constitución Política le encargan a la Contraloría General de la República implica, tal como lo reconoce la doctrina, una simple presunción de legalidad y constitucionalidad, y como tal no es definitiva ya que puede ser revisada por otras instancias legales;

4°. Que de las instancias que pueden revisar el control de legalidad ejercido por la Contraloría General de la República se incluyen las que puede realizar tanto el Tribunal Constitucional como los tribunales de justicia;

5°. Que dentro de las primeras a que se refiere el considerando precedente se encuentra el número 5° del artículo 82 de la Carta Fundamental que textualmente prescribe lo siguiente: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

“5°. Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional”;

6°. Que esta atribución de conocer los reclamos que otorga la Carta Fundamental al Tribunal Constitucional en el caso que el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional, no puede quedar subordinada a que la Contraloría General de la República curse sin observaciones un decreto supremo, pues del contexto armónico de las disposiciones del artículo 82 de la Constitución Política se desprende en forma Inequívoca que el Tribunal Constitucional tiene supremacía constitucional sobre esta materia.

Que la supremacía del Tribunal Constitucional sobre lo que resuelva la Contraloría General de la República se concluye y comprueba fehacientemente entre otras disposiciones con lo que prescribe el N° 3° del artículo 32 de la Constitución Política en relación con el inciso séptimo del mismo artículo, que dicen textualmente:

“Artículo 82. Son atribuciones del Tribunal Constitucional: “3° Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;

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

Este mismo concepto de la supremacía del Tribunal Constitucional se repite en el número 6° del artículo 82 de la Constitución Política en relación al artículo 88 de la misma en cuanto el primero dispone:

“Artículo 82. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88”;

7°. Que de aceptarse la tesis de suficiencia de constitucionalidad de los decretos que la Contraloría haya tomado razón para no poder ser impugnados a posteriori, implicaría además un desconocimiento y una limitación a las facultades que el inciso undécimo del artículo 82 de la Constitución Política de la República reconoce a cualesquiera de las cámaras o a una cuarta parte de sus miembros en ejercicio para que dentro del plazo de treinta días siguientes a la publicación o notificación de un decreto que se objete puedan recurrir al Tribunal Constitucional reclamando que se declare su inconstitucionalidad;

8° Que sirve también de antecedente que confirma la atribución del Tribunal Constitucional para conocer y fallar sobre la constitucionalidad de los decretos del Presidente de la República que sean estimados inconstitucionales por la mayoría de los órganos que la Constitución establece, diferen-

tes actas que contienen los debates que sobre la materia existieron en la Comisión redactora del proyecto de la Constitución de 1980, en especial lo sostenido por los comisionados en las sesiones y en la forma que a continuación se indican:

En sesión 319, de 4 de septiembre de 1977, página 1659, el señor Bertelsen refiriéndose al control jurídico de la Contraloría explicaba:

“Es netamente de tipo fiscalizadorio. O sea, el organismo contralor vigila, está atento a que un decreto supremo cumpla las exigencias legales y constitucionales; si estima que no las cumple, lo representa. Ahora, quien decida en último término si ese decreto supremo se ajusta a derecho no debe ser la Contraloría. Es decir, ésta fiscaliza, pero, en definitiva, no controla. Quien vaya a controlar tendrá que ser la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional”.

Y más adelante agregaba: “Entonces, a la luz de esta distinción entre fiscalización, como sinónimo de vigilancia especial, y control, que en el fondo implica una decisión, enfocaría el diverso ámbito de acción de la Contraloría, que lo ve –en esto, naturalmente, no existe novedad alguna– como un control externo que opera sobre la administración, pero restringido a dos materias: el control jurídico y el control contable– financiero. El control jurídico únicamente en el aspecto de fiscalización; el contable-financiero, un control pleno”

En sesión 326, celebrada el miércoles 9 de noviembre de 1977, p. 1775, el señor Bertelsen al referirse a la facultad del Presidente de la República para dictar decretos con fuerza de ley, bajo la vigencia de la Constitución de 1925, expresaba:

“En esa materia no había posibilidad de insistencia. Y, si el Contralor objetaba algo, el Presidente de la República podía recurrir al Tribunal Constitucional. O bien, sí el Contralor aceptaba ese decreto con fuerza de ley, conforme a la autorización conferida para legislar, el Congreso o la minoría parlamentaria podía plantear el asunto al Tribunal Constitucional cuando el organismo contralor había dejado pasar el decreto con fuerza de ley no debiendo, a juicio de los parlamentarios, haberlo autorizado”.

En sesión 359, celebrada el 26 de abril de 1978, p. 2362, el señor Bertelsen explicó que podría “plantearse algún problema, en el caso hipotético, por ejemplo, de que el Presidente dictara un reglamento y éste fuera aceptado por la Contraloría. Pregunta si en esa eventualidad podría el Parlamento estimar que ese reglamento ha invadido indebidamente el campo de la potestad legislativa.

El señor Ortúzar (Presidente) expresa que se justificaría el rechazo porque, además, sería una infracción a la Constitución.

El señor Bertelsen indica que se trataría de un reglamento del cual ha tomado razón la Contraloría y del que el Congreso se ha enterado después de salir publicado. Por eso, piensa que hay que darle la posibilidad de intervenir al Parlamento”.

Si bien en esta misma sesión el señor Guzmán manifestó que comprendía que en esta materia “se está tratando de tomar el mayor resguardo, pero no le parece lógico que si hay una instancia que es la Contraloría, llamada a calificar la legalidad de los decretos y reglamentos, se recurra al Tribunal Constitucional por estimar que la Contraloría se equivocó y no debió tomar razón de un decreto, ya que en la práctica será el Tribunal Constitucional el que se pronunciaría sobre la legalidad o ilegalidad de los decretos”. “Insiste en que recurrir al Tribunal Constitucional por cada decreto inutilizará la función de la Contraloría”.

Luego, sin embargo, en sesión 415, de 28 de septiembre de 1978, p. 3563, al revisar el anteproyecto definitivo de la Constitución, se produce el siguiente debate, en que el señor Guzmán aclara definitivamente su posición respecto a este tema:

El señor Ortúzar (Presidente) refiriéndose a las atribuciones del Tribunal Constitucional, artículo 91, –actual artículo 82– “indica que hubo una omisión frente a un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional.

Hace presente que al Presidente le caben dos posibilidades en tal caso: conformarse con el criterio de la Contraloría o recurrir al Tribunal Constitucional a para su resolución definitiva.

Agrega que, en tal circunstancia, se hace necesario incluir un nuevo inciso a continuación del N° 5.

El señor Guzmán hace constar que subraya el sentido que tiene el N° 5 en su parte final, cuando dice que corresponde al Tribunal Constitucional resolver los reclamos, entregándole a la Cámara de Diputados, o a la cuarta parte de ella, la facultad en cuanto a hacer el requerimiento correspondiente.

Por tal motivo, considera novedoso e importante la inclusión del nuevo inciso, a continuación del N° 5, en los términos expuestos, porque refuerza el carácter distinto que tiene la referencia que hace el número anterior a la dictación de un decreto inconstitucional.

El señor Lorca se muestra complacido con la inclusión del nuevo inciso, a continuación del N° 5, ya que, de acuerdo con su contenido, todo el régimen de la supremacía constitucional queda radicado en el Tribunal constitucional”.

Es por esta razón que la Comisión que estudió el anteproyecto constitucional aprobó en sesión 417, p. 3665, como atribuciones del Tribunal Constitucional en números separados las siguientes:

“N° 5.- Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional;

“N° 6.- Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 96” –actual artículo 88–.

Con anterioridad, en la sesión 359, página 2364, el señor Ortúzar, había dicho que “están preocupados de darle al Tribunal Constitucional la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero no la de los decretos que signifiquen actos de administración.

El señor Lorca, estima extraordinariamente delicado que en este sistema no sea el Tribunal Constitucional el que garantice la supremacía constitucional.

El señor Ortúzar dice que bastaría que el Presidente de la República y el Contralor estuviesen de acuerdo para burlar al Parlamento”.

Esta razón fue, sin duda, una de las que motivó el agregado al N° 5 del actual artículo 82 en cuanto faculta al Tribunal Constitucional para resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional, cuando la cuestión sea promovida por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, dentro de los treinta días siguientes de la publicación del texto del decreto impugnado;

Que a mayor abundamiento este Tribunal tiene presente lo expuesto por el ex Presidente de él, señor Israel Bórguez Montero en el discurso que pronunció en la Universidad Católica de Valparaíso en octubre de 1982 y que contó con la aprobación de la totalidad de los miembros de dicho Tribunal señores José María Eyzaguirre Echeverría, Enrique Correa Labra, Enrique Ortúzar Escobar, Eugenio Valenzuela Somarriva, Julio Philippi izquierdo y José Vergara Vicuña y que en la

parte pertinente de su discurso, al analizar la facultad del Tribunal Constitucional para declarar un decreto supremo inconstitucional, sostuvo lo que sigue:

“Si se tratare de un decreto que el Tribunal declare inconstitucional, dicho decreto quedará sin efecto de pleno derecho, sólo con el mérito de la sentencia que así, lo resuelva.

“Por último, es importante destacar que la nueva Constitución amplió considerablemente la competencia del Tribunal en estas materias, con respecto a la que le otorgaba la Carta de 1925, ya que incluyó como norma que puede ser objeto tanto de control preventivo como represivo, los decretos que el Presidente de la República dicte en el ejercicio de su Potestad Reglamentaria. La innovación es profunda, pues ahora corresponde también al Tribunal, velar por la supremacía normativa de la Constitución sobre los actos propios del Poder Ejecutivo en la forma que hemos comentado”;

10°. Por todo lo anteriormente expuesto este Tribunal considera y declara en uso de sus facultades exclusivas que tiene las atribuciones constitucionales suficientes para entrar a conocer y resolver el requerimiento sobre la inconstitucionalidad del decreto reglamentario N° 140 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo publicado en el Diario Oficial el 22 de octubre de 1990.

## II. Inconstitucionalidades promovidas en el reclamo.-

11°. Que el requerimiento impugna el decreto reglamentario N° 140 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo publicado en el Diario Oficial de 22 de octubre de 1990 por haber violado la Constitución en sus artículos 12, letra f) y 4° transitorio que textualmente señalan lo siguiente;

“Artículo 12.- En las selecciones correspondientes a las respectivas alternativas de postulación y modalidades de operación, el orden de prelación entre los postulantes se fijará atendiendo a los más altos puntajes obtenidos en los factores que se señalan a continuación, de acuerdo a las normas siguientes;

“f) Postulación colectiva: Obtendrá un punto por cada postulante integrante del grupo organizado, hasta un máximo de cincuenta puntos para cada postulante.

“El puntaje total de cada postulante corresponderá a la suma de los factores a), b), c) d) y e). En caso de postulación colectiva se sumarán los puntos de los factores a), b), c), d), e) y f) de todos los postulantes integrantes del grupo, y el total así obtenido se dividirá por el número de integrantes del grupo. El puntaje que resulte se considerará como el puntaje individual de cada postulante integrante del grupo”.

“Artículo 4° transitorio.- Durante el año 1990 la reserva a que se refiere el inciso segundo del artículo 10 de este reglamento podrá alcanzar hasta el 50%”;

12°. Que respecto de la primera disposición objetada los recurrentes fundamentan su presentación en síntesis en que ella otorga un puntaje adicional y preferencial a las postulaciones que se presenten en grupos con personalidad jurídica hasta un máximo de 50 puntos, puntaje que no se concede a los postulantes que lo hagan en forma individual;

13°. Que los recurrentes hacen residir la infracción en el hecho que este puntaje adicional que se otorga a cada asociado miembro de un grupo con personalidad jurídica que postula colectivamente, representa un trato diferente y arbitrario al que reciben los postulantes individuales que se verán perjudicados y desplazados por la postulación colectiva la que a su vez forzará el ingreso preferencial a este tipo de postulaciones. Sostienen que todo ello genera una discriminación que sería abiertamente contraria a lo dispuesto en la Constitución Política en su artículo 19, N°s. 2°, 15° y 22°;

14°. Que del estudio del decreto impugnado, se desprende fehacientemente que los recurrentes incurren en un error al pretender sostener que la postulación colectiva genera discriminación con

relación a la de los postulantes individuales, pues del citado reglamento se concluye que la postulación individual y sus puntajes son totalmente independientes de lo que en definitiva obtiene un postulante colectivo, es decir, existen dos sistemas de postulación: uno individual y otro colectivo y el mayor puntaje que puedan obtener los postulantes colectivos en mérito de la letra f) del artículo 12 en ningún caso perjudica al postulante individual, cuya postulación se deriva del análisis armónico de diversas disposiciones del decreto reglamentario en análisis, entre otros en la letra b) del artículo 2º, en la letra f) del artículo 6º, en el artículo 7º, en el artículo 8º y en el inciso primero del citado artículo 12;

15º. Que el hecho de la existencia de dos alternativas de postulación permite a los postulantes escoger libremente la manera como solicitarán su beneficio habitacional; no puede haber discriminación en el hecho que un postulante lo haga individual o colectivamente pues los factores que dan puntaje son idénticos para ambas alternativas, excepto para el postulante colectivo que tendrá un punto más por cada integrante del grupo, pero todo ello dentro de su respectiva postulación y no en relación a la que efectúen por su cuenta los postulantes individuales. Es por ello que no existe un trato preferencial y discriminatorio a los grupos organizados en detrimento y perjuicio de las personas que postulen individualmente;

16º. Que también sobre la materia debe tenerse presente que, ningún postulante se verá obligado a integrar contra su voluntad grupos colectivos con personalidad jurídica como único medio de acceder a los beneficios habitacionales que contempla el decreto reglamentario toda vez que siempre habrá una línea independiente con fondos propios destinado a favorecer a los postulantes individuales que en las listas de prelación únicamente competirán entre sí y no con los grupos organizados;

17º. Que por último este Tribunal tiene en consideración para en definitiva rechazar la inconstitucionalidad alegada, que la misma letra f) del artículo 12 impugnado, en su inciso segundo contempla el puntaje que recibirá cada postulante tanto individual como colectivo, prescribiendo que para este último la suma total del puntaje de cada uno de sus miembros se dividirá por su número de integrantes del grupo, con lo cual se genera una igualdad de puntaje entre todos ellos lo que no sucede con el postulante individual cuyo puntaje será el que resulte del cumplimiento de los factores que este mismo inciso contempla. Si el postulante individual o colectivo resulta perjudicado con el puntaje que obtiene en su respectiva alternativa, tiene la facultad según lo señala el inciso final del artículo 8º del decreto reglamentario impugnado para cambiarse indistintamente de modalidad de postulación, con lo cual, en ningún caso podrá verse perjudicado pues su elección será inspirada por la postulación o alternativa en que obtenga mayor puntaje. Dicho inciso dispone al efecto:

“El postulante podrá en cualquier momento cambiar su opción por la alternativa de postulación o modalidad de operación elegida al inscribirse; renunciar al grupo organizado a través del cual se inscribió, para postular a través de otro grupo organizado o individualmente, o incorporarse a un grupo organizado si hubiere postulado individualmente cumpliendo en cada caso con los requisitos correspondientes a la nueva alternativa o modalidad elegida”;

18º. Que en lo relativo a la inconstitucionalidad del artículo 4º transitorio del decreto reglamentario en análisis, los recurrentes manifiestan que dicha disposición sustrae del sistema de postulación la mitad de las viviendas progresivas que se construyan durante 1990, y se deja su entrega al arbitrio y discrecionalidad de la autoridad administrativa, afectándose a su juicio seriamente los derechos de las personas que recurren al sistema normal de postulación.

La infracción constitucional la hacen residir en la vulneración de las mismas disposiciones constitucionales que sirven de fundamento para impugnar la letra f) del artículo 12 del citado decreto,

esto es los números 2º y 22 del artículo 19 de la Carta Fundamental que en esencia contemplan la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria;

19º. Que este Tribunal debe considerar que la discrecionalidad impugnada, también se contempla en un porcentaje inferior en el artículo 10 del mismo decreto, situación que no es reclamada por los recurrentes. Por el contrario en su presentación de fecha 17 de diciembre pasado, el apoderado de los reclamantes acepta expresamente la discrecionalidad de la autoridad administrativa en estas materias por ser de pequeña cantidad;

20º. Que por otra parte el porcentaje de viviendas progresivas afectas a la discrecionalidad que objetan los reclamantes en el artículo 4º transitorio del decreto en estudio no podrá tener una expresión real, pues se trata de una disposición transitoria con vigencia hasta el 31 de diciembre de 1990 y además el porcentaje que contempla relacionado con el tiempo de aplicación del decreto a partir de su publicación en el Diario Oficial el 22 de octubre de 1990 representa un porcentaje menor que el autorizado en la disposición permanente no impugnada a que se refiere el considerando anterior;

21º. Que de todo lo expuesto en los considerandos precedentes este Tribunal concluye que la letra f) del artículo 12 y el artículo 4º transitorio del decreto N° 140 del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo no quebrantan los números 2º, 15º y 22º del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Y VISTO, lo dispuesto en los artículos 19, N°s. 2, 15 y 22, 82 N° 5, 87 y 88 de la Constitución Política de la República y en los artículos 2 letra b), 6 letra f), 7, 8, y 12 incisos primero y segundo y letra f), del decreto supremo N° 140 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, y en los artículos 38 a 45 y 48 de la ley N° 17.997 de 19 de mayo de 1981, SE DECLARA:

1º- Que el Tribunal Constitucional, de acuerdo al N° 5 del artículo 82, de la Constitución Política de la República, es competente para resolver los reclamos de inconstitucionalidad de los decretos que dicte el Presidente de la República, cuando la cuestión sea promovida por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado, y

2º.- Que se rechaza el reclamo de fs. 1 formulado por los señores Diputados individualizados en lo expositivo de este fallo y que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados y en el cual solicitan que este Tribunal declare la inconstitucionalidad de los artículos 12, letra f) y 4º transitorio del decreto supremo N° 140, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de 22 de octubre de 1990.

Redactaron la sentencia los Ministros señores Eduardo Urzúa Merino y Manuel Jiménez Bulnes.

Comuníquese, regístrese y archívese. Rol 116. Pronunciado por el Excmo. Tribunal Constitucional integrado por su Presidente señor Luis Maldonado Boggiano, y los Ministros señores Eduardo Urzúa Merino, Manuel Jiménez Bulnes, Hernán Cereceda Bravo, señora Luz Bulnes Aldunate y Ricardo García Rodríguez. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larrain Cruz.

Santiago, diciembre 27 de 1990.

MATERIA

TOMA DE RAZÓN

ÓRGANO COMPETENTE

Contraloría General de la República

*Dictamen:* 47.272

*Fecha:* 09.10.2008

DESCRIPTORES

Toma de Razón – Derecho de Petición – Oportunidad.

PRINCIPIO JURÍDICO.

La toma de razón es un trámite constitucional en donde es posible formular observaciones al acto.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 19 N° 14 CPR.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Qué exigencia impone a la Contraloría la intervención de terceros en el trámite de toma de razón?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

La empresa Eléctrica Guacolda S.A. se dirigió a la Contraloría solicitando se abstuviera de tomar razón del decreto 291 de 2007 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

La toma de razón es una función que la Constitución y la ley han encargado privativamente a la Contraloría General. En el ejercicio de esa función ni la CPR ni la ley prevén la intervención de terceros. De este modo, cuando particulares concurren a la Contraloría a propósito del trámite de toma de razón para hacer ver sus planteamientos, no actúan en ejercicio de un derecho especialmente otorgado al efecto, sino sólo haciendo uso del derecho a formular peticiones a la autoridad que reconoce el artículo 19 N° 14 de CPR. En tales circunstancias, el deber de la Contraloría de pronunciarse acerca de la legalidad de un acto administrativo, tomando razón del mismo o representándolo, lo es con entera prescindencia de si terceros han ejercido su derecho de formular peticiones al Contralor en uno u otro sentido.

Lo expuesto no obsta a que la Contraloría, en ejercicio de sus atribuciones, pondere la conveniencia de poner tales peticiones en conocimiento de la autoridad emisora del acto, para que ésta manifieste su opinión al respecto, siendo del caso agregar que ni la existencia de peticiones de terceros ni la eventual falta de informe por parte de la autoridad, pueden afectar el deber de la Contraloría de pronunciarse oportunamente acerca de la toma de razón.

Puntualizado lo anterior, es útil anotar que el citado decreto N° 291 fue ingresado por primera vez a esta Contraloría General el 13 de noviembre de 2007. La recurrente sólo presentó su solicitud de no dar curso al decreto el 17 de julio de 2008.

La Empresa Eléctrica Guacolda S.A. dispuso de varios meses para ejercer su derecho de petición, sin que a la Contraloría le corresponda responsabilidad respecto de presentaciones efectuadas sin la adecuada oportunidad. Sin perjuicio, la Contraloría frente a la presentación de la recurrente, efectuó la ponderación del caso y determinó despachar el decreto debidamente tomado razón.

### CONCLUSIÓN

La toma de razón es una función privativa de la Contraloría, sin que la Constitución o la ley prevean la intervención de terceros. El deber de Contraloría de pronunciarse acerca de la legalidad de un acto administrativo lo es con entera prescindencia de si terceros, haciendo uso de su derecho a petición, han formulado objeciones al acto.

### IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta decisión refleja la tensión que está en la toma de razón. Este es un trámite constitucional de carácter privativo y excluyente (ver decisiones del Senado en las contiendas de competencia), al cual el órgano de control le ha dado en ocasiones la condición de procedimiento contencioso informal, al admitir objeciones de particulares amparadas en el derecho de petición, pero reservándose la ponderación en su contenido.

### TEXTO COMPLETO

N° 47.272 Fecha: 9-X-2008

Mediante su presentación la Empresa Eléctrica Guacolda S.A., representada por su gerente general señor Sergio del Campo Fayet, se ha dirigido a esta Contraloría General formulando diversas consideraciones acerca del trámite de toma de razón del decreto N° 291, de 2007, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, y de la presentación formulada por esa sociedad a su respecto,

Sobre la materia, resulta imperativo hacer notar, primeramente, que la toma de razón es una función que la Constitución Política de la República y la ley han encargado privativamente a la Contraloría General.

Asimismo, que en el ejercicio de esa función ni la Constitución ni la ley prevén la intervención de terceros. De este modo, cuando particulares concurren a la Contraloría General a propósito del trámite de toma de razón para hacer ver sus planteamientos, no actúan en ejercicio de un derecho especialmente otorgado al efecto, sino sólo haciendo uso del derecho a formular peticiones a la autoridad que reconoce el artículo 19 N° 14 de la Carta Suprema.

En tales circunstancias, el deber de la Contraloría General de pronunciarse acerca de la legalidad de un acto administrativo, tomando razón del mismo o representándolo, lo es con entera prescindencia de si terceros han ejercido su derecho de formular peticiones al Contralor en uno u otro sentido.

Lo expuesto no obsta, desde luego, a que la Contraloría General, en ejercicio de sus atribuciones, pondere la conveniencia de poner tales peticiones en conocimiento de la autoridad emisora del acto, para que ésta manifieste su opinión al respecto, siendo del caso agregar que ni la existencia

de peticiones de terceros ni la eventual falta de informe por parte de la autoridad, pueden afectar el deber de la Contraloría General de pronunciarse oportunamente acerca de la toma de razón.

Puntualizado lo anterior, es útil anotar que el citado decreto N° 291 fue ingresado por primera vez a esta Contraloría General el 13 de noviembre de 2007, siendo retirado de trámite, reingresado, devuelto sin tramitar por oficio N° 23.067, de 16 de mayo de 2008, por merecer las observaciones que dicho documento indica, nuevamente reingresado y finalmente tomado razón con fecha 17 de julio del presente año.

Cabe agregar que durante el proceso de estudio del decreto aludido, las empresas IBENER S. A. y Chilectra S. A., efectuaron sendas presentaciones con fecha 18 y 29 de enero de 2008, respectivamente, solicitando que esta Entidad de Fiscalización se abstuviera de cursar el mencionado acto administrativo.

Asimismo procede consignar que, por su parte, la recurrente sólo presentó su solicitud, ingreso N° 60.140, el 17 de julio de 2008, a través de la cual pidió que esta Entidad de Control no diera curso al referido decreto N° 291, de 2007.

Ahora bien, en la situación de la especie, y como puede apreciarse, la Empresa Eléctrica Guacolda S.A. dispuso de varios meses para ejercer su derecho de petición, sin que a la Contraloría General le corresponda responsabilidad respecto de presentaciones efectuadas sin la adecuada oportunidad.

Sin perjuicio de lo anterior, y de que la autoridad había subsanado las observaciones formuladas a través del oficio N° 23.067, de 2008, ya citado, esta Contraloría General frente a la presentación de la recurrente, efectuó la ponderación del caso y determinó despachar el decreto debidamente tomado razón.

Finalmente, cabe consignar que todo lo precedentemente expuesto fue debidamente explicado al abogado que concurrió a esta Entidad de Control en representación de esa sociedad.

## 2.5.2. FACULTADES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

### MATERIA

FACULTAD DE CONTRALORÍA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA APLICACIÓN DE SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### ÓRGANO COMPETENTE

Contraloría General de la República

*Dictamen:* 31.356

*Fecha:* 16.06.2009

### DESCRIPTORES

Autonomía Municipal – Efectos Sentencia Tribunal Constitucional – Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud – Principio de Legalidad

### PRINCIPIO JURÍDICO

Las sentencias del TC son fuente del Derecho para la Administración.

### LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 6º, 7º y 118 CPR; Art. 2º Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Art. 1º y 4º letra b) Ley Nº 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades; Art. 56 Ley Nº 19.378 Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal; D.F.L. Nº 1/2005 Ministerio de Salud; D.S. Nº 48/2007 Ministerio de Salud, Aprueba Texto que Establece las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad.

### PREGUNTA JURÍDICA

¿Tiene competencia la Contraloría para pronunciarse sobre la aplicación de una sentencia del Tribunal Constitucional?

### DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

La Asociación Chilena de Municipalidades solicitó a la Contraloría General un pronunciamiento acerca de la posibilidad de que las Municipalidades, al amparo del artículo 56 de la Ley Nº 19.378 y teniendo en cuenta su autonomía, implementaran nuevas prestaciones de salud insertas en planes comunales en los casos en que no exista política pública ministerial en la materia. En particular la Asociación buscaba pronunciamiento sobre la procedencia de la entrega de la píldora del día después por las Municipalidades, luego de la dictación de la sentencia 740 de 2007 del Tribunal Constitucional que declaró la inconstitucionalidad de determinadas disposiciones del D.S. Nº 48 de 2008 del Ministerio de Salud que establece las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad. Las disposiciones declaradas inconstitucionales eran las referentes a la distribución por los servicios de salud de anticoncepción hormonal de emergencia.

37 abogados y profesores de derecho solicitaron igualmente pronunciamiento de la Contraloría sobre el alcance de la sentencia del Tribunal Constitucional.

#### APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Las sentencias pronunciadas por órganos que ejercen jurisdicción, fijan irrevocablemente el derecho aplicable y su acatamiento es obligatorio, debiendo agregarse, que tratándose de la jurisdicción constitucional, en lo específico, de un pronunciamiento de inconstitucionalidad de un acto administrativo normativo, como consecuencia de un requerimiento de esa especie, la resolución respectiva constituye también una peculiar fuente del derecho, por cuanto la eliminación de la norma viciada de inconstitucionalidad implica también una actividad de integración creadora del derecho. Corresponde a la Contraloría velar por la juridicidad de las actuaciones de los órganos integrantes de la Administración del Estado sometidos a su fiscalización, directamente vinculados al acto administrativo impugnado declarado inconstitucional, sin que ello de modo alguno implique entrar a determinar el alcance de la sentencia, yendo más allá de lo que ésta expresamente señale, labor del todo ajena a la competencia de esta entidad.

Lo declarado en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, resulta obligatorio para todos los organismos, instituciones y funcionarios que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, según se verifica del solo tenor del numeral 4 del D.S. N° 48, de 2007. Luego el D.F.L. N° 1, de 2005, precisa el concepto de Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, señalando que “la Red Asistencial de cada Servicio de Salud estará constituida por el conjunto de establecimientos asistenciales públicos que forman parte del Servicio, los establecimientos municipales de atención primaria de salud de su territorio y los demás establecimientos públicos o privados que suscriban convenios con el Servicio de Salud respectivo, conforme al artículo 2° de esta ley, los cuales deberán colaborar y complementarse entre sí para resolver de manera efectiva las necesidades de salud de la población”.

A su turno, los artículos 118, inciso cuarto, de la CPR y 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, establecen que estas últimas son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios. Luego, el artículo 56, inciso primero de la Ley N° 19.378, Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, citado por la Asociación Chilena de Municipalidades como eventual sustento jurídico para la entrega de “la píldora del día después”, sea Levonogestrol o el método combinado Yuzpe –en concordancia con las normas contenidas en los artículos 118, inciso segundo, de la Constitución y 1, inciso segundo, y 4, letra b), de la Ley N° 18.695–, previene que “Los establecimientos municipales de atención primaria de salud cumplirán las normas técnicas, planes y programas que sobre la materia imparta el Ministerio de Salud. No obstante, siempre sin necesidad de autorización alguna, podrán extender, a costo municipal o mediante cobro al usuario, la atención de salud a otras prestaciones”.

Los municipios, con el objeto de promover la salud y el desarrollo comunal, cuentan con atribuciones legales y una infraestructura orgánica para desarrollar la implementación de nuevas prestaciones de salud, insertas en planes comunales de esa naturaleza, en los casos en que no exista política pública ministerial, en la medida que tales prestaciones sean financiadas directamente por el paciente particular o haciéndose cargo el propio municipio de asumir su costo y no se las considere dentro de aquellas que sirven de base a la determinación del aporte estatal, para la atención primaria de salud municipal.

No obstante, conforme al principio de legalidad establecido en los artículos 6º y 7º de la CPR y 2º de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, es condición sine qua non que dichas acciones se ajusten a la juridicidad vigente.

Considerando lo ya asentado por el Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete jurídico supremo de la Constitución, en orden a que constituye una vulneración a la Carta Suprema la realización por parte de los entes integrantes de la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, de acciones que impliquen la utilización del fármaco Levonogestrol y el método combinado Yuzpe, denominados “píldora del día después”, conforme a la resolución recaída en el requerimiento de inconstitucionalidad causa rol 740-2007 y teniendo en cuenta que entre aquéllos se encuentran los municipios, necesario es informar que las municipalidades quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha sentencia y, en consecuencia, están jurídicamente impedidas de implementar planes o programas o realizar actividades o acciones que impliquen la utilización o entrega a cualquier título de ese fármaco, ni aun a costo municipal o mediante cobro al usuario. Se encuentran en la misma situación los demás entes públicos o privados que suscriban convenios con los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud, por cuanto, en su virtud, constituyen asimismo dicho sistema.

En cuanto a lo solicitado por el grupo de 37 abogados y profesores de derecho recurrentes, cabe precisar que a través de la respectiva presentación se requiere, por una parte, que la Contraloría declare que, como consecuencia del fallo, se habrían derogado tácitamente todos los cuerpos normativos que, sea por su materia o fines próximos, contrarían el D.S. N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, como sucedería con la resolución exenta 527, de 2004, y el decreto supremo 194, de 2005, ambos de la misma Secretaría de Estado –el primero sobre Normas y Guía Clínica para la Atención en Servicios de Urgencia de Personas Víctimas de Violencia Sexual y que autoriza la distribución de “la píldora del día después” a las mujeres que hayan sido víctimas de violación y, el segundo, que aprueba el Reglamento del Formulario Nacional de Medicamentos, en la parte que incorpora el cuestionado producto.

A su vez, los aludidos solicitantes requieren que se precise que la autoridad sanitaria ha quedado impedida de promover, realizar o permitir, en su caso, la fabricación, distribución, importación y comercialización de todo producto elaborado en base al aludido principio activo, conocido como “píldora del día después”.

En relación a estas materias, debe señalarse que las mismas implican determinar los efectos del pronunciamiento jurisdiccional de inconstitucionalidad, de parte del decreto 48, de 2007, del Ministerio de Salud, respecto de otros actos administrativos de esa Secretaría de Estado y, asimismo, precisar los alcances que esa sentencia tendría sobre las funciones que los artículos 59 y 70 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, le asignan a otras entidades del sector salud, cuales son, el Instituto de Salud Pública y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, respectivamente.

Por ende, esta Contraloría General debe abstenerse de emitir pronunciamiento, acerca de dichos asuntos, en atención a que ellas exceden su ámbito de competencia, puesto que tal calificación importa determinar en sede administrativa los alcances de una sentencia de jurisdicción constitucional.

Finalmente, igual criterio procede sostener respecto de la solicitud que asimismo efectúan los últimos recurrentes, respecto del eventual sometimiento de entidades privadas a la referida declaración de inconstitucionalidad de los métodos de anticoncepción hormonal de emergencia fabricados en base al principio activo y método combinado mencionados –situación en la que se encontrarían, a modo de ejemplo, las farmacias, droguerías, almacenes farmacéuticos, botiquines y depósitos de productos farmacéuticos–, considerando que se trata de una controversia surgida acerca de los alcances de una sentencia, sin perjuicio que, además, tales establecimientos están fuera del ámbito de fiscalización de esta Contraloría General conforme a la Constitución Política y su Ley Orgánica.

### CONCLUSIÓN

La Contraloría, en cumplimiento de su función de velar por la juridicidad de las actuaciones de los órganos de la Administración del Estado, puede pronunciarse sobre la aplicación de lo dispuesto por una sentencia del Tribunal Constitucional. La sentencia de inconstitucionalidad constituye una peculiar fuente del derecho por cuanto la eliminación de la norma viciada por inconstitucionalidad implica también una actividad de integración creadora del derecho.

### IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Con esta decisión, basándose en la manera de entender su poder dictaminador con alcance general y obligatorio en la Administración, la CGR avanzó en ser una institución integradora de Derecho público, pues se transformó en un órgano que terminó por definir la ejecución de una sentencia del TC al interior de la Administración del Estado, sólo por la vía del dictamen, lo que da cuenta de la profundidad y expansión a la cual han llegado sus atribuciones.

### TEXTO COMPLETO

N° 31.356 Fecha: 16-VI-2009

Se ha dirigido a esta Contraloría General la Asociación Chilena de Municipalidades, solicitando un pronunciamiento que determine si procede que las municipalidades, al amparo del artículo

56 de la ley N° 19.378, implementen nuevas prestaciones de salud insertas en planes comunales de esa naturaleza, en los casos en que no exista política pública ministerial, teniendo en cuenta la autonomía de esas corporaciones de derecho público, establecida a nivel constitucional y legal, y las funciones que en dicho ámbito les encomienda la ley N° 18.695.

Asimismo, el señor Jorge Reyes Zapata, como abogado patrocinante del requerimiento parlamentario ante el Excmo. Tribunal Constitucional, causa rol N° 740-2007, relativo a la inconstitucionalidad del decreto supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, solicita que, para los fines de la atención de la consulta precedente, se tenga presente lo resuelto en dicho proceso, por cuanto, por un lado, este fallo habría modificado sustancialmente la política pública referida a las normas sobre fertilidad de las personas, contenidas en dicho decreto y, por otro, que la autonomía municipal no puede implicar una forma de defraudar el contenido material de la Carta Fundamental, respecto a la protección de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Por su parte, la Municipalidad de Los Ángeles por el oficio N° 271, de 2008 –remitido por la Contraloría Regional del Bío-Bío mediante el oficio N° 6.894, de 2008–, solicita se determine la legalidad de lo expresado por la Asociación Chilena de Municipalidades respecto de la sentencia recaída en el aludido proceso, en el informe jurídico de esa Asociación que se acompaña, referido al fármaco Levonorgestrel 0,75 mg., denominado la “píldora del día después”.

En dicho informe se expresa, en síntesis, que el aludido fallo en causa Rol N° 740-2007, acogió la inconstitucionalidad de una parte del decreto supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, en lo relativo a la utilización de ese medicamento en los planes de control de fertilidad, pero no se pronunció sobre su utilización en otras normas y su incorporación al registro sanitario nacional del Instituto de Salud Pública, autorizando su venta y distribución; que en atención a la autonomía de las municipalidades y a la facultad de éstas de implementar otras prestaciones más allá de las dispuestas por la autoridad sanitaria, existirían diversas alternativas para los efectos de distribuir dicha píldora que podrían tener sustento legal; y, que a fin de velar por el principio de legalidad de las actuaciones municipales, sería conveniente obtener un pronunciamiento de la Contraloría General, sin perjuicio que el Ministerio de Salud pueda solicitar una aclaración al Tribunal Constitucional acerca del alcance de la sentencia.

Por último, 37 abogados y profesores de derecho, patrocinados por los también abogados señores Alejandro Silva Bascañán, Francisco Cumplido Cereceda y Eduardo Soto Kloss, tras un extenso análisis jurídico de la normativa atinente a la materia, solicitan un pronunciamiento de esta Contraloría General sobre las materias que indican, vinculadas con el alcance que tendría la declaración de inconstitucionalidad de parte del citado decreto supremo N° 48, de 2007.

El Ministerio de Salud, requerido al efecto, informó en relación con la presentación de la Asociación Chilena de Municipalidades, mediante el oficio N° 5.198, de 2008, en el cual, luego de un análisis de la normativa prevista en el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, y en las leyes N°s. 18.695 y 19.378, concluye que en el ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 56 de la última ley mencionada y el principio de autonomía municipal, los municipios pueden realizar acciones de salud destinadas a entregar a la población otro tipo de prestaciones distintas a las que entregan o ejecutan en su calidad de integrantes de las Redes Asistenciales de Servicios de Salud del país, toda vez que se trataría de acciones no comprendidas en los planes y programas del Ministerio y, en definitiva, correspondería al ejercicio de sus facultades de origen constitucional y legal en la materia.

Sobre el particular, cabe tener presente que el decreto supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, aprobó el texto que establece las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, a cuyo cumplimiento se encuentran obligados, según lo dispone su numeral 4º, “los organismos,

instituciones y los funcionarios que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de los Servicios de Salud, conforme lo dispuesto en el artículo 2º del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979, y las leyes N° 18.469 y N° 18.933”.

Menester es considerar enseguida que el Excmo. Tribunal Constitucional, en el ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 93, N° 16, de la Constitución Política, de resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, y ante el requerimiento de treinta y seis diputados en ejercicio –que representan más de la cuarta parte de la Cámara de Diputados–, en virtud de la legitimación activa prevista en el citado artículo 93, inciso décimo noveno, en sentencia dictada el 18 de abril de 2008 en causa Rol N° 740-2007, resolvió “Que se acoge el requerimiento únicamente en cuanto se declara que la Sección C., acápite 3.3, “Anticoncepción Hormonal de Emergencia”, así como la Sección D., “Anticoncepción en Poblaciones Específicas”, acápite 1, sólo en la parte que se refiere a la “anticoncepción de emergencia”, de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, son inconstitucionales”.

La Sección C, acápite 3.3, “Anticoncepción Hormonal de Emergencia”, señala en su párrafo tercero “Regímenes usados” que “Como anticoncepción hormonal de emergencia se usan píldoras de levonorgestrel solo o píldoras combinadas de etinilestradiol y levonorgestrel, En ambos regímenes se utilizan las mismas hormonas que contienen algunos anticonceptivos hormonales orales de uso regular, pero en dosis más altas y en un plazo de tiempo definido: Régimen de levonorgestrel. Se puede emplear de dos maneras, igualmente efectivas: a) La modalidad más conveniente para las usuarias es tomar, lo antes posible, una dosis única de 1.500 mcg de levonorgestrel. En Chile existen dos productos registrados para este fin, Postinor-2 y TACE que consisten en dos pastillas con 750 mcg de levonorgestrel que se pueden tomar juntas. b) La forma tradicional ha sido usar dos dosis de 750 mcg de levonorgestrel (LNG) cada una, la primera lo antes posible y la segunda 12 horas después. Si no están disponibles los productos registrados, se pueden reemplazar por 25 píldoras de levonorgestrel solo (30 mcg cada una) lo antes posible seguidas por otras 25 píldoras 12 horas después. Estas píldoras de levonorgestrel en minidosis se emplean como anticonceptivo durante la lactancia y hay tres presentaciones disponibles en Chile. Hasta hace poco se recomendaba iniciar el uso dentro de 72 horas de la relación no protegida. Un estudio de la OMS mostró que el levonorgestrel, usado en una o en dos dosis, también puede prevenir embarazos si se usa en el cuarto y quinto día después de la relación no protegida, aunque su eficacia anticonceptiva es menor que si se usa en las primeras 72 horas. Régimen combinado (régimen de Yuzpe) Se emplean dos dosis de 100 mcg de etinil-estradiol + 500 mcg de levonorgestrel cada una, separadas por un intervalo de 12 horas, iniciándolas lo antes posible dentro de 72 horas de la relación no protegida. En Chile no están disponibles productos dedicados para este fin que contengan la dosis exacta. Como alternativa pueden usarse, por cada dosis, 30 mcg de etinil-estradiol y 0,15 mg, de levonorgestrel, las que están disponibles como anovulatorios con baja dosis de estrógenos. También se pueden prevenir embarazos con este régimen si se usa en el cuarto y quinto día después de la relación, aunque su eficacia anticonceptiva es menor que si se usa en las primeras 72 horas y menor que el del levonorgestrel”.

Por su parte, la Sección D., “Anticoncepción en Poblaciones Específicas”, acápite 1, señala en la parte que se refiere a la “Anticoncepción de emergencia: la AE, ya sea en píldoras de progestágeno solo o píldoras combinadas, es una buena opción para casos de emergencia, como cuando la adolescente tuvo relaciones sexuales y no se usó un método anticonceptivo, cuando el método anticonceptivo usado falló (se rompió el condón o se olvidaron las pastillas) y en caso de violación. Este método no protege de las infecciones de transmisión sexual, incluyendo el VIH/SIDA,”

A continuación, cabe tener en cuenta que el artículo 94, inciso tercero, de la Carta Fundamental, ordena que en el caso del aludido N° 16 del artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo.

En el contexto descrito, es necesario en primer término precisar, en lo que atañe a la competencia de este Organismo Contralor, que el Capítulo X –artículos 98 a 100– de la Constitución Política y la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, le encomiendan, entre otras, la función fundamental de ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración del Estado.

A su vez, el artículo 93 de la Constitución Política, a través del otorgamiento de las atribuciones que allí se establecen, le encarga al Tribunal Constitucional la misión de conservar la supremacía e integridad de la Constitución, mediante la facultad de resolver conflictos jurídicos de constitucionalidad, dictando al efecto sentencias que, en su caso, con autoridad de cosa juzgada expulsan del ordenamiento jurídico el acto estatal contrario a ella, trazando de esta manera, además, líneas de demarcación para los poderes normativos en sus diferentes niveles jerárquicos y orgánicos – como sucede con la potestad reglamentaria entregada al Presidente de la República en el artículo 32, número 6 de la Constitución–, fijando igualmente límites interpretativos para todos los operadores jurídicos.

En este orden de ideas, debe señalarse que las sentencias pronunciadas por órganos que ejercen jurisdicción, fijan irrevocablemente el derecho aplicable y su acatamiento es obligatorio, debiendo agregarse, que tratándose de la jurisdicción constitucional, en lo específico, de un pronunciamiento de inconstitucionalidad de un acto administrativo normativo, como consecuencia de un requerimiento de esa especie, la resolución respectiva constituye también una peculiar fuente del derecho, por cuanto la eliminación de la norma viciada de inconstitucionalidad implica también una actividad de integración creadora del derecho.

Ahora bien, efectuadas las precisiones precedentes y relacionando de manera coherente las disposiciones constitucionales citadas con el ámbito de competencia de esta Contraloría General, teniendo en consideración el carácter sistemático del ordenamiento jurídico, menester es señalar que corresponde a este Organismo Contralor velar por la juridicidad de las actuaciones de los órganos integrantes de la Administración del Estado sometidos a su fiscalización, directamente vinculados al acto administrativo impugnado declarado inconstitucional, sin que ello de modo alguno implique entrar a determinar el alcance de la sentencia, yendo más allá de lo que ésta expresamente señale, labor del todo ajena a la competencia de esta Entidad.

En este sentido, es posible puntualizar que en la especie es manifiesto que lo declarado en el ya mencionado pronunciamiento del Excmo. Tribunal Constitucional, resulta obligatorio para todos los organismos, instituciones y funcionarios que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, según se verifica del solo tenor del numeral 4° del decreto supremo N° 48, de 2007, acto administrativo normativo sobre el cual aquél recae.

Al efecto, el artículo 2°, inciso segundo, del citado decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, señala que constituyen el Sistema Nacional de Servicios de Salud “Las personas naturales o jurídicas, públicas y privadas que laboran en salud coordinadamente dentro de los marcos fijados por el Ministerio de Salud para el cumplimiento de las normas y planes que éste apruebe”.

Procede a continuación considerar que el artículo 17, inciso primero, del mismo decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, precisa el concepto de Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, señalando que “la Red Asistencial de cada Servicio de Salud estará constituida por el conjunto de establecimientos asistenciales públicos que forman parte del Servicio, los estableci-

mientos municipales de atención primaria de salud de su territorio y los demás establecimientos públicos o privados que suscriban convenios con el Servicio de Salud respectivo, conforme al artículo 2º de esta ley, los cuales deberán colaborar y complementarse entre sí para resolver de manera efectiva las necesidades de salud de la población”.

Luego, el artículo 18 del referido texto legal, regula la Red Asistencial de cada Servicio de Salud, estableciendo, en lo que interesa, que se organizará con un primer nivel de atención primaria y que los establecimientos de esta especie, sean consultorios, sean dependientes de municipios, de servicios de salud o tengan convenios con éstos, deben atender en el territorio del Servicio respectivo, la población a su cargo. Añade este precepto legal, que estos establecimientos, tanto públicos como privados, estarán supeditados a las mismas reglas técnicas y aportes financieros por tipo de población, de servicios brindados y calidad de éstos, y serán supervisados y coordinados por el Servicio de Salud respectivo, prestando con los recursos físicos y humanos de que dispongan, la atención de salud programada y de urgencia, además de las acciones de apoyo y docencia cuando correspondiera.

A su turno, los artículos 118, inciso cuarto, de la Constitución Política y 1º, inciso segundo, de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, establecen que estas últimas son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios.

A continuación, el artículo 4º, letra b), de la ley N° 18.695, previene que las municipalidades, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con la salud pública. En armonía con lo expresado, el artículo 23 de este texto legal, señala, en lo pertinente, que la unidad de servicios de salud tendrá la función de asesorar al alcalde en la elaboración de las políticas concernientes a esta materia, para cuyo fin elaborará y ejecutará los programas relacionados con la salud pública y administrará los recursos humanos, materiales y financieros necesarios para ello.

Enseguida, debe recordarse que en conformidad con lo dispuesto en los artículos 9º y 10 de la referida ley N° 18.695, las municipalidades deberán actuar, en todo caso, dentro del marco de los planes nacionales y regionales que regulen la respectiva actividad y en coordinación con el resto de los organismos de la Administración del Estado, lo que deberá efectuarse sin alterar las atribuciones y funciones que correspondan a los organismos respectivos.

Luego, el artículo 56, inciso primero de la ley N° 19.378, Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, citado por la Asociación Chilena de Municipalidades como eventual sustento jurídico para la entrega de “la píldora del día después”, sea Levonogestrol o el método combinado Yuzpe –en concordancia con las normas contenidas en los artículos 118, inciso segundo, de la Constitución y 1º, inciso segundo, y 4º, letra b), de la ley N° 18.695, ya citados–, previene que “Los establecimientos municipales de atención primaria de salud cumplirán las normas técnicas, planes y programas que sobre la materia imparta el Ministerio de Salud. No obstante, siempre sin necesidad de autorización alguna, podrán extender, a costo municipal o mediante cobro al usuario, la atención de salud a otras prestaciones”.

Por su parte, el artículo 58 de la aludida ley N° 19.378, regula el procedimiento a que debe someterse, para su aprobación, el proyecto de programa de salud municipal, el cual es formulado por la entidad administradora de salud municipal y debe “enmarcarse dentro de las normas técnicas del Ministerio de Salud”, las que deben ser comunicadas por éste, a través de los respectivos Servicios de Salud, a las entidades administradoras de salud municipal, a más tardar, el día 10 de septiembre del año anterior a su ejecución.

Cabe añadir, que de conformidad al artículo 2º de la misma ley N° 19.378, las dependencias a través de las cuales los municipios realizan las acciones de salud, son, a) “Establecimientos munici-

pales de atención primaria de salud: los consultorios generales urbanos y rurales, las postas rurales y cualquier otra clase de establecimientos de salud administrados por las municipalidades o las instituciones sin fines de lucro que los administren en virtud de convenios celebrados con ellas”; y, b) “Entidades administradoras de salud municipal: las personas jurídicas que tengan a su cargo la administración y operación de establecimientos de atención primaria de salud municipal, sean éstas las municipalidades o instituciones privadas sin fines de lucro a las que la municipalidad haya entregado la administración de los establecimientos de salud, en conformidad con el artículo 12 del decreto con fuerza de ley N° 13.063, del Ministerio del Interior, de 1980”.

Como es posible advertir de las disposiciones citadas, lo que por lo demás ha sido reconocido por esta Entidad de Control en el dictamen N° 28.768, de 2000, los municipios, con el objeto de promover la salud y el desarrollo comunal, cuentan con atribuciones legales y una infraestructura orgánica para desarrollar la implementación de nuevas prestaciones de salud, insertas en planes comunales de esa naturaleza, en los casos en que no exista política pública ministerial, en la medida que tales prestaciones sean financiadas directamente por el paciente particular o haciéndose cargo el propio municipio de asumir su costo y no se las considere dentro de aquellas que sirven de base a la determinación del aporte estatal, para la atención primaria de salud municipal.

No obstante, conforme al principio de legalidad establecido en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política y 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, es condición sine qua non que dichas acciones se ajusten a la juridicidad vigente.

Pues bien, en la situación en análisis y considerando lo ya asentado por el Excmo. Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete jurídico supremo de la Constitución, en orden a que constituye una vulneración a la Carta Suprema la realización por parte de los entes integrantes de la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, de acciones que impliquen la utilización del fármaco Levonogestrol y el método combinado Yuzpe, denominados “píldora del día después”, conforme a la resolución recaída en el requerimiento de inconstitucionalidad causa Rol N° 740-2007 y teniendo en cuenta que entre aquéllos se encuentran los municipios, necesario es informar que las municipalidades quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha sentencia y, en consecuencia, están jurídicamente impedidas de implementar planes o programas o realizar actividades o acciones que impliquen la utilización o entrega a cualquier título de ese fármaco, ni aun a costo municipal o mediante cobro al usuario,

De igual modo, cabe hacer presente que, de conformidad con la normativa antes comentada –en especial la contenida en los artículos 2°, inciso segundo, 3°, 17, inciso primero y 18 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud y 2° de la ley N° 19.378–, se encuentran en la misma situación antes descrita, los demás entes públicos o privados que suscriban convenios con los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud, por cuanto, en su virtud, constituyen asimismo dicho sistema.

Enseguida, en cuanto a lo solicitado por el grupo de 37 abogados y profesores de derecho recurrentes, cabe precisar que a través de la respectiva presentación se requiere, por una parte, que este Organismo Contralor declare que, como consecuencia del fallo de la especie, se habrían derogado tácitamente todos los cuerpos normativos que, sea por su materia o fines próximos, contrarían el decreto supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, como sucedería con la resolución exenta N° 527, de 2004, y el decreto supremo N° 194, de 2005, ambos de la misma Secretaría de Estado –el primero sobre Normas y Guía Clínica para la Atención en Servicios de Urgencia de Personas Víctimas de Violencia Sexual y que autoriza la distribución de “la píldora del día después” a las mujeres que hayan sido víctimas de violación y, el segundo, que aprueba el Reglamento del Formulario Nacional de Medicamentos, en la parte que incorpora el cuestionado producto–.

A su vez, e igualmente, fundamentados en la misma sentencia, los aludidos solicitantes requieren que se precise que la autoridad sanitaria ha quedado impedida de promover, realizar o permitir, en su caso, la fabricación, distribución, importación y comercialización de todo producto elaborado en base al aludido principio activo, conocido como “píldora del día después”.

En relación a estas materias, debe señalarse que las mismas implican determinar los efectos del pronunciamiento jurisdiccional de inconstitucionalidad, de parte del decreto N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, respecto de otros actos administrativos de esa Secretaría de Estado y, asimismo, precisar los alcances que esa sentencia tendría sobre las funciones que los artículos 59 y 70 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, le asignan a otras entidades del sector salud, cuales son, el Instituto de Salud Pública y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, respectivamente.

Por ende, esta Contraloría General debe abstenerse de emitir pronunciamiento, acerca de dichos asuntos, en atención a que ellas exceden su ámbito de competencia, puesto que tal calificación importa determinar en sede administrativa los alcances de una sentencia de jurisdicción constitucional.

Es necesario destacar que tratándose de un fallo del Tribunal Constitucional, la referida imposibilidad de efectuar una calificación en los términos solicitados, está en concordancia con lo previsto en el artículo 94, inciso primero, de la Carta Fundamental, en cuya virtud contra las resoluciones de dicho órgano no procede recurso alguno, salvo la rectificación de errores de hecho que realice el mismo Tribunal conforme a la ley, precepto que apunta a mantener inalterado y dar cabal cumplimiento a lo resuelto por éste.

En igual sentido, la Constitución Política en el inciso tercero del mismo artículo, ha consagrado el efecto directo –sin ninguna mediación o alteración de lo resuelto– de la declaración acerca de la inconstitucionalidad de un decreto, atribución que ha sido ejercida en este caso.

De esta manera, es la propia Carta Suprema, la que otorga una competencia exclusiva al Tribunal Constitucional en cuanto a la decisión e interpretación de las materias que abarca su ámbito de atribuciones.

Finalmente, igual criterio procede sostener respecto de la solicitud que asimismo efectúan los últimos recurrentes, respecto del eventual sometimiento de entidades privadas a la referida declaración de inconstitucionalidad de los métodos de anticoncepción hormonal de emergencia fabricados en base al principio activo y método combinado mencionados –situación en la que se encontrarían, a modo de ejemplo, las farmacias, droguerías, almacenes farmacéuticos, botiquines y depósitos de productos farmacéuticos–, considerando que se trata de una controversia surgida acerca de los alcances de una sentencia, sin perjuicio que, además, tales establecimientos están fuera del ámbito de fiscalización de esta Contraloría General conforme a la Constitución Política y su Ley Orgánica.

MATERIA

PROCEDIMIENTO DE SOLICITUD DE DICTAMEN

ÓRGANO COMPETENTE

Contraloría General de la República

*Dictamen:* 24.841

*Fecha:* 10.04.1974

DESCRIPTORES

Solicitud de Dictámenes – Dictámenes – Jurisprudencia Administrativa

PRINCIPIO JURÍDICO

Las solicitudes de dictámenes deben cumplir requisitos formales.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Cuáles son los requisitos para solicitar un dictamen a la Contraloría?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

La CGR decidió dictar una circular general a los distintos Ministerios y servicios con el objeto de instruir sobre el modo de solicitar a ella pronunciamientos constitutivos de jurisprudencia administrativa.

Dicha circular fue dictada de oficio dada la gran cantidad de solicitudes anuales que recibía el ente contralor de parte de organismos administrativos, así como de particulares.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Para realizar presentaciones a Contraloría se deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- 1) Toda consulta debe ser dirigida por el jefe superior del servicio o del organismo de que se trate y no por los Jefes de Departamento u de otras dependencias del organismo respectivo.
- 2) Toda consulta que se formule a Contraloría debe venir acompañada de un informe jurídico fundado de la correspondiente Fiscalía o Asesoría Jurídica.
- 3) El subdepartamento de coordinación atenderá las consultas de los abogados de los servicios públicos sobre la jurisprudencia de la Contraloría.
- 4) La Contraloría sólo se pronunciará sobre presentaciones deducidas por funcionarios públicos o particulares que se refieran a asuntos en que se haya producido una resolución denegatoria o se haya omitido o dilatado dicha resolución, por parte de la autoridad administrativa habiéndola requerido el interesado.
- 5) Los informes que la Contraloría requiera para pronunciarse deberán ser preparados con la intervención de las asesorías jurídicas de las distintas reparticiones.

## CONCLUSIÓN

Las solicitudes de dictaminación a la Contraloría deben cumplir requisitos formales en el caso de los organismos públicos y en el caso de los particulares sólo podrán recurrir cuando les denieguen o retrasen una resolución.

## IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Este dictamen es determinante en la manera como la CGR funciona el día de hoy. Con la dictación de esta instrucción progresivamente la CGR se ha ido transformando en un organismo de justicia administrativa de facto, dada las características de sus potestades interpretativas.

Con estas instrucciones, ordenó la solicitud de dictámenes y ha permitido que se transforme en el principal instrumento de uniformidad normativa para la Administración pública chilena

Estas instrucciones están vigentes hasta el día de hoy y son regularmente citadas como instrumento de legitimación de la intervención de CGR.

## TEXTO COMPLETO

Nº 24.841 Fecha: 10-IV-1974

Con el objeto de alcanzar una mayor eficiencia en el cumplimiento de las funciones fiscalizadoras y de asesoría jurídica que le comete la ley, el Contralor General, en uso de las facultades que le confieren los artículos 1º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 19º de la Ley Nº 10.336, de 1964, ha creído oportuno despachar la presente Circular, relativa a la formulación de consultas sobre la interpretación de las leyes y reglamentos que rigen a los Servicios Públicos y a la aplicación de los dictámenes que emite este Organismo en asuntos de su competencia y que viene a actualizar anteriores instrucciones emitidas en la materia.

Efectivamente, existe un elevado número de consultas que se dirigen a la Contraloría General solicitando informes que ya han sido objeto de reiterados pronunciamientos y que se promueven en muchos casos sin ninguna intervención o conocimiento de las Fiscalías, Departamentos Legales o Asesorías Jurídicas de los Servicios que las formulan. Asimismo, esta Contraloría General recibe con frecuencia peticiones de dictámenes de Jefes subalternos o simples funcionarios que carecen de potestades decisorias para resolver sobre el asunto que motiva la consulta y que en algunas ocasiones se envían sin conocimiento de la Jefatura Superior del respectivo Servicio.

Por otra parte, esta Contraloría General recibe también presentaciones de empleados públicos o de particulares que reclaman de la falta de resolución de las peticiones que han elevado a las autoridades administrativas o de la demora en la tramitación de estas solicitudes, derivada de la necesidad de dilucidar algún problema de aplicación o interpretación de las normas que rigen esos asuntos.

Considerando estas circunstancias, que en la práctica importan un recargo en las labores que debe cumplir este Organismo y que determinan que sus pronunciamientos no puedan emitirse en algunos casos con la oportunidad que lo requieran las necesidades de los Servicios Públicos, es que el Contralor General ha estimado conveniente reiterar las instrucciones que siguen, en la certeza de que su aplicación redundará en una mayor eficiencia en el ejercicio de las funciones del Organismo a su cargo, y, por lo tanto, en una más expedita solución de los problemas que plantea a las autoridades y Servicios Públicos la interpretación de las normas jurídicas y reglamentarias que los rigen:

1º Toda consulta que se dirija a la Contraloría General deberá emanar del respectivo Ministerio, Subsecretaría, Intendencia, Gobernación o de la Jefatura Superior del Servicio. Por excepción, si la urgencia del problema lo demanda, las consultas podrán ser formuladas por los jefes de Departamento u otras dependencias, o por los Jefes Regionales o Zonales de los Servicios Públicos, siempre que por disposición de la ley o por delegación del jefe Superior, en su caso, tengan atribuciones para resolver en la materia a que se refiere la consulta.

2º Toda consulta que se formule a la Contraloría General deberá ser acompañada de un informe de la Fiscalía, Departamento Legal o Asesoría Jurídica del respectivo Servicio, a menos que la urgencia del problema planteado obligue a prescindir de ese antecedente, lo que deberá expresarse en la consulta.

3º El Subdepartamento de Coordinación e Información Jurídica atenderá las consultas que le formulen los Abogados de los Servicios Públicos sobre la jurisprudencia de la Contraloría General y dará a esos funcionarios las facilidades necesarias para que se impongan de los dictámenes que la integran, sin perjuicio de las demás medidas que se adopten para propender a un amplio y experto conocimiento de esos informes.

4º La Contraloría General solo conocerá y se pronunciará sobre las presentaciones deducidas por funcionarios públicos o particulares que se refieran a asuntos en que se haya producido una resolución denegatoria o se haya omitido o dilatado dicha resolución, por parte de la autoridad administrativa, habiéndola requerido el interesado.

5º Los informes que este Organismo solicite a los Servicios Públicos en uso de sus facultades legales deberán enviarse a la mayor brevedad posible y ser preparados con intervención de las Asesorías Jurídicas de esas Reparticiones, a menos que el asunto planteado sea ajeno a la aplicación o interpretación de normas jurídicas o reglamentarias.

Esta Contraloría General se permite encarecer que se dé una amplia difusión a las instrucciones anteriores, ya que procederá a ponerlas de inmediato en ejecución.

MATERIA

NATURALEZA JURÍDICA DE DICTÁMENES DE LA CONTRALORÍA

ÓRGANO COMPETENTE

Contraloría General de la República

*Dictamen:* 65.058

*Fecha:* 07.09.1964

DESCRIPTORES

Interpretación de la Ley – Obligatoriedad de Dictámenes – Variación de Doctrina

PRINCIPIO JURÍDICO.

Los dictámenes emitidos por la CGR son obligatorios para la Administración.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Ley N° 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

DICTÁMENES RELACIONADOS

Dictámenes 34.673/1962, 44.925/1962, 67.927/1963.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Cuál es la naturaleza jurídica de los dictámenes de la Contraloría?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

La Contraloría reconoció a funcionario militar el derecho a obtener el pago de diferencias de rentas derivadas de un reajuste establecido en la Ley N° 13.305. Con posterioridad Contraloría cambio interpretación de la ley que permitía dichos pago, impidiendo recibir la diferencia de remuneraciones reconocida originalmente.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Los dictámenes que emite Contraloría en ejercicio de facultades que le otorga la Ley N° 10.336, no tienen el mismo contenido y alcance que los actos que emanan de la administración activa y circunscribiéndose a una labor interpretativa de la ley. Pero en cuanto ellos fijan sentido de disposiciones interpretadas, constituyen, en un momento determinado, un todo obligatorio para la autoridad y para las personas que se acogen a ellos.

Por ello también, se plantean respecto de los dictámenes, problemas de cambio de criterio, de variaciones de la doctrina contenida en anteriores pronunciamientos que afectan a peticionarios que se hallan en análoga situación a la que ya fuera resuelta. En estos casos Contraloría debe atender a las consideraciones generales y el espíritu que animó la declaración primera y ver su posible aplicación para situaciones posteriores.

## CONCLUSIÓN

Los dictámenes que emite Contraloría en ejercicio de las facultades que le otorga la Ley N° 10.336, fijan el sentido de una disposición legislativa y obligan a la autoridad y las personas a quienes se aplican.

## IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Como se puede apreciar de antiguo la CGR ha razonado, sobre la base de los arts. 6° y 19 de su ley orgánica constitucional, que sus dictámenes son obligatorios para la Administración y sus destinatarios. Esa ha sido la manera implícita de dar soluciones de justicia administrativa por vía informal.

## TEXTO COMPLETO

N° 65.058 Fecha: 7 set 1964

**MATERIA:** Si las remuneraciones devengadas durante el periodo en que el señor Aníbal Salvatierra Lindsay se desempeñó como militar comisionado en el extranjero debieron cancelarse tomando en consideración los aumentos de renta consultados por la Ley N° 13.305.

**ANTECEDENTES:** Por las presentaciones de la referencia, el señor Salvatierra Lindsay viene en pedir al Contralor General infrascrito que “tenga a bien disponer se dé la solución que estime del caso a la solicitud de reconsideración” que planteara en la primera de esas presentaciones, ya que en su concepto, y por las razones que indica, no se encontraría ajustado a derecho lo resuelto por este Organismo en oficio N° 57.369, de 19 de octubre de 1962.

Según este dictamen, el ocurrente no estaría en condiciones de recabar el pago de diferencias de renta derivadas del reajuste que consultara la Ley N° 13.305, mientras estuvo en comisión de servicio en el extranjero, porque si bien este beneficio le fue reconocido por la Contraloría General en el dictamen N° 34.673, de 6 de julio de 1962, que aplicó, a su vez, la doctrina contenida en el anterior N° 40.416 de 1960, no fue menos verídico, asimismo, que un mes después de este pronunciamiento el oficio N° 44.925, de 22 de agosto de 1962, impartiendo instrucciones sobre “la forma de aplicación del artículo 76 de la ley N° 13.305”, varió la doctrina sentada por esos dictámenes, alcanzando, por consiguiente, al oficio N° 34.673 de 1962, que manifestaba un criterio favorable a las pretensiones del interesado, el que a raíz de esa determinación no pudo percibir aquellas diferencias de remuneración.

Efectivamente, el oficio N° 57.369 de 1962, sostuvo que “el dictamen N° 44.925 de 1962, al dejar sin efecto la jurisprudencia anterior, derogó también el dictamen N° 34.673”, y “el Ministerio de Defensa Nacional –en consecuencia– está obligado a resolver los asuntos que pendan de su conocimiento atendiéndose a las instrucciones generales impartidas” por medio del oficio N° 44.925 de ese mismo año 1962.

El señor Salvatierra Lindsay, discrepando de las conclusiones de este dictamen, expresa que a su juicio ellas no se compadecen con los principios doctrinarios que gobiernan la interpretación de los actos administrativos que afectan a anteriores determinaciones, o a sus consecuencias en el tiempo, ni están de acuerdo tampoco con los verdaderos presupuestos de hecho en que descansarán las normas de la Ley N° 13.305 que sirven de base a su derecho.

De esta manera, expresa el ocurrente en sus escritos, entre otras razones, las siguientes:

1) Que el dictamen N° 34.673 de 1962, no puede ser dejado sin efecto, porque fue un acto administrativo creador de derechos patrimoniales en su favor, irrevocabilidad ésta, que confirma el examen de la doctrina y jurisprudencia administrativa.

2) Porque aun admitiéndose que dicho oficio pudiera revocarse, los efectos del acto que así lo dispusieran regirán sólo para el futuro, no pudiendo afectar, entonces, los posibles derechos adquiridos bajo su amparo por los administrados de buena fe, a quienes favorecen la presunción de legalidad que emanó del acto que les reconociera el derecho.

En este caso, el reconocimiento de las diferencias de renta que solicitó, se hizo efectivo en virtud de un acto administrativo (dictamen particular de la Contraloría General de la República), y tal derecho no pudo extinguirse por la revocación posterior (instrucciones generales dictadas por este mismo Servicio), la que sólo ha debido regir para el futuro.

3) Por otra parte, agrega, y analizando el problema desde otro ángulo de observación, existiría exceso o desviación de poder que autorizaría se dejara sin efecto el dictamen N° 57.369 de 1962, pues esa conducta antijurídica de la Administración del Estado tiene lugar “cuando el mismo organismo que dicta el acto administrativo impugnado había manifestado con anterioridad una voluntad completamente distinta sobre el mismo tema contradicho”.

4) También habría habido exceso de poder que vicia el acto, ya que el dictamen revocatorio se fundamenta en un error de hecho. En efecto, allí se da por establecido que la Ley N° 13.305 pretendió aliviar exclusivamente los problemas económicos de los funcionarios que viven en Chile, quienes han sido los directamente afectados con la desvalorización monetaria, en circunstancias que los funcionarios que viven en el extranjero y son pagados en moneda corriente han sufrido también el impacto de esa desvalorización.

5) Por último, se habría producido una desviación de poder que implica la nulidad del oficio N° 57.369 de 1962, porque: a) Se dio carácter de acto general al dictamen N° 34.673 de 1962, el que fue sólo de alcance particular; b) Ha existido en la especie un tratamiento desigual para los administrados, y c) Hubo prisa excepcional para tomar y ejecutar la decisión revocatoria del dictamen que lo favorecía.

Invocando estos argumentos, en lo substancial, pide que se reconsidere el oficio N° 57.369 de 1962, reconociéndosele el derecho que cree asistirle para que sus remuneraciones en el exterior, mientras estuvo comisionado, se calculen sobre la base de las rentas fijadas por la Ley N° 13.305, en los términos del dictamen N° 34.673, de 6 de julio de 1962.

CONSIDERACIONES: La jurisprudencia sentada por esta Contraloría General ha reconocido en diversas oportunidades que la Administración activa tiene potestades suficientes para reaccionar por medio de actos de contrario imperio frente a aquellas determinaciones suyas que se ajusten a la Constitución o a la ley, ya que en un Régimen de Derecho como el nuestro es deber de los Organismos Públicos ceñirse a las normas que condicionan sus posibilidades de acción, salvo en cuanto dichas medidas estén limitadas en sus naturales consecuencias por principios doctrinarios o por preceptos legales que impidan su plena eficacia hacia el pasado.

Por ello, y aunque los dictámenes que pueda emitir esta Contraloría General en ejercicio de las facultades que le otorga su Ley Orgánica, N° 10.336, no tienen el mismo contenido y alcance de los actos que emanan de la Administración activa, y en tal carácter están sujetos a un régimen especial de derecho que los circunscribe a una labor interpretativa de la Ley, lo cierto es que en cuanto ellos fijan el sentido de las disposiciones interpretadas, constituyen en un momento determinado un todo obligatorio para la autoridad y para las personas que se acogen a ellos.

De aquí, entonces, que también se plantee respecto de estas expresiones de razonamiento que son los dictámenes, problemas de cambios de criterio, de variaciones de doctrina, que afectan a los peticionarios o interesados que se hallaban en análoga situación a la que ya fuera resuelta por un oficio que más tarde se reconsidere dejándolo sin valor.

Han sido justamente estos problemas los que han llevado a este Organismo de Control a examinar, por dictamen N° 67.927, de 22 de octubre de 1963, cuales son los “efectos que producen los dictámenes... cuando varían la doctrina contenida en anteriores pronunciamientos”, y si bien sus conclusiones se refieren de modo específico a los casos que se presentan ante el personal de las clases pasivas, las consideraciones generales que en él se contienen y el espíritu que anima la formulación de los principios en que ellas descansan, permiten sostener que el criterio que se siguiera para abordar los efectos de los cambios de doctrina en materia jubilatoria, es también aplicable, en cuanto sea procedente, a las dificultades que se presenten en relación con el personal en servicio activo, cuando entre un primitivo pronunciamiento y otro posterior hubiese oposición, contraria a los intereses de las personas que se hubiesen acogido al primero de dichos pareceres.

Se dijo en ese dictamen que cuando las modificaciones de doctrinas incidieran en un derecho fundamental ya reconocido, el nuevo oficio regiría “sólo para el futuro y afectará sólo a quienes no presentaron solicitudes en tiempo oportuno”, y que en aquellas ocasiones en que ellas versaran sobre un derecho de segundo orden, “la nueva interpretación les afectará en su integridad, respetándoles solamente el derecho ya alcanzado en virtud de derechos tramitados”.

Como en la especie, la solicitud elevada por el señor Salvatierra Lindsay incide, precisamente, en un conflicto que encuentra su origen en un cambio de la doctrina que guiara a los dictámenes N°s. 40.416 de 1960, y 34.673 de 1962, situación análoga, en sí, a la que resolviera aquel oficio N° 67.927 de 1963, ya que el interesado, luego de reconocido su derecho por dictamen expreso, se vio afectado por un oficio posterior –N° 44.925 de 1962– que contenía un criterio diverso, cabe concluir, entonces, que son aplicables a su caso, y es procedente solucionar su situación, de acuerdo con las directivas y pautas que se señalaran con motivo de los problemas que venía suscitando el cambio de doctrina en materia jubilatoria.

Luego, y como el dictamen N° 34.673 de 1962 concluyó que “en estas condiciones y teniendo presente que en el caso del recurrente, este fue comisionado al extranjero por decreto N° 88, de 26 de marzo de 1959, y que esta comisión por su naturaleza sólo comentó el 9 de agosto de ese año, gozando el interesado hasta esa fecha de los aumentos otorgados por la Ley N° 13.305, tuvo derecho a que sus remuneraciones en el extranjero se calcularan sobre la base de la renta fijada por dicha ley, de acuerdo con lo manifestado por esta Contraloría General en el dictamen N° 40.416, anteriormente citado”, esto es, reconoció al señor Salvatierra el poder continuar gozando de las remuneraciones de que ya disfrutaba en el país por aplicación de la Ley N° 13.305, estima el Contralor General infrascrito que dicho Mayor del Ejército en retiro tiene derecho a percibir las diferencias de renta que solicita, más aún si se considera, como expresara en el dictamen N° 67.927 de 1963, que hay “razones... que no puede desatender”, como es el hecho “que una interpretación rígida, en el sentido de no afectar con el nuevo criterio sino a los decretos ya tramitados, lesiona gravemente –los intereses de las personas afectadas–, pues la mayor o menor demora en la tramitación de sus solicitudes en el tiempo intermedio –la que en ningún caso les puede ser imputable–, determina el derecho de unos y la negativa del mismo derecho para otros que han estado en idéntica situación”.

Conclusión: Con el mérito de las razones expuestas, el Contralor General infrascrito acoge la solicitud de reconsideración elevada por don Aníbal Salvatierra Lindsay respecto del dictamen N° 57.369 de 1962, declarando que a dicho Mayor de Ejército en retiro le asiste el derecho para percibir las diferencias de sueldo que no se le cancelaron durante su desempeño en el extranjero, en los términos en que aquel derecho fuera reconocido por oficio N° 34.673, de 6 de julio de 1962.

Transcríbase al Ministerio de Defensa Nacional y al Subdepartamento de Registro.

MATERIA

FUERZA OBLIGATORIA DE LOS DICTÁMENES DE CONTRALORÍA

ÓRGANO COMPETENTE

Contraloría General de la República

*Dictamen:* 34.053

*Fecha:* 16.09.1999

DESCRIPTORES

Jurisprudencia Administrativa – Obligatoriedad de Dictámenes

PRINCIPIO JURÍDICO

Los dictámenes de Contraloría son obligatorios para el caso concreto y a toda otra situación que se asemeje.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Capítulo IX CPR.

DICTÁMENES RELACIONADOS

Dictámenes 24.234/84, 31.516/84, 31.702/84, 20.407/97, 45.234/70, 42.638/75, 18.959/86, 30.276/86, 16.164/94, 14.199/96, 25.051/97, 28.643/98, 42.613/98, 9.902/99, 19.523/99.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Cuál es la fuente de la fuerza obligatoria de los dictámenes de Contraloría?

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

Dictámenes de Contraloría resultan obligatorios para los organismos sometidos a su fiscalización. Ello porque un dictamen es la opinión jurídica o juicio que emite o se forma acerca de la correcta aplicación de un cuerpo normativo la Contraloría, a la que el Capítulo IX de la Constitución y en general el ordenamiento legal, encomiendan el control de juridicidad de los actos de la Administración, incluyendo la emisión de pronunciamientos en derecho con fuerza obligatoria. Su carácter imperativo emana, en definitiva, del precepto interpretado y de las disposiciones legales y constitucionales que sustentan esas opiniones jurídicas, desde el momento que el órgano de control nada agrega a la norma pertinente, limitándose a evacuar un juicio declarativo al respecto. Tales pronunciamientos no solamente resultan obligatorios para el caso concreto a que se refieren, sino que también en todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen.

CONCLUSIÓN

La fuerza obligatoria de los dictámenes emana de las disposiciones legales y constitucionales que establecen las atribuciones de la Contraloría y del precepto legal interpretado, toda vez que Contraloría nada agrega a dicha norma, limitándose a evacuar un juicio declarativo. Por lo anterior tales pronunciamientos no solamente resultan

obligatorios para el caso concreto a que se refieren, sino que también en todas aquellas situaciones que se encuadren dentro del contexto del dictamen.

#### IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

La Contraloría además de fundamentar la obligatoriedad de sus dictámenes, en esta decisión dio un paso adicional al establecer que lo resuelto en un dictamen también se aplica a todas las situaciones semejantes, lo que transforma a esas decisiones en actos de contenido normativo.

#### TEXTO COMPLETO

Nº 34.053. Fecha 16-09-1999

La entidad individualizada en el rubro, se ha dirigido a esta Contraloría General, solicitando reconsideración de los dictámenes 28.643, 42.613, ambos de 1998; 9.902 y 19.523, de 1999, en los cuales se concluyó que debe dejarse sin efecto la declaración de vacancia del cargo servido en esa Casa de Estudios Superiores por don Carlos Urrejola Silva, y que, por ende, procedí reincorporarlo a esa institución y pagarle las remuneraciones correspondientes al período en que aquél estuvo alejado del cargo por motivos ajenos a su voluntad.

A su vez, el interesado, hace presente que la referida institución no ha dado cumplimiento a los dictámenes emitidos por esta Entidad Fiscalizadora a su respecto requiriendo se adopte una resolución definitiva en su caso.

Sobre el particular, cabe manifestar que las diversas alegaciones formuladas por la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación, han sido debidamente analizadas, ponderadas y atendidas al momento de emitir los dictámenes: cuya reconsideración se solicita, sin que en esta oportunidad se aporte ningún antecedente nuevo que permita variar o alterar lo expresado en dichos pronunciamientos.

Sin perjuicio de lo anterior, y con el solo objeto de aclarar la posible contradicción que existiría entre la jurisprudencia administrativa a que alude la citada Casa de Estudios, y lo expresado en los mencionados oficios, resulta forzoso anotar que, según aquélla, un nuevo pronunciamiento de la autoridad médica en orden a declarar recuperable la salud de un funcionario, sólo tendría como consecuencia la reincorporación del mismo, en la medida en que esta nueva decisión se hubiere emitido antes de que la declaración de vacancia produjere sus efectos.

No obstante lo expuesto, a través del dictamen 28.643, de 1998, se estableció que la invalidación de la declaración de salud irrecuperable efectuada por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, por instrucciones de la Superintendencia de Seguridad Social, opera con efecto retroactivo, sin que resulte determinante para ello la data en que aquélla se haya producido.

Ahora bien, la emisión de este último dictamen no significó un cambio de jurisprudencia, ya que, con anterioridad, diversos pronunciamientos habían concluido que la invalidación de la declaración de salud irrecuperable, opera con efecto retroactivo, debiendo dejarse sin efecto, en su caso, la declaración de vacancia, dado que los presupuestos en que ella se fundamenta eran erróneos, pudiendo mencionarse entre estos, los dictámenes 24.234, 31.516 y 31.702, todos de 1984, criterio que, por lo demás, fuera reiterado en el oficio 20.407, de 1997.

Como puede advertirse, entonces, el oficio 28.643, de 1998, que se refiere expresamente a la situación del señor Urrejola Silva, así como también los dictámenes 42.613 de 1998, 9.902 y 19.523, ambos de 1999, que lo ratificaron, uniformaron la jurisprudencia en tal sentido, por lo que todos los pronunciamientos contrarios a ella deben entenderse que han quedado sin efecto.

En armonía con lo expuesto, procede desestimar la petición de la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación, toda vez que el criterio que corresponde aplicar es el que actualmente se encuentra vigente, con arreglo al cual la invalidación, en la materia que nos ocupa, opera con efecto retroactivo cualquiera sea la época en que ella se produzca y cuya principal consecuencia es la de conferir al respectivo servidor el derecho a ser reincorporado a su empleo.

Enseguida, resulta útil recordar que, los informes jurídicos emitidos por este Organismo de Control son obligatorios para los servicios sometidos a su fiscalización.

En efecto, el incumplimiento de sus pronunciamientos por parte de las autoridades o funcionarios de la administración, incluidas las universidades, implica transgredir lo dispuesto en los artículos 6º, 7º, 87 y 88 de la Constitución Política; 2º de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; y 1º, 5º, 6º, 9º y 19 de la Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de esta Contraloría General.

Un dictamen consiste en la opinión jurídica o juicio que se emite o forma acerca de la correcta aplicación de un cuerpo normativo y es a esta Entidad Autónoma a la que, el Capítulo IX de la Carta Fundamental y, en general, el ordenamiento normativo nacional, han encomendado ejercer el control de juridicidad de los actos de la Administración, incluyendo el emitir pronunciamientos en derecho con fuerza obligatoria y vinculante. Por lo tanto, la obligatoriedad de los dictámenes emana, en último término, de la norma interpretada y de los preceptos constitucionales y legales que sustentan esas opiniones jurídicas, desde el momento en que este Organismo Contralor nada agrega a la disposición pertinente, limitándose a evacuar un juicio declarativo al respecto.

En este contexto, entonces, conforme al principio de juridicidad, es un deber ineludible de los Órganos del Estado el respetar el ordenamiento jurídico vigente, y a esta Contraloría General, en el ejercicio de su función de control de legalidad y constitucionalidad, corresponde informar en derecho los asuntos que sean sometidos a su conocimiento y que se encuentren dentro de su competencia, en términos tales que por constituir la jurisprudencia administrativa que tienen que observar todos los abogados, fiscales y asesores jurídicos de las distintas entidades sometidas al control de este Organismo Fiscalizados sus pronunciamientos no sólo resultan obligatorios para el caso concreto a que se refieren, sino que además para todos aquellos que se encuadren dentro del contexto del dictamen.

Finalmente, cabe agregar que lo precedentemente expuesto es concordante con lo dictaminado uniformemente por esta Entidad de Control, mediante los oficios 45.234 de 1970, 42.638 de 1975, 18.959 de 1986, 30.276 de 1986, 16.164 de 1994, 14.199 de 1996, y 25.051 de 1997, entre otros.

En consecuencia, cumple esta Contraloría General con manifestar que, en virtud de las consideraciones precedentes, se ratifica lo informado mediante dictámenes 28.643, 42.613, ambos de 1998, 9.902 y 19.523, de 1999, correspondiendo que la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación adopte, a la brevedad, las medidas conducentes a dar cabal cumplimiento a lo dispuesto en tales pronunciamientos.

Déjanse sin efecto los dictámenes 2.875, de 1968, 19.806, de 1969, 10.836, de 1981, y toda jurisprudencia contraria a lo expresado en el presente dictamen.

Transcríbese a don Carlos Urrejola Silva, y a las Divisiones de Auditoría Administrativa y de Toma de Razón y Registro.

MATERIA

FUERZA OBLIGATORIA DE LOS DICTÁMENES DE CONTRALORÍA

ÓRGANO COMPETENTE

Contraloría General de la República

*Dictamen:* 39.777

*Fecha:* 12.09.2003

DESCRIPTORES

Atribuciones Constitucionales y Legales de Contraloría – Jurisprudencia Administrativa – Potestad Dictaminadora – Incumplimiento Dictámenes

PRINCIPIO JURÍDICO

No cumplir con los dictámenes de la CGR implica incurrir en responsabilidad disciplinaria por ser estos de acatamiento obligatorio.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 6º, 7º, 87 y 88 CPR; Art. 2º Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; Arts. 1º, 5º, 6º, 9º, 16 y 19 Ley Nº 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República; Art. 154 Ley Nº 18.834 sobre Estatuto Administrativo; Art. 2º Ley Nº 19.198 Establece Normas sobre Concursos para Cargos de Profesionales Funcionarios Regidos por la Ley Nº 15.076; Art. 5º D.S. Nº 811/1995 Ministerio de Salud, Aprueba Reglamento de Concursos para la Provisión de Cargos de Profesionales en los Servicios de Salud.

DICTÁMENES RELACIONADOS

Dictámenes 30.276/1986, 14.199/1996, 30.777/1996, 25.051/1997, 24.313/2001.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Qué consecuencias tiene el incumplimiento de los dictámenes emitidos por Contraloría por parte de los órganos de la Administración?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Mediante dictamen 30.777 de 1996, Contraloría ordenó retrotraer el concurso para el cargo de médico cirujano 22-28 horas semanales del Instituto Nacional del Tórax, hasta el momento en que se produjo el vicio, es decir, en este caso concreto, a la etapa de evaluación por la respectiva Comisión de Concursos.

En virtud del memorándum 310 de 2003, de la Asesoría Jurídica del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, se concluyó que determinado funcionario no tenía la calidad de postulante actualmente vigente al concurso en cuestión, razón por la que no se le consideró.

Mediante dictamen 24.313 de 2001, Contraloría determinó que el desistimiento del referido profesional funcionario a la renuncia al concurso en comento era plenamente

te válida y, por ende, debía ser considerado como postulante a dicho certamen; ello, por cuanto el Servicio de Salud Metropolitano Oriente no resolvió el citado concurso entre la fecha de presentación por el interesado de su renuncia a la calidad de postulante al mismo y la data de su desistimiento de ésta última, ni tampoco se le aceptó formalmente dicha dimisión, sin que además el interesado retirara los antecedentes de su postulación o éstos le fueran devueltos.

#### APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

El artículo 5º de la Ley N° 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, dispone que “en los casos en que el Contralor informe a petición de parte o de jefatura de Servicio o de otras autoridades, lo hará por medio de dictámenes”, los que, conforme a lo dispuesto en el artículo 6º, inciso final de la misma ley, “serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa” en las materias de competencia de Contraloría.

Por su parte, el artículo 19 del citado texto legal establece que “los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios”.

De lo expuesto, se desprende que los informes jurídicos emitidos por Contraloría, que contienen una opinión y un juicio declarativo sobre la correcta aplicación de un cuerpo normativo, son obligatorios y vinculantes tanto para los servicios sometidos a su fiscalización como para los abogados, fiscales o asesores jurídicos de esas reparticiones, obligatoriedad que emana, en último término, tanto de la norma interpretada como de los preceptos legales y constitucionales que sustentan esa opinión jurídica, pues la Contraloría General de la República es el organismo administrativo al que la CPR y la legislación han encomendado la función de ejercer el control de la juridicidad de los actos de la Administración y la de emitir pronunciamientos en derecho, entre otras atribuciones (aplica dictámenes 30.276 de 1986, 14.199 de 1996 y 25.051 de 1997, entre otros).

En atención a lo anterior, la opinión emitida por la Asesoría Jurídica del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, en contravención a lo señalado por Contraloría en el dictamen 24.313, de 2001, importa una transgresión a la preceptiva reseñada, que no puede ser considerada como un antecedente válido para que el referido servicio incumpla lo ordenado en el aludido pronunciamiento.

En este contexto, conviene insistir en que, la obligatoriedad de los dictámenes emitidos por Contraloría respecto de los concursos que se originan en los Servicios de Salud, encuentra su fundamento en los artículos 6º, 7º, 87 y 88, inciso final de la CPR; 2 de la LOCBGAE; 1º, 5º, 6º, 9º, 16 y 19 de la Ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República; 154 del Estatuto Administrativo y, especialmente, en los artículos 2º de la Ley N° 19.198 y 5º del

Decreto 811 de 1995, del Ministerio de Salud, aprobatorio del Reglamento de Concursos para la Provisión de Cargos de Profesionales Funcionarios en los Servicios de Salud, por lo que el incumplimiento de dichos pronunciamientos por parte de las autoridades o funcionarios de la Administración significa tanto el no cumplimiento de la norma interpretada como la inobservancia de los preceptos antes citados, además del incumplimiento de deberes funcionarios que comprometen la responsabilidad administrativa del respectivo servidor público.

Por las razones anteriormente expuestas, procede que el Servicio de Salud Metropolitano Oriente adopte todas aquellas medidas necesarias tendientes a retrotraer el concurso en comento para el cargo reclamado con el objeto de que la Comisión de Apelaciones proceda a corregir los errores indicados.

#### CONCLUSIÓN

El incumplimiento de los dictámenes emitidos por Contraloría por parte de los órganos o funcionarios de la Administración tiene como consecuencia el no cumplimiento de la norma que dichos pronunciamientos interpretan así como la inobservancia de las Constitución, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República y del Estatuto Administrativo, cuerpos normativos que consagran la obligatoriedad de la jurisprudencia contenida en dichos oficios.

#### IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Esta decisión expone de un modo pedagógico las razones por las cuales los funcionarios de la Administración deben dar cumplimiento obligatorio a los dictámenes de CGR, pues de no hacerlo implica una infracción al principio de legalidad.

Este criterio ha sido sistemáticamente señalado, así en dictámenes 42.678/1970, 18.959/1986, 30.276/1986, 14.448/1988, 49/1991, 30.031/1991, 21.106/1995, 10.077/1992, 26.928/1992, 27.303/1992, 21.877/2002.

#### TEXTO COMPLETO

Nº 39.777 Fecha: 12-IX-2003

Se han dirigido a esta Contraloría General los señores CP, CM y AO, solicitando se ordene al Servicio de Salud Metropolitano Oriente dar cumplimiento a lo resuelto en los dictámenes N.ºs. 48.726, de 2001 y 18.359, de 2002, entre otros, que inciden en el llamado a concurso para proveer en calidad de titular los cargos de Jefes de Servicios Clínicos, efectuado por el referido Servicio de Salud.

Además, ha ingresado a este órgano de control, para su toma de razón, la resolución N.º 2.255, de 2003, del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, que designa a don CD, en calidad de titular, como médico cirujano 22 horas semanales y como médico cirujano 28 horas semanales, en el Instituto Nacional del Tórax.

En relación con la materia planteada por los ocurrentes, cabe recordar que, mediante dictamen N.º 15.798, de 2001, reiterado por medio de los dictámenes N.ºs. 48.726, de 2001 y 18.359, de 2002, se resolvió por este Organismo de Control que la facultad del Servicio de Salud Metropolitano Oriente de crear, modificar, subdividir o fusionar servicios clínicos, no obsta a la obligación

del referido Servicio de Salud de dar pleno cumplimiento a los pronunciamientos de esta Contraloría General, toda vez que los concursos públicos, por tratarse de procedimientos reglados, originan un vínculo jurídico en virtud del cual nace el derecho de los postulantes a ser seleccionados al término de ellos y, por ende, el indicado Servicio de Salud se encuentra en el imperativo de resolver el certamen a que se había llamado para proveer la plaza de Jefe de Servicio Clínico de Cirugía de Tórax.

Se agregó, además, que no resulta factible nombrar a alguno de los interesados en el referido cargo, por haberse extinguido dicha unidad mediante su fusión con otra, por lo que el Servicio de Salud Metropolitano Oriente deberá asignar, a quien corresponda, una plaza de la misma naturaleza y jerarquía del cargo al que postularon.

Al respecto, es menester señalar, nuevamente, que los interesados han interpuesto, ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, un recurso de protección en contra del tantas veces citado Servicio de Salud Metropolitano Oriente por los hechos referidos en los indicados dictámenes, que dicen relación con el incumplimiento de regularizar un concurso convocado, el año 1995, por la Dirección del aludido Servicio de Salud, para proveer en calidad de titular cargos directivos y clínicos afectos a la ley N° 15.076.

En estas circunstancias, este Organismo de Control debe forzosamente abstenerse de emitir un pronunciamiento sobre el particular, toda vez que el inciso tercero del artículo 6° de la ley N° 10.336, Orgánica Constitucional y de Atribuciones de esta Entidad Fiscalizadora, dispone imperativamente que la “Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia”.

Respecto, ahora, a la situación que afecta al profesional funcionario señor CP –materia que no ha sido sometida al conocimiento de los Tribunales de Justicia–, se debe recordar, en primer término, que mediante dictamen N° 30.777, de 1996, esta Entidad de Control dispuso, en virtud de las facultades que le permiten pronunciarse sobre las irregularidades que se comprueben en un procedimiento de concurso o sobre infracciones que se produzcan en la aplicación de normas que fijan puntajes que deben asignarse a ciertos antecedentes de los oponentes, retrotraer el concurso para el cargo de médico cirujano 22-28 horas semanales del Instituto Nacional del Tórax, hasta el momento en que se produjo el vicio, esto es, a la etapa de evaluación por la respectiva Comisión de Concursos.

Puntualizado lo anterior, cabe consignar, ahora, que de los antecedentes tenidos a la vista, en particular del Acta N° 3 de la emisión de Apelaciones aparece que, en virtud del memorándum N° 310, de 2003, de la Asesoría Jurídica del Servicio de Salud Metropolitano Oriente emitido entre la solicitud de la Directora del referido Servicio en orden a pedir un pronunciamiento a esta Entidad de Control que determine la situación del profesional funcionario CP, concluye, luego de una serie de antecedentes y consideraciones, que el aludido funcionario no tiene la calidad de postulante actualmente vigente al concurso en cuestión, razón por la cual esa emisión no considerará en su revisión y evaluación al citado profesional.

Al respecto, es necesario recordar que, mediante dictamen N° 24.313, de 2001, este Organismo de Control concluyó que el desistimiento del referido profesional funcionario a la renuncia al concurso en comento es plenamente válida y, por ende, debe ser considerado como postulante a dicho certamen; ello, por cuanto el Servicio de Salud Metropolitano Oriente no resolvió el citado concurso entre la fecha de presentación por el interesado de su renuncia a la calidad de postulante al mismo y la data de su desistimiento de ésta última, ni tampoco se le aceptó formalmente dicha dimisión, sin que además el interesado retirara los antecedentes de su postulación o éstos le fueran devueltos.

Sobre el particular, se debe expresar que el artículo 5º de la ley N° 10.336, Orgánica Constitucional y de Atribuciones de esta Contraloría General, dispone que “en los casos en que el Contralor informe a petición de parte o de jefatura de Servicio o de otras autoridades, lo hará por medio de dictámenes”, los que, conforme a lo dispuesto en el artículo 6º, inciso final de la citada ley N° 10.336, “serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa” en las materias de competencia de esta Entidad Fiscalizadora.

Enseguida, y en este mismo orden de consideraciones, es dable indicar que el artículo 19 del citado texto legal establece que “los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios”.

De lo expuesto, se desprende que los informes jurídicos emitidos por este Organismo de Control, que contienen una opinión y un juicio declarativo sobre la correcta aplicación de un cuerpo normativo, son obligatorios y vinculantes tanto para los servicios sometidos a su fiscalización como para los abogados, fiscales o asesores jurídicos de esas reparticiones, obligatoriedad que emana, en último término, tanto de la norma interpretada como de los preceptos legales y constitucionales que sustentan esa opinión jurídica, pues la Contraloría General de la República es el organismo administrativo al que la Constitución Política y la legislación han encomendado la función de ejercer el control de la juridicidad de los actos de la Administración y la de emitir pronunciamientos en derecho, entre otras atribuciones. (Aplica dictámenes N°s. 30.276, de 1986, 14.199, de 1996 y 25.051, de 1997, entre otros).

En atención a lo anterior, la opinión emitida por la Asesoría Jurídica del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, en contravención a lo señalado por esta Entidad Fiscalizadora en el dictamen N° 24.313, de 2001, importa una transgresión a la preceptiva reseñada, que no puede ser considerada como un antecedente válido para que el referido servicio incumpla lo ordenado en el aludido pronunciamiento.

En este contexto, conviene insistir en que, la obligatoriedad de los dictámenes emitidos por esta Contraloría General respecto en los concursos que se originan en los Servicios de Salud, encuentra su fundamento en los artículos 6º, 7º, 87 y 88, inciso final de la Constitución Política; 2º de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado; 1º, 5º, 6º, 9º, 16 y 19 de la ley N° 10.336, Orgánica, Constitucional de la Contraloría General; 154 de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo y, especialmente, en los artículos 2º de la ley N° 19.198 y 5º del Decreto N° 811, de 1995, del Ministerio de Salud, aprobatorio del Reglamento de Concursos para la provisión de cargos de profesionales funcionarios en los Servicios de Salud, por lo que el incumplimiento de dichos pronunciamientos por parte de las autoridades o funcionarios de la Administración significa tanto el no cumplimiento de la norma interpretada como la inobservancia de los preceptos antes citados, además del incumplimiento de deberes funcionarios que comprometen la responsabilidad administrativa del respectivo servidor público.

Precisado todo lo anterior y, en otro orden de consideraciones, cabe señalar, ahora, que de los mismos antecedentes –Acta N° 3– se desprende que la Comisión de Apelaciones determinó mantener al postulante señor CD, el puntaje asignado por la Comisión “Concursos, en el concepto “Cargos Desempeñados”, en circunstancias que en dicho rubro, especialmente en el subfactor “puntaje adicional”, no procede otorgarle puntaje como Médico General de Zona por su desempeño en la Armada, pues la normativa legal que permitía efectuar dicho reconocimiento se encuentra derogada.

En este punto, es oportuno recordar que, por dictamen N° 37.079, de 1998, se determinó que la Comisión de Concursos incurrió en un error manifiesto al reconocer 4 años como Médico General de Zona al postulante señor CD “de acuerdo a la normativa legal vigente que establece que el fun-

cionario contratado en la Armada, para los efectos legales, se entenderá como General de Zona”, pues los artículos 7º y 8º del D.F.L. (G) N° 5, de 1968, en virtud de los cuales se le efectuó dicho reconocimiento, fueron derogados expresamente por el artículo único del decreto ley N° 2.155, de 1978, lo cual impedía, entonces, otorgarle puntaje adicional como Médico General de Zona por su desempeño en la Armada, como erróneamente se hizo, razón por la cual, el Servicio de Salud Metropolitano Oriente debía retrotraer el concurso para el cargo reclamado, pues existían vicios de juridicidad que lo invalidaban, los que debían ser corregidos por la Comisión de Apelaciones.

En este contexto, es menester anotar que si bien la Comisión de Concursos tiene amplias facultades para fijar criterios de evaluación y puntajes, apreciar los antecedentes de los postulantes y llegar a la convicción de que poseen las condiciones requeridas para el respectivo cargo, decisión privativa no puede ser arbitraria ni antojadiza, sino que debe tener fundamentos objetivos, basados en la documentación acompañada, en los términos establecidos en los artículos 29 y siguientes del decreto N° 811, de 1995, del Ministerio de Salud.

Por su parte, las atribuciones de la Comisión de relaciones son limitadas, toda vez que el artículo 45 del texto reglamentario antes citado sólo le otorga facultades para revisar los antecedentes y puntajes de los apelantes como de otros concursantes afectados por la reclamación y, en tal virtud, puede corregir de oficio los errores manifiestos que constate en la calificación de los rubros efectuada por la Comisión de Concursos, aún respecto de los concursantes que no hayan apelado. (Aplica dictamen N° 33.254, de 1996).

De esta manera, entonces, la Comisión de relaciones al no rebajar al postulante señor CD el puntaje adicional asignado por la Comisión de Concursos, como Médico General de Zona por su desempeño en la Armada, infringió abiertamente el artículo 45 del decreto 811, de 1995, del Ministerio de Salud, ya citado.

Por las razones anteriormente expuestas, procede que el Servicio de Salud Metropolitano Oriente adopte todas aquellas medidas necesarias tendientes a retrotraer el concurso en comento para el cargo reclamado con el objeto de que la Comisión de Apelaciones proceda a corregir los errores a que se ha hecho referencia en el presente oficio.

En consecuencia, atendido que el concurso en comento no se ha llevado a cabo conforme a derecho, pues en el mismo existen vicios de juridicidad que lo afectan y que deben ser subsanados, esta Contraloría General devuelve, sin tramitar, la resolución N° 2.255, de 2003, del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, que designa al señor CD, en calidad de titular, en los cargos de médico cirujano 22 horas semanales y médico cirujano 28 horas semanales, en el Instituto Nacional del Tórax.

MATERIA

OBLIGATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL

ÓRGANO COMPETENTE

Corte Suprema

*Tipo de recurso:* Apelación Protección

*Rol:* 2246-2012

*Fecha:* 03.07.2012

*Resultado recurso:* Rechazado

*Ministros mayoría:* Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones, María Eugenia Sandoval Gouët y el Abogado Integrante Arnaldo Gorziglia Balbi.

*Ministro redactor:* Pedro Pierry Arrau.

*Partes:* Ilustre Municipalidad de Zapallar con Contraloría Regional de Valparaíso.

DESCRIPTORES

Contraloría General de la República, Dictámenes

PRINCIPIO JURÍDICO

La jurisprudencia judicial es fuente del derecho administrativo y forma parte del bloque de legalidad.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 19 N° 24 CPR; Art. 6° Ley N° 10.336 sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República; Art. 3° Ley N° 19.880 Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; Arts. 23 y 24 D.L. N° 3.063/1979 Ley de Rentas Municipales.

PREGUNTA JURÍDICA

En caso de que exista discordia entre los criterios jurisprudenciales de la Contraloría General de la República y la Corte Suprema, ¿cuál de ellos debe primar?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El año 2010, Contraloría General de la República emitió el dictamen 27.677/2010, en cual indicó, entre otras cosas, que la inversión pasiva, esto es la adquisición de toda clase de bienes con fines rentísticos, sea cual fuere la forma jurídica del inversionista, que no involucre la producción de bienes ni la prestación de servicios, no es una actividad que esté sujeta al pago de patente municipal, ya que no configura el hecho gravado señalado en el artículo 23 del D.L. N° 3.063 de 1979 Ley de Rentas Municipales (el cual está constituido por las actividades secundarias, terciarias, y las primarias que indica específicamente la norma).

En virtud de dicho dictamen, la Compañía de Inversiones Los Nogales S.A. hizo una presentación ante Contraloría Regional de Valparaíso en contra de la Municipalidad de Zapallar, requiriendo que se pronunciara sobre la procedencia del cobro de patente municipal a su respecto. Contraloría Regional, mediante el oficio ordinario 648

de 11 de enero de 2012, señaló que, no habiendo acreditado la Municipalidad que la sociedad realizaba, efectivamente, actividades gravadas con patente municipal, no resultó procedente el cobro por tal concepto, y ordenó su devolución y que se dejaran sin efecto las multas cursadas.

En contra del oficio ordinario de Contraloría, la Municipalidad de Zapallar interpuso un recurso de protección, por la vulneración de su derecho a la igualdad ante la ley, a la igual repartición de las cargas públicas, y a su derecho de propiedad, el cual fue acogido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Posterior a ello, se dedujo apelación en contra del fallo de la Corte de Apelaciones por parte de la Contraloría (representado por el Consejo de Defensa del Estado).

#### APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha venido sosteniendo en forma uniforme y reiterada, que para determinar si una sociedad es sujeto pasivo del pago de patente municipal es indispensable precisar si la actividad que ésta realiza está comprendida dentro del hecho gravado definido en la ley en atención al objeto social de la sociedad que se trate. En el presente caso, el objeto social especificado en los estatutos de Compañía de Inversiones Los Nogales S.A. comprende la inversión y explotación de bienes inmuebles agrícolas y no agrícolas, pudiendo lotearlos, dividirlos, administrarlos, etc; adquirir bienes raíces urbanos y rurales a fin de explotarlos mediante el arrendamiento o en otra forma; adquirir toda clase de bienes muebles, derechos, acciones y valores mobiliarios con fines de inversión y renta; y efectuar operaciones de importaciones y exportaciones. Por lo tanto, es claro que por tratarse de actividades lucrativas, configuran hechos gravados de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 del D.L. N° 3.063 Ley de Rentas Municipales. Este último precepto, en lo pertinente, sujeta a una contribución de patente municipal “El ejercicio de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquier otra actividad lucrativa secundaria o terciaria”. La misma jurisprudencia señalada ha sostenido que no es acertado estimar que si no hay ejercicio efectivo de tales actividades no se debe pagar patente municipal, ya que este gravamen es semestral y habilita para desarrollar las actividades a que se refiere el artículo 23 del D.L. N° 3.063 Ley de Rentas Municipales, sin que se requiera el ejercicio efectivo. De acogerse la tesis contraria resultaría que procedería pagar una patente proporcional a la época en que se realizó alguna actividad, lo que por cierto es insostenible. Todo lo anterior ha sido dicho en numerosos fallos de manera uniforme, constituyendo de esta manera la jurisprudencia del máximo tribunal de la República sobre el tema (C. 4).

CGR sostiene un parecer distinto al de la Corte Suprema sobre la misma materia, manifestado a través de sus dictámenes, que en virtud de lo dispuesto en la LOCCGR, son obligatorios para los órganos de la Administración del Estado, entre los que se encuentran las Municipalidades. Si bien la Contraloría puede sostener opiniones que no concuerden con los fallos de los tribunales superiores de justicia, es necesario distinguir entre diversos tipos de dictámenes, como lo ha hecho la Corte Suprema al

conocer de la apelación de un recurso de protección en la causa Rol 10.499-2011. En dicho fallo, esta ha señalado que, “con respecto a los dictámenes de la Contraloría, y no obstante que la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, en su artículo tercero, los califica como actos administrativos y por lo tanto claramente recurribles por la vía jurisdiccional, puede distinguirse entre: dictámenes constitutivos de ‘decisiones’, que son verdaderos actos terminales; aquellos que pueden dar lugar a actos administrativos posteriores, que constituyen actos de trámite; y por último, dictámenes que no son creadores de derecho y que tienen por objeto instruir a la Administración respecto al alcance o interpretación que debe darse a algún precepto legal, tipo de dictámenes que no cabe dentro de la definición de acto administrativo de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que la alusión de su artículo 3° inciso 6 está referida, cuando habla de ‘dictámenes o declaraciones de juicio’, a actos o dictámenes de naturaleza particular, y aquellos son equivalentes a verdaderas circulares. Tratándose de estos últimos lo que puede afectar las garantías constitucionales es la aplicación que cada servicio de la Administración haga del dictamen, pero éste en sí mismo no produce tal efecto, salvo en cuanto pueda constituir una amenaza”. El Dictamen 648 de 11 de enero de 2012, calificado en autos en todo momento como oficio, pero que técnicamente constituye un dictamen, no obstante provenir de un Contralor Regional y no del Contralor General, al ordenar la devolución de los fondos percibidos por cobro de patente y por multas cursadas, constituye un acto administrativo terminal que produce efectos jurídicos precisos obligando a la Municipalidad, y no emitiendo solamente una opinión sobre el alcance o interpretación que debe darse a un precepto legal (C. 5 y 6).

La Contraloría General de la República en su actuación debe respetar la Constitución y la ley y se encuentra sometida al principio de legalidad, correspondiendo a los tribunales de justicia verificar y ejercer el control jurisdiccional de sus actos a través de las acciones contencioso administrativas que se interpongan. Siendo la materia que se discute un tema de derecho tributario, esto es de derecho administrativo especial, en el análisis de la legalidad deben considerarse tanto las normas de derecho positivo como aquellos aspectos que constituyen la base del derecho administrativo, como es el caso de la jurisprudencia. Al respecto, debe dejarse establecido una vez más que la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo, por lo que si ella establece –interpretando la ley– que las sociedades de inversión deben pagar patente municipal, este criterio jurisprudencial constituye fuente del derecho y como tal integra el denominado bloque de la legalidad, siendo obligatoria para el ente contralor; naturaleza de la que carecen los dictámenes de la Contraloría, que son únicamente constitutivos “de la jurisprudencia administrativa” como señala el artículo 6° inciso final de la LOCCGR. Dado lo anterior, siendo ilegal el Dictamen 648 de 11 de enero de 2012 emanado de la Contraloría Regional de Valparaíso, por

contravenir lo dispuesto en los artículos 23 y 24 del D.L. N° 3.063 Ley de Rentas Municipales interpretados en la forma que lo ha hecho la jurisprudencia de la Corte Suprema y vulnerar el derecho de propiedad que sobre los tributos y multas que debidamente la Municipalidad recurrente ya había percibido, el recurso de protección debe ser acogido, por lo que se rechaza la apelación (C. 7 y 8).

### CONCLUSIÓN

En caso de que exista discordia entre los criterios de la Contraloría General de la República y la Corte Suprema, debe primar lo establecido por esta última, ya que, siendo la jurisprudencia judicial (especialmente cuando es uniforme y permanente en el tiempo) fuente del derecho administrativo, integra el bloque de legalidad, siendo vinculante para la Contraloría.

### IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Como se ha visto la tesis de la Corte Suprema descansa en una de las cuestiones estructurales del derecho administrativo. ¿Es la jurisprudencia fuente del Derecho Administrativo? La respuesta es positiva, si se trata de la jurisprudencia administrativa. La pregunta es si tiene la misma condición la jurisprudencia judicial.

La tesis de Contraloría es que las sentencias judiciales, con indiferencia de la recurrencia de su opinión sólo tienen efectos relativos. El argumento del órgano contralor se centra en el más clásico de todos, el inciso segundo del artículo 3° del Código Civil.

La pretensión de Contraloría se enfrenta, sin embargo, con lo que había sido la jurisprudencia clásica de la Corte Suprema cuando se producía conflicto entre la interpretación administrativa con la judicial. En efecto, la Corte ya había señalado con anterioridad que la interpretación administrativa estaba limitada por la exclusividad jurisdiccional que le corresponde constitucionalmente a los tribunales de justicia<sup>1</sup>, indicando además tradicionalmente que la interpretación administrativa puede verse limitada por la “afianzada” jurisprudencia judicial. La Corte ha dicho explícitamente que “por jurisprudencia se entiende la doctrina afianzada, producto de numerosos fallos emanados de los Tribunales Superiores y en particular de nuestra Corte Suprema”<sup>2</sup>.

Esto explica la advertencia de la Corte en el caso de la Municipalidad de Zapallar, cuando señala:

(...) debe dejarse establecido una vez más que la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo, por

<sup>1</sup> SCS, 10.05.2005, rol 1285-2005.

<sup>2</sup> SCS, 22.11.2007, rol 4498-2007.

cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo (...)³.

Sin embargo, la advertencia de la Corte encuentra tres limitaciones estructurales que no es posible pasar por alto: (a) la primera, es que la Corte olvida que este es un conflicto entre órganos constitucionales, uno destinado a resolver los conflictos de relevancia jurídica mediante el proceso y otro con facultades constitucionales de control de legalidad de los actos de la administración, lo que implica enfrentarse a un tipo de jurisprudencia de un organismo cualificado en el sistema institucional; (b) la segunda, es que la condición de “jurisprudencia” de la dictaminación de Contraloría es una decisión legislativa o no necesariamente una autoatribución de competencias y (c) por último, porque no puede constituir “jurisprudencia judicial”, cualquier tipo de sentencias pronunciadas por la Corte, sobre todo cuando el debate se produce a consecuencia del ejercicio de una potestad jurisdiccional en el recurso de protección, una acción de cautelar, de urgencia y que no tiene forma de juicio.

Dicho de otro modo, la afirmación de la Corte olvida las cuestiones estructurales del modelo institucional chileno y en especial de los roles asignados por la Constitución a ambos organismos. Por eso no es evidente que la “inclinación” sea institucionalmente correcta.

#### TEXTO COMPLETO

Santiago, tres de julio del año dos mil doce.

Vistos:

Se eliminan los considerandos noveno a duodécimo de la sentencia en alzada.

Y se tiene en su lugar y además presente:

*Primero:* Que en la especie la acción de cautela de derechos constitucionales la dedujo el abogado don Juan Buzeta Novoa por la Municipalidad de Zapallar, representada por su Alcalde don Nicolás Cox Urrejola, en contra de la Contraloría Regional de Valparaíso por haber emitido el Oficio Ordinario N° 648 de 11 de enero de 2012 mediante el cual dictaminó que, en atención a que esa entidad edilicia no había acreditado que la sociedad “Compañía de Inversiones Los Nogales S.A.” realizaba actividades gravadas con patente municipal, no resultaba procedente el cobro de dicho gravamen por el período comprendido entre el 1 de julio de 2010 y el 30 de junio de 2011, ordenando además devolver los fondos que se hubieren percibido indebidamente por tal concepto y dejando sin efecto las multas cursadas; acto que a su juicio es conculcatorio de las garantías fundamentales establecidas en los N° 2, 20 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

*Segundo:* Que el acto impugnado por el presente recurso se pronuncia sobre la pertinencia del cobro de patente municipal, rechazando que la “Compañía de Inversiones Los Nogales S.A.” se encuentre afecta al pago de patente por realizar únicamente inversiones de carácter pasivo. En el pronunciamiento recurrido se señaló que la jurisprudencia administrativa ha precisado que los

---

<sup>3</sup> SCS, c. 7°.

supuestos que hacen procedente el cobro de patente municipal son: a) que la actividad esté gravada con ese tributo; b) que ésta sea efectivamente ejercida por el contribuyente; y c) que la misma se realice en un local, oficina, establecimiento, kiosko o lugar determinado.

En relación a la primera exigencia, el dictamen hace notar que la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General “ha sostenido que la inversión pasiva que en general consiste en la adquisición de toda clase de bienes con fines rentísticos, sea cual fuere la forma jurídica que adquiera el inversionista, que no involucre la producción de bienes ni la prestación de servicios, no constituye una actividad que configure el hecho gravado contemplado en el artículo 23 del citado Decreto Ley N° 3.063 de 1979”.

En seguida, con respecto al requisito vinculado al desarrollo efectivo de una actividad gravada, la resolución del órgano contralor consigna que viene en reiterar que “no resulta suficiente para dar por comprobada esa circunstancia la sola consideración del objeto social especificado en los estatutos respectivos, sino que se requiere que tal ejercicio se encuentre acreditado, debiendo la entidad edilicia para tal fin, ponderar los antecedentes aportados por el interesado y los que recabe por sus propios procedimientos de inspección”. Agrega el ente fiscalizador que en este caso la Municipalidad de Zapallar “se ha limitado a fundamentar el cobro que ha efectuado a la sociedad reclamante en su objeto social (...) sin que en los documentos tenidos a la vista se advierta que haya constatado fehacientemente que aquélla realiza de manera efectiva actividades afectas a patente municipal”.

Finalmente concluye que “en la medida que no se ha acreditado que la sociedad reclamante realiza actividades gravadas con patente municipal –lo que debe verificarse por la municipalidad en los términos referidos en la citada jurisprudencia administrativa– no ha procedido el cobro efectuado por dicho municipio, por lo que éste deberá proceder a devolver los fondos que hubiere percibido indebidamente y dejar sin efecto las multas cursadas en su caso, informando a la brevedad de lo anterior a este ente fiscalizador”.

*Tercero:* Que en primer término y siguiendo el orden de la recurrida en su informe y de la sentencia en alzada en cuanto a separar los argumentos de forma y fondo, cabe señalar que si bien esta Corte comparte sus considerandos cuarto y quinto, útil es poner de manifiesto en cuanto a la alegación de la recurrida de falta de legitimación activa de las Municipalidades para interponer un recurso de protección en contra de la Contraloría General de la República por no poder aceptarse como un mecanismo de impugnación de dictámenes rompiéndose la unidad estructural y armónica de la Administración del Estado, que siendo las Municipalidades personas jurídicas de derecho público autónomas nada obsta a que si sus derechos son vulnerados por actos administrativos de otros órganos de la Administración, tanto activa como de control, puedan recurrir de protección ante los tribunales superiores de justicia. De este modo, dicho argumento carece de sustento y no puede ser considerado.

*Cuarto:* Que en cuanto al fondo de lo debatido, esta Corte Suprema ha venido sosteniendo en forma uniforme y reiterada en decenas de fallos sobre la misma materia, que para determinar si una sociedad es sujeto pasivo del pago de patente municipal es indispensable precisar si la actividad que ésta realiza está comprendida dentro del hecho gravado definido en la ley en atención al objeto social de la sociedad que se trate. En el presente caso, el objeto social especificado en los estatutos de Compañía de Inversiones Los Nogales S.A. comprende la inversión y explotación de bienes inmuebles agrícolas y no agrícolas, pudiendo lotearlos, dividirlos, administrarlos, etc; adquirir bienes raíces urbanos y rurales a fin de explotarlos mediante el arrendamiento o en otra forma; adquirir toda clase de bienes muebles, derechos, acciones y valores mobiliarios con fines de inversión y renta; y efectuar operaciones de importaciones y exportaciones. Por lo tanto, es claro que por tratarse de actividades lucrativas, configuran hechos gravados de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 de la Ley de Rentas Municipales.

En efecto, este último precepto, en lo pertinente, sujeta a una contribución de patente municipal “El ejercicio de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquier otra actividad lucrativa secundaria o terciaria”. Luego, atento a lo establecido en el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 484 que constituye el Reglamento para la aplicación de los artículos 23 y 24 del Decreto Ley Nº 3.063, actividades terciarias son todas aquellas que consisten en el comercio y distribución de bienes y en la prestación de servicios de todo tipo y, en general, toda actividad lucrativa que no quede comprendida en las primarias y secundarias; concepto amplio y residual de la actividad terciaria que se corresponde con el sentido y espíritu que la ley le ha dado a esta regulación a través de una separación clásica de las actividades económicas, dentro de las cuales se comprenden las actividades lucrativas realizadas por las sociedades de inversión.

Por otra parte, este Tribunal ha sostenido que no es acertado estimar que si no hay ejercicio efectivo de tales actividades no se debe pagar patente municipal, desde que este gravamen es semestral y habilita para desarrollar las actividades a que se refiere el artículo 23 del Decreto Ley Nº 3.063, sin que se requiera el ejercicio efectivo. De acogerse la tesis contraria resultaría que procedería pagar una patente proporcional a la época en que se realizó alguna actividad, lo que por cierto es insostenible.

Todo lo anterior ha sido dicho en numerosos fallos de manera uniforme, constituyendo de esta manera la jurisprudencia del máximo tribunal de la República sobre el tema.

*Quinto:* Que la Contraloría General de la República sostiene, por su parte, un parecer distinto al de la Corte Suprema sobre la misma materia manifestado a través de sus dictámenes, que en virtud de lo dispuesto en la Ley Nº 10.336 sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República son obligatorios para los órganos de la Administración del Estado, entre los que se encuentran las Municipalidades.

*Sexto:* Que si bien la Contraloría puede sostener opiniones que no concuerden con los fallos de los tribunales superiores de justicia, es necesario distinguir entre diversos tipos de dictámenes, como lo ha hecho esta Corte Suprema en sentencia de fecha 12 de enero de 2012 en recurso de protección Rol Nº 10.499-2011, en cuyos considerandos quinto y sexto se expresó: “Que la cuestión jurídica ventilada en estos autos se refiere en primer lugar a si es procedente por la vía de un recurso de protección revisar las actuaciones de la Contraloría General de la República. Al respecto necesario es señalar que en principio no puede quedar excluida del recurso de amparo de garantías constitucionales la actuación del órgano fiscalizador, sin perjuicio de formular algunas distinciones y precisiones en cuanto al control que en esta vía puede ejercerse. En efecto, a través del tiempo se han interpuesto recursos de protección en contra de las siguientes actuaciones de la Contraloría General de la República: dictámenes, resoluciones recaídas en sumarios administrativos sustanciados por órganos de la Administración o por la propia Contraloría, para obtener que se tome razón de un acto o cuestionando la toma de razón realizada, y por último del trámite de registro, existiendo muy pocos casos que se refieran a otras materias”.

“Que con respecto a los dictámenes de la Contraloría, y no obstante que la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, en su artículo tercero, los califica como actos administrativos y por lo tanto claramente recurribles por la vía jurisdiccional, puede distinguirse entre: dictámenes constitutivos de “decisiones”, que son verdaderos actos terminales; aquellos que pueden dar lugar a actos administrativos posteriores, que constituyen actos de trámite; y por último, dictámenes que no son creadores de derecho y que tienen por objeto instruir a la Administración respecto al alcance o interpretación que debe darse a algún precepto legal, tipo de dictámenes que no cabe dentro de la definición de acto administrativo de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que la alusión de su artículo tercero inciso sexto está referida, cuando habla de “dictámenes o declaraciones de juicio”, a actos o dictámenes de naturaleza particular, y aquellos son equivalentes a ver-

daderas circulares. Tratándose de estos últimos lo que puede afectar las garantías constitucionales es la aplicación que cada servicio de la Administración haga del dictamen, pero éste en sí mismo no produce tal efecto, salvo en cuanto pueda constituir una amenaza”.

El Dictamen N° 648 de 11 de enero de 2012, calificado en autos en todo momento como oficio, pero que técnicamente constituye un dictamen, no obstante provenir de un Contralor Regional y no del Contralor General, al ordenar la devolución de los fondos percibidos por cobro de patente y por multas cursadas, constituye un acto administrativo terminal que produce efectos jurídicos precisos obligando a la Municipalidad, y no emitiendo solamente una opinión sobre el alcance o interpretación que debe darse a un precepto legal.

*Séptimo:* Que, en todo caso, la Contraloría General de la República en su actuación debe respetar la Constitución y la ley y se encuentra sometida al principio de legalidad, correspondiendo a los tribunales de justicia verificar y ejercer el control jurisdiccional de sus actos a través de las acciones contencioso administrativas que se interpongan.

Siendo la materia a que se refiere el presente recurso de protección un tema de derecho tributario, esto es de derecho administrativo especial, en el análisis de la legalidad deben considerarse tanto las normas de derecho positivo como aquellos aspectos que constituyen la base del derecho administrativo, como es el caso de la jurisprudencia. Al respecto, debe dejarse establecido una vez más que la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo, por lo que si ella establece –interpretando la ley– que las sociedades de inversión deben pagar patente municipal, este criterio jurisprudencial constituye fuente del derecho y como tal integra el denominado bloque de la legalidad, siendo obligatoria para el ente contralor; naturaleza de la que carecen los dictámenes de la Contraloría, que son únicamente constitutivos “de la jurisprudencia administrativa” como señala el artículo 6° inciso final de su Ley Orgánica.

*Octavo:* Que de acuerdo a lo expuesto, siendo ilegal el Dictamen N° 648 de 11 de enero de 2012 emanado de la Contraloría Regional de Valparaíso, por contravenir lo dispuesto en los artículos 23 y 24 del Decreto Ley N° 3.063 sobre Rentas Municipales interpretados en la forma que lo ha hecho la jurisprudencia de la Corte Suprema y vulnerar el derecho de propiedad que sobre los tributos y multas que debidamente la Municipalidad recurrente ya había percibido, el presente recurso deberá ser acogido.

*Noveno:* Que, por último, es necesario dejar establecido que la prohibición contenida en el artículo 6° inciso tercero de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de intervenir o informar en asuntos “que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia,” no afecta a la situación materia del presente recurso de protección, por cuanto dicha prohibición debe entenderse necesariamente que se refiere sólo a materias específicas que están siendo discutidas en un juicio determinado y a aquellas en que la ley expresamente indica que deben ser resueltas únicamente por los tribunales, como por ejemplo en materia de reclamo del monto provisional de una expropiación de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto Ley N° 2.186 que entrega a los tribunales la determinación definitiva del monto y en que la Contraloría no podría informar frente a un reclamo de un expropiado, por ser un asunto “propiamente de carácter litigioso”, sin perjuicio incluso en este caso de las facultades de fiscalización que no corresponden a lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley Orgánica de la Contraloría; interpretación que se aviene con el estado actual del contencioso administrativo en que los tribunales de justicia se han reconocido amplia jurisdicción para el conocimiento de todo asunto de esta naturaleza, a diferencia de la situación al momento de establecerse la prohibición.

Una interpretación contraria pondría en contradicción la norma señalada del artículo sexto de la Ley Orgánica de la Contraloría con gran parte de las facultades que la misma ley le entrega, lo que carecería de toda lógica y de la necesaria interpretación armónica de sus preceptos.

De conformidad, asimismo, con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se confirma la sentencia apelada de diecinueve de marzo de dos mil doce, escrita a fojas 46.

Se previene que el Abogado Integrante señor Gorziglia concurre al acuerdo teniendo únicamente presente que en caso sub lite el giro del contribuyente expresado en su objeto social importa una actividad lucrativa de carácter comercial como son, entre otras, las operaciones de importaciones y de exportaciones. Por tanto, no se trata en la especie de una sociedad de inversiones meramente pasiva cuyo tratamiento tributario, a juicio de quien previene, es diferente tanto frente a la tributación fiscal interna como a la de la Ley de Rentas Municipales.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Pierry y de la prevención, su autor.

Rol N° 2791-2012.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Sonia Araneda B., Sra. María Eugenia Sandoval G. y el Abogado Integrante Sr. Arnaldo Gorziglia B. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, la Ministra señora Araneda por haber cesado en sus funciones. Santiago, 03 de julio de 2012.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excm. Corte Suprema.

En Santiago, a tres de julio de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

### 2.5.3. CONTROL POLÍTICO

#### MATERIA

IMPOSICIÓN DE EXIGENCIAS DE INFORMACIÓN AL EJECUTIVO EN LEY DE PRESUPUESTO

#### ÓRGANO COMPETENTE

Tribunal Constitucional

*Tipo de recurso:* Inconstitucionalidad Proyecto de Ley (art. 93 N° 3 CPR)

*Rol:* 1867

*Fecha:* 30.12.2010

*Resultado recurso:* Acogido en relación a la glosa 9 impugnada y rechazado en relación a las glosas 5 y 6.

*Ministros mayoría:* Raúl Bertelsen Repetto, Enrique Navarro, Iván Acróstica Maldonado, José Antonio Viera-Gallo, Marcelo Venegas Palacio, Mario Fernández Baeza sólo respecto a la glosa 9, Marisol Peña Torres, Carlos Carmona Santander, Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes respecto a las glosas 5 y 6.

*Ministros minoría:* Marcelo Venegas Palacio y Mario Fernández Baeza quienes estuvieron por acoger el requerimiento en su totalidad.

Hernán Vodanovic Schnake, Marisol Peña Torres, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander en relación a lo resuelto respecto de la glosa 9.

*Ministro redactor:* Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney.

*Requerentes:* Senadores Jovino Novoa Vásquez, Andrés Chadwick Piñera, Juan Antonio Coloma Correa, José García Ruminot, Antonio Horvath Kiss, Hernán Larraín Fernández, Pablo Longueira Montes, Evelyn Matthei Fonet, Jaime Orpis Bouchon y Víctor Pérez Varela.

#### DESCRIPTORES

Ley de Presupuestos – Idea Matriz, Iniciativa Exclusiva del Presidente de la República, Régimen Presidencial – Administración Financiera del Estado – Compromiso Presidencial, Deberes de Información – Principio de la Transparencia – Preparación del Presupuesto.

#### PRINCIPIO JURÍDICO

En la Ley de Presupuestos se pueden imponer deberes de información al Presidente de la República ante el Congreso.

#### LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 8°, 19 N° 21, 24, 32 N° 20 y 65 CPR; Art. 24 Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional; Ley N° 18.918 que modifica LOC Congreso Nacional con el objeto de dar carácter permanente a la Comisión Especial Mixta de Presupuesto; Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública; Art. 6° D.L. N° 1.263/1975 Orgánico de Administración Financiera del Estado.

#### DISPOSICIÓN CUYA INCONSTITUCIONALIDAD SE SOLICITA

Glosa 5, 6 y 9 del proyecto de ley de presupuestos del Sector Público para el año 2011. La glosa 9 dispuso que la distribución de fondos de seguridad ciudadana a las comunas se hará en consideración al nivel de victimización exhibida por cada una de éstas en la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana realizada por el INP en el año inmediatamente anterior.

Las glosas 5 y 6 establecen que a más tardar el 31 de marzo de 2011 la Subsecretaría de Hacienda deberá informar al Congreso sobre el cumplimiento de los compromisos presidenciales de extender el descanso de maternidad hasta seis meses después del parto y de eliminar el 7% de cotización de salud para los pensionados del país.

#### PREGUNTA JURÍDICA

¿Puede el Congreso Nacional imponer en la ley de presupuestos exigencias de información al Ejecutivo sobre el cumplimiento de compromisos presidenciales?

#### DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Diez senadores interpusieron un requerimiento solicitando la declaración de inconstitucionalidad de las glosas 5, 6 y 9 contenidas en el proyecto de ley de presupuesto del Sector Público para el año 2011.

Dichas glosas fueron incorporadas por indicación de diputados durante la tramitación del proyecto.

#### ALEGACIONES

Los requirentes sostuvieron que las glosas 5, 6 y 9 serían inconstitucionales al haber sido incorporadas al proyecto de ley de presupuesto por indicaciones, vulnerándose de esta forma la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, y que además el contenido de estas glosas excedería la idea matriz del mismo proyecto que consiste en regular el cálculo e ingresos y la autorización financiera del Estado.

En sus observaciones al requerimiento el Presidente de la República solicitó acoger la acción, agregando a lo ya señalado por los parlamentarios que lo establecido en las glosas supone una extralimitación de las atribuciones del Congreso, lo que alteraría el régimen presidencial y el sistema de frenos y contrapesos entre las distintas funciones del Estado que se contemplan en la Constitución. Refiriéndose específicamente a la inconstitucionalidad de la glosa 9 señaló que esta vulnera los principios de eficiencia, eficacia y probidad que rigen la actuación de los órganos de la Administración del Estado, debido a que el Instituto Nacional de Estadísticas no tendría las competencias específicas para ejercer la función atribuida en la glosa, además de que se estaría autorizando al Estado a realizar actividades económicas sin los resguardos previstos en el artículo 19 N° 21.

#### APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

La CPR establece que ciertas materias legislativas únicamente pueden ser de iniciativa del Presidente de la República, las cuales son enumeradas fundamentalmente en el

artículo 65. Entre ellas se encuentra la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos (C. 7).

El artículo 24 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional dispone que “En la tramitación de proyectos de ley los miembros del Congreso Nacional no podrán formular indicación que afecte en ninguna forma materias cuya iniciativa corresponda exclusivamente al Presidente de la República, ni siquiera para el mero efecto de ponerlas en su conocimiento”. De ahí que las materias de iniciativa exclusiva no sólo importen la imposibilidad de que los parlamentarios ingresen proyectos de ley sobre tales materias, sino también la imposibilidad de que éstos presenten indicaciones que incidan en ellas (C. 14).

El D.L. N° 1.263, de 1975, sirve para precisar el concepto de administración financiera o presupuestaria del Estado usado por la Constitución, el cual va más allá de lo monetario y cambiario. Su artículo 6° establece que: “Se entiende por administración de fondos, para los efectos de este decreto ley, el proceso consistente en la obtención y manejo de los recursos financieros del Sector Público y de su posterior distribución y control, de acuerdo a las necesidades de las obligaciones públicas, determinadas en el presupuesto” (C. 16).

La glosa 9 de la Ley de Presupuestos para 2011, aprobada por el Congreso Nacional, corresponde a una materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República toda vez que se refiere a la forma en que han de distribuirse los fondos de seguridad ciudadana previstos para la realización de la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (C. 17 y 18).

En cuanto a la impugnación de las glosas 5 y 6 debe precisarse que éstas establecen una obligación para la Subsecretaría de Energía que consiste solamente en informar. Dicha información no es vinculante ni para el Ejecutivo ni para el Congreso. Las glosas reconocen expresamente que tanto la extensión del descanso de maternidad como la eliminación del 7% no son obligaciones, sino un “compromiso presidencial”. Los proyectos de ley que su ejecución pueda conllevar, son de iniciativa exclusiva del Ejecutivo (C. 25).

También es necesario realizar algunas precisiones sobre el presupuesto. Se trata de una ley especial que constituye uno de los principales instrumentos de política económica de un gobierno. Como consecuencia de que al Presidente se le encarga el gobierno y la administración del Estado, el Ejecutivo goza de enormes poderes respecto a la Ley de Presupuesto. Por otro lado, la aprobación de esta ley es un ejercicio de negociación política que tiene dos etapas, una se lleva a cabo antes de su envío al Congreso donde la Dirección de Presupuesto juega un rol central, y una segunda etapa que se lleva a cabo entre el Ejecutivo y el Congreso Nacional. Ahora bien, respecto a esta segunda etapa, producto de este ejercicio de negociación y a pesar de las enormes potestades del Ejecutivo, el Congreso Nacional ha logrado avanzar en materia de información del gasto público. En efecto, progresivamente nuestro ordenamiento jurídico ha es-

tablecido mayores deberes de información a favor del Congreso Nacional en materia presupuestaria (C. 26 a 28).

De esta forma junto a los clásicos principios que regulan el presupuesto (legalidad, equilibrio presupuestario, preponderancia del Ejecutivo, anualidad, unidad, universalidad y especialidad) existe ahora el de transparencia, que obliga al Ejecutivo entregar cierta información de la ejecución presupuestaria al Congreso Nacional. Que dicho principio ha sido instaurado paulatinamente, en las sucesivas leyes de presupuesto o en modificaciones legales específicas, siendo ejemplos de ello la incorporación permanente de la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, hecha por la Ley N° 19.875; o la remisión al Congreso Nacional de los informes de evaluación de programas sociales, de fomento productivo y desarrollo institucional que se determinen año a año, contemplada por la Ley N° 19.896. Este principio revela una tendencia que se enmarca dentro del giro que significó la reforma constitucional del 2005 para los órganos del Estado, con la instauración del artículo 8°. Esto obliga a la publicidad de sus actuaciones. Complementando dicha regulación, la Ley N° 20.285 configuró un derecho de acceso a la información pública, que puede invocar cualquier persona. Si bien este derecho es configurado por el legislador respecto a la relación que deben tener con las personas los órganos del Estado, ello no obsta a que la publicidad y la transparencia también sean predicables respecto de las relaciones entre órganos del Estado. Que, además, dicha instauración revela un proceso de negociación entre el Congreso y el Ejecutivo extremadamente delicado que el Tribunal, por el principio de corrección funcional, no puede romper, pues revela un equilibrio en el sistema de frenos y contrapesos diseñado conjuntamente por ambos órganos (C. 30 a 32).

Precisado lo anterior y en relación a la primera objeción que se formula en el requerimiento respecto a que las glosas excederían la idea matriz del presupuesto, debe atenderse a que ambos compromisos contemplados en las glosas implican, de materializarse, proyectos de ley. Esto supone estudios, informes, destinación de personal a su elaboración, es decir, implican gastos. Gastos e ingresos son parte de la idea matriz del presupuesto. Además la propia Ley de Presupuestos contiene un artículo (el 15) que obliga a la Dirección de Presupuestos a proporcionar una serie de informes y documentos a las Comisiones de Hacienda del Senado y de la Cámara de Diputados y a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos. La obligación de entregar información está incorporada, entonces, en la idea matriz del presupuesto (C. 35 y 36).

En segundo lugar, tampoco las glosas impugnadas afectan la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, porque el deber de información que se establecen en estas no es radicalmente distinto del establecido a favor de la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, la que puede “solicitar, recibir, sistematizar y examinar la información relativa a la ejecución presupuestaria”. En este sentido, no es una atribución innovativa, que modifique radicalmente el ordenamiento jurídico vigente. La solicitud de

información del Congreso Nacional al Ejecutivo no es un asunto materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Además estos deberes de información no implican una intervención en la administración de las finanzas públicas que le corresponde al Presidente de la República (artículos 24 y 32 N° 20). No obligan a nada distinto que no sea transferir dichos antecedentes, ni siquiera dicha información vincula al Congreso o al Ejecutivo (C. 40 y 41).

En tercer lugar las glosas impugnadas no quebrantan el régimen presidencial toda vez que este régimen es configurado a nivel constitucional, no a nivel presupuestario. Los elementos centrales del régimen presidencial permanecen incólumes, las glosas sólo obligan a informar sobre ciertos compromisos programáticos, no obligan a materializarlos o a llevarlos a cabo dentro del año presupuestario. Además existen peticiones de información en materia presupuestaria en la Constitución y distintas leyes que no desvirtúan el régimen presidencial y que han sido validados por el Tribunal (C. 46 y 47).

### CONCLUSIÓN

El Congreso puede imponer exigencias de información al Ejecutivo en la ley de presupuesto en relación al cumplimiento de compromisos presidenciales toda vez que se ha instaurado en nuestro sistema como principio que regula el presupuesto el de transparencia. Este principio ha sido el resultado de un delicado proceso de negociación entre el Congreso y el Ejecutivo que el Tribunal, por el principio de corrección funcional, no puede romper, pues revela un equilibrio en el sistema de frenos y contrapesos diseñado conjuntamente por ambos órganos.

No se excede la idea matriz del proyecto de ley de presupuesto porque los compromisos presidenciales necesariamente implicarán gastos, además que la idea de entregar información al Congreso en la ejecución de la ley de presupuesto está incorporada en el proyecto. Tampoco se afecta la iniciativa exclusiva o el régimen presidencial establecido en la Constitución toda vez que las disposiciones impugnadas sólo imponen obligaciones de informar.

### IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Con esta sentencia el TC profundiza la idea de legitimidad de la Ley de Presupuestos como entidad de contenido regulatorio independiente y propio que ya había señalado en el caso Rol 254 (incorporado en el presente libro).

En esta sentencia el TC explícita el rol que tiene la Ley de Presupuestos como mecanismo de control del Gobierno, lo que ha dado origen a la denominada “batalla por el gasto público”.

Como se podrá ver la Ley de Presupuestos ha dejado de ser sólo un instrumento de asignación de ingresos y gastos, y se ha transformado en la más importante de las leyes que se discuten anualmente en el Congreso, donde está en juego el control y la rendición de cuentas del Gobierno.

TEXTO COMPLETO

Santiago, treinta de diciembre de dos mil diez.

VISTOS:

Mediante presentación de fecha 30 de noviembre de 2010, complementada por la ingresada el día 7 de diciembre del mismo año, un grupo de 10 senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de esa Corporación, han deducido ante esta Magistratura un requerimiento para que se declaren inconstitucionales “la Glosa 09, introducida por la Cámara de Diputados y aprobada por el Senado, mediante la indicación N° 8 a la Partida 05 (Ministerio del Interior), Capítulo 01, Programa 05 (Programa de Seguridad y Participación Ciudadana), denominada “Encuesta INE” y “las Glosas N° 05 y 06, introducidas mediante indicación N° 29 A y 29 B, respectivamente, en la Cámara y aprobadas por el Senado, a la Partida 08 (Ministerio de Hacienda), Capítulo 01, Programa 01; denominadas compromisos sobre ampliación del postnatal y eliminación de la cotización de salud del 7% de los pensionados”, todas ellas contenidas en el proyecto de ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2011 (Boletín 7226-05).

La nómina de senadores requirentes es la siguiente: Jovino Novoa Vásquez (designado como representante), Andrés Chadwick Piñera, Juan Antonio Coloma Correa, José García Ruminot, Antonio Horvath Kiss, Hernán Larraín Fernández, Pablo Longueira Montes, Evelyn Matthei Fornet, Jaime Orpis Bouchon y Víctor Pérez Varela.

A fojas 295 de los autos consta que el día 30 de noviembre de 2010 el Tribunal puso en conocimiento de S.E. el Presidente de la República la acción deducida.

Las glosas cuya constitucionalidad se cuestiona en este proceso disponen:

“09. La encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC) que deberá realizarse anualmente por el Instituto Nacional de Estadísticas.

La distribución de los fondos de seguridad ciudadana a las comunas, se hará en consideración al nivel de victimización exhibida por dicha comuna en la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) en el año inmediatamente anterior”...

“05. A más tardar el 31 de marzo de 2011 la Subsecretaría de Hacienda deberá informar a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos sobre las líneas de acción desarrolladas, el cronograma de implementación y aspectos técnicos generales, que estén dentro del marco de sus competencias, relacionados con el cumplimiento del compromiso presidencial de extender el descanso de maternidad hasta seis meses después del parto”.

“06. A más tardar el 31 de marzo de 2011 la Subsecretaría de Hacienda deberá informar a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos sobre las líneas de acción desarrolladas, el cronograma de implementación y aspectos técnicos generales, que estén dentro del marco de sus competencias, relacionados con el cumplimiento del compromiso presidencial de eliminar el 7% de cotización de salud para los pensionados del país”.

Los requirentes expresamente señalan que la eventual inconstitucionalidad de las aludidas glosas se fundamenta en el hecho de que fueron incorporadas al proyecto de ley de que se trata, en el primer trámite constitucional, por indicaciones de los diputados que se mencionan y no por la vía idónea prevista en la Ley Fundamental, vulnerándose, de esta forma, la iniciativa legislativa exclusiva del Presidente de la República y excediéndose, además, la idea matriz del mismo proyecto de ley, ambas cuestiones reguladas constitucionalmente.

Antes de entrar al fondo de la cuestión de constitucionalidad que se somete al conocimiento y resolución de este Tribunal, y como consideraciones de carácter general los requirentes se refieren en detalle a la tramitación legislativa de las reglas cuestionadas y a la oportunidad y forma en que diversos senadores formularon reserva de inconstitucionalidad a su respecto. Desarrollan también las características y principios básicos del régimen presupuestario indicando, en síntesis, que la Ley de Presupuestos sería una norma de carácter “temporal” y “sui generis” que tiene un contenido preciso y específico definido en la Constitución Política –en el artículo 67– y en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. Se hace alusión, asimismo, al contenido del Mensaje con el que se inició la tramitación de este proyecto de ley, que contiene 24 artículos que, siguiendo las ideas matrices de esta clase de legislación, regulan el cálculo de ingresos y la autorización de gastos relativa a la ejecución del presupuesto y a la administración financiera del Estado. En este punto, recuerdan los requirentes que esta Magistratura Constitucional ha declarado que las expresadas constituyen las ideas matrices del proyecto de ley de Presupuestos del Sector Público, en su sentencia Rol 1005, de 2007 (considerando 12º).

Luego hacen hincapié en que como prioridades del correspondiente ejercicio presupuestario, el Mensaje definió las siguientes: a) Poner acento en el gasto social; b) Reforzar la seguridad ciudadana; c) Fortalecer a las regiones, y d) Poner un especial énfasis en la inversión.

Refiriéndose al deber de información que pesa sobre la Administración del Estado hacia el Congreso Nacional en materia presupuestaria y financiera, los requirentes, a su vez, aducen que “mediante glosas específicas, insertas en las distintas partidas de la ley de Presupuestos, se exigen (sic) a los diferentes ministerios entregar periódicamente a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos (en su mayoría en forma trimestral) información respecto de los beneficiarios de diferentes programas, criterios de elección de éstos, monto de recursos asignados y la modalidad de asignación, individualización de proyectos beneficiados y de personas o entidades ejecutoras, y la distribución a nivel regional y comunal de los recursos ejecutados”. De esta forma, indican, lo que se le exige a la Administración es informar en materias ligadas exclusivamente con “el grado y forma de ejecución del gasto estimado en la respectiva ley”, lo que excluiría otro tipo de aspectos, como podrían ser las “promesas” o los “compromisos” de carácter político, que son adquiridos por “las autoridades del Ejecutivo”, pero que no tienen expresión o carácter normativo y que incluso pueden contemplar asuntos ajenos a la idea matriz y a la naturaleza de la ejecución presupuestaria.

Entrando al fondo de la cuestión que se plantea en el requerimiento de autos, los senadores requirentes plantean que las glosas impugnadas presentan los siguientes vicios de inconstitucionalidad de forma:

En primer lugar, se afirma que aquéllas excederían la idea matriz del proyecto de ley de que se trata, incumpliendo así lo dispuesto en el artículo 69 de la Carta Fundamental.

En esta parte del requerimiento se efectúa una síntesis de los pronunciamientos que esta Magistratura Constitucional ha emitido en torno al concepto de idea matriz del proyecto de ley de presupuestos, partiendo con la referencia a la sentencia de 19 de enero de 1972 y continuando con la más reciente dictada en el Rol 1005, de 24 de diciembre de 2007. Acuden, también, a la cita de doctrina especializada y de normas atinentes contenidas en el Decreto Ley N° 1.263, de 1975 (artículo 9º, entre otros).

Tomando esos antecedentes como base, señalan que el Presupuesto del Sector Público constituye “un cálculo anticipado de los ingresos y gastos de la nación” para el período de un año y que ésta, además, sería la idea matriz del proyecto de ley por medio del cual aquél se debe aprobar. Añaden que esa idea matriz o fundamental, a diferencia de la de otra clase de legislación, no es de libre determinación, sino que se encuentra fijada y circunscrita por la Constitución, en su artículo 67.

En razón de lo anterior concluyen que las glosas 05 y 06 impugnadas infringen la idea matriz de la Ley de Presupuestos prevista en la Constitución, pues no se encuentran referidas directamente a los ingresos o gastos públicos, sino que consagran un deber de informar relacionado con el cumplimiento de normas que tampoco tienen el carácter de disposiciones legales concretas y que se refieren a ciertos compromisos o metas programáticas asumidas por el Jefe de Estado para ser cumplidas durante su mandato, como son el de extender el descanso maternal hasta 6 meses después del parto y la eliminación del 7% de la cotización de salud para los pensionados. De esta forma, a juicio de los requirentes, se estaría utilizando indebidamente el proyecto de ley en examen como instrumento de control del cumplimiento de promesas asumidas por las autoridades políticas del país.

Se aduce asimismo que siendo el de Presupuestos un proyecto de ley que da origen a una ley anual, conforme a lo dispuesto en la Constitución, las glosas cuestionadas no debieran regular materias relacionadas con políticas públicas que se encuentran recogidas en otros cuerpos legales de carácter permanente, como efectivamente lo hacen. Se pone de relieve, en este aspecto, que cualquier iniciativa legislativa que diga relación con el permiso post natal, al que alude la glosa N° 05 impugnada, debiera verificarse en el ámbito del Código del Trabajo y del Decreto con Fuerza de Ley N° 44, del Ministerio del Trabajo, de 1978, que establece el cálculo de subsidios, topes, requisitos de afiliación y cotización. Y, a su vez, cualquier proyecto de ley referido al 7% de cotización de salud debiera abordarse dentro de la regulación contenida en el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, en relación con el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005.

El segundo vicio de inconstitucionalidad de forma que denuncian los senadores requirentes consiste en que, al haber tenido origen en indicaciones parlamentarias que inciden en la administración financiera del Estado, en la modificación de normas de seguridad social y en la determinación de nuevos deberes y potestades para ciertos órganos públicos, las glosas impugnadas invadirían el ámbito de materias de iniciativa legislativa exclusiva presidencial, previsto en el inciso tercero y en los numerales 2° y 6° del inciso cuarto del artículo 65 de la Carta Fundamental.

Consta en autos que el requerimiento en examen fue admitido a tramitación por el Tribunal mediante resolución dictada el 9 de diciembre de 2010. Con fecha 7 de diciembre de 2010 ingresó al Tribunal una presentación suscrita por un grupo de 9 diputados en la que se solicitó al Tribunal declarar inadmisibles el requerimiento, argumentando su extemporaneidad.

Teniendo presente las consideraciones hechas valer en dicho escrito y examinada la acción deducida conforme a las exigencias constitucionales y legales pertinentes, por resolución fechada el 14 de diciembre pasado, el Tribunal declaró admisible el requerimiento formulado en autos y dispuso ponerlo en conocimiento del Presidente de la República, del Senado y de la Cámara de Diputados para que, dentro del plazo previsto en el artículo 67, inciso segundo, de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, hicieran llegar sus observaciones y los antecedentes que estimaren necesarios.

El Presidente de la República, en escrito de 19 de diciembre de 2010, suscrito, además, por el señor Ministro Secretario General de la Presidencia, formuló observaciones y acompañó antecedentes solicitando acoger la acción planteada. A su vez, como consta a fojas 899, el Tribunal ordenó tener presente las consideraciones que hizo valer la Cámara de Diputados, representada por su Presidenta, en escrito ingresado el día 20 de diciembre del año en curso, con el objeto de fundar la petición de que el requerimiento en examen sea rechazado en definitiva.

#### OBSERVACIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA A FAVOR DEL REQUERIMIENTO MATERIA DE ESTE PROCESO CONSTITUCIONAL.

En su presentación el Jefe de Estado, básicamente, apoya la argumentación que han hecho valer los honorables senadores requirentes para justificar las inconstitucionalidades de forma que afectarían

a las glosas del proyecto de ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2011 que se han impugnado en el libelo y agrega que, a su juicio, también se configurarían vicios de inconstitucionalidad de fondo.

En concreto, en cuanto a las Glosas 05 y 06, denominadas ampliación del postnatal y supresión del 7% de salud de los pensionados, respectivamente, el Jefe del Estado sostiene que el deber de información que ellas establecen configura una extralimitación de atribuciones por parte del Congreso Nacional, en cuanto se entromete en las funciones que son propias del Presidente de la República en su calidad de “más poderoso colegislador” y de Jefe del Gobierno y de la Administración del Estado. En este sentido, se denuncia que las referidas glosas admiten que el Congreso Nacional intervenga en la formulación y en el diseño de políticas públicas, lo que sólo compete al Presidente de la República con la colaboración de sus Ministros de Estado, conforme a lo establecido en los artículos 24 y 33 constitucionales. Con ello se alteraría, asimismo, el régimen presidencial y el sistema de frenos y contrapesos entre las distintas funciones del Estado que se contemplan por la Carta Fundamental.

En segundo lugar, el Ejecutivo plantea que estas glosas “se han saltado” la etapa de formulación y discusión que es propia del procedimiento que ha de seguir el Presupuesto de la Nación y que se encuentra a cargo de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda.

En cuanto concierne a la Glosa 09, que ordena, como ya se ha señalado, que la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana que el Ministerio del Interior debe practicar para determinar el nivel de victimización de los habitantes de cada comuna, para efectos de la asignación de recursos prevista en el respectivo programa, deba efectuarse por el Instituto Nacional de Estadísticas, el Presidente de la República denuncia que su inconstitucionalidad obedece a que, por una parte, vulnera los principios de eficiencia y eficacia que rigen la actuación de los órganos de la Administración del Estado, conforme a lo establecido en los artículos 3º, 5º y 62, Nº 8º, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en relación con el inciso primero del artículo 8º de la Ley Fundamental, que consagra el principio de probidad.

Lo anterior, ya que el mencionado organismo público no tendría las “competencias específicas” para ejercer esa función, si se atiende a lo normado en el artículo 2º de su Ley Orgánica, contenida en la Ley Nº 17.374, y, además, denuncia que la ejecución de dicha tarea distraería recursos públicos, humanos y materiales, siempre escasos. En este punto, se pide considerar que durante la tramitación del proyecto de ley de que se trata, el Ejecutivo, sin éxito, tuvo la intención de incorporar una norma que establecía la externalización del desarrollo de esta encuesta, a antes privados previa competencia verificada dentro de un proceso de licitación, lo que, precisamente, perseguía optimizar el uso de los recursos públicos.

Por otra parte, se plantea que la Glosa 09 estaría viciada de inconstitucionalidad, toda vez que autorizaría al Estado para la realización de una actividad económica, pero sin los resguardos previstos en el artículo 19, Nº 21º, de la Carta Fundamental; en concreto, sin que esta materia se regule por ley aprobada con quórum calificado.

#### OBSERVACIONES DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS EN CONTRA DEL REQUERIMIENTO DEDUCIDO EN ESTOS AUTOS:

En su presentación, la Cámara de Diputados se refiere, en términos generales, a los caracteres del Presupuesto de la Nación como instrumento de planificación y programación, al carácter estimativo del presupuesto que converge en la flexibilidad en su ejecución y, también, a la Ley de Presupuestos propiamente tal, haciendo hincapié en su naturaleza especialísima, por su contenido y por las reglas que determinan su tramitación.

Alude también esa Corporación al concepto de “idea matriz” de un proyecto de ley, el cual, indica, se extrae del Texto Constitucional, de los “requisitos técnicos materiales que debe cumplir el acto legislativo para asegurar su eficacia y conveniencia”, como también de la jurisprudencia emanada de esta Magistratura Constitucional (STC de 19 de enero de 1972 y roles N°s. 254, 410 y 768).

En síntesis, expresa que la idea matriz o fundamental se incorporó al ordenamiento constitucional por la reforma aprobada en el año 1970, como una forma de evitar las llamadas “leyes misceláneas” y, en cuanto a su concepto, éste sería de carácter amplio y comprensivo de la representación intelectual del asunto que se quiere abordar o problema que se desea resolver con el proyecto de ley; por ende, la idea matriz, a juicio de la Cámara de Diputados, debe estar contenida en el Mensaje o Moción, respectivos. A su vez, argumenta que si las adiciones o indicaciones que se formulan durante la tramitación del proyecto de ley deben relacionarse y ajustarse a esta idea matriz en la forma de una “relación causal sincera”, ellas también han de considerarse para determinar cuál es la idea matriz propia del proyecto de ley de que se trate. Se agrega que para la determinación de la idea matriz de un proyecto de ley también habrá que acudir a la discusión general del mismo proyecto en que se apruebe la idea de legislar en la respectiva Cámara o al fundamento del veto presidencial si existiere y, en fin, a todo antecedente legislativo en que ella se deduzca.

La Cámara de Diputados también se refiere a la obligación de entrega de información que pesa sobre los órganos de la Administración del Estado, que se contiene en las leyes de presupuestos, la cual sería una concreción legal del principio constitucional de publicidad de las actuaciones públicas consagrado en el inciso segundo del artículo 8° de la Ley Suprema.

Refiriéndose al fondo de la cuestión debatida en este proceso, el organismo afirma que las tres glosas del proyecto de ley de Presupuestos que se impugnan por los honorables senadores que suscriben el requerimiento se inscriben dentro del referido principio de publicidad e inciden directamente en dos de las cuatro prioridades que tiene el mismo proyecto, según el Mensaje que inició su tramitación legislativa: la seguridad ciudadana y la salud y, por consiguiente, no serían contrarias a la Carta Fundamental.

En particular, respecto de la Glosa 09 sobre seguridad pública, se señala que la realización de la encuesta de que se trata por parte del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) no fija una atribución o función a este organismo público ni tampoco interferiría en la disposición del gasto público, por cuanto el deber y la facultad de realizar encuestas ya se encuentran radicados en el mismo ente administrativo por disposición legal precisa contenida en la letra d) del artículo 2° de la Ley N° 17.374 –orgánica de la entidad–. También se sostiene que esta Glosa debe ser analizada en conjunto con la signada con el N° 8, que hace expresa mención a la victimización de los habitantes de la comuna, según datos que refleje la encuesta en cuestión realizada por el mismo Instituto.

Sobre las glosas 05 y 06, de la Partida 08 Ministerio de Hacienda, también cuestionadas en este proceso, la Cámara de Diputados expresa que éstas no hacen más que determinar la entrega de información, por parte de los entes públicos competentes, sobre dos materias que han estado presentes tanto en el programa del actual gobierno como en la exposición sobre el estado de la Nación que el Presidente de la República realizó ante el Congreso Nacional el pasado 21 de mayo. También tratan temas prioritarios del proyecto de ley de Presupuestos, conforme se declaró en su Mensaje. Por ello, no vulnerarían las ideas matrices o fundamentales del proyecto. El deber de información que establecen tales disposiciones que, como se ha señalado, responden a compromisos presidenciales, se inscribiría dentro de las normas sobre acceso a la información pública que buscan una mejor ejecución de los gastos y de la administración financiera del Estado; por lo tanto, la Cámara informante entiende que tales glosas no imponen, ni regulan y tampoco generan una iniciativa de gasto. Tampoco incidirían en materias de seguridad social, sino que lo que han

hecho los parlamentarios al formular la respectiva indicación al proyecto de ley es una “adición” conforme a la facultad que se les reconoce en el artículo 69 constitucional.

Se estima igualmente constitucional que el Congreso Nacional solicite información a la Administración del Estado, dentro del ejercicio presupuestario, ya que el acceso a la información pública tiene como objetivo el control de los gastos y, en particular, permite a ese organismo ejercer su rol como ente fiscalizador de los actos del gobierno, de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 de la Carta Fundamental.

Finalmente, el Órgano Legislativo pide a esta Magistratura tener presente que para el año 2011 el Presupuesto de la Nación contempla, en la Partida Tesoro Público, los recursos necesarios para financiar tanto proyectos de ley que se encuentran en actual tramitación legislativa como también los que se requieran para los proyectos que el Ejecutivo contempla tramitar durante el referido año. Y que las glosas impugnadas, justamente, buscan precisar si el Ejecutivo financiará con cargo a dichos recursos tanto el término del 7% de cotización de salud para los pensionados como el aumento a 6 meses del post natal, o lo hará con otras fuentes de financiamiento. Se aduce que estas mismas glosas fueron incorporadas en otras partidas del mismo proyecto de ley, siendo aprobadas por amplias mayorías, como aparece en la sesión 100ª, páginas 152 y 173, cuya acta se acompaña a la presentación.

VISTA DE LA CAUSA:

Habiéndose traído los autos en relación y, de conformidad con lo resuelto por el Tribunal a fojas 378, el día veintitrés de diciembre de dos mil diez se procedió a la vista de la causa, oyéndose la relación y, previo anuncio escrito, los alegatos de la abogada Olga Feliú Segovia, por los senadores requirientes.

PRÓRROGA DEL PLAZO PARA DICTAR SENTENCIA EN ESTE PROCESO CONSTITUCIONAL:

Por resolución fundada expedida el 23 de diciembre de 2010, el Tribunal amplió en diez días el plazo previsto en el inciso quinto del artículo 93 de la Constitución.

CONSIDERANDO:

I. Consideración previa:

*Primero.* Que, previamente, es preciso señalar que resulta innecesario entrar a dilucidar la naturaleza jurídica de las glosas de la Ley de Presupuestos, teniendo en cuenta su carácter complejo, dados los guarismos, partidas, ítems y demás clasificaciones presupuestarias que la conforman, por lo cual, para los efectos de resolver el presente conflicto constitucional, esta Magistratura estimará que las glosas forman parte de dicha ley y, por tanto, pueden ser objeto de requerimiento de inconstitucionalidad en los términos previstos en el N° 3° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución. Así se desprende, por lo demás, del fallo Rol 1005, de 2007, de este Tribunal, que señala en su considerando decimosegundo: “Que, como se aprecia, no hay obstáculo para que en la ley anual de presupuestos se incluyan normas sobre materias relativas a su ejecución o a la administración financiera del Estado”; este mismo Tribunal ha precisado que “la voz indicación, referida a un proyecto de ley, comprende, para la técnica legislativa, toda proposición tendiente a corregir o adicionar un proyecto durante la etapa de su discusión y aprobación”. (Sentencias roles 259 y 271). Las glosas impugnadas fueron introducidas como indicaciones parlamentarias y fueron tratadas como tales por el Congreso Nacional y por el Poder Ejecutivo;

II. Respecto de la impugnación planteada en contra de la glosa 09, partida 05 (ministerio del interior), capítulo 01, programa 05 (seguridad y participación ciudadana):

*Segundo.* Que, en primer lugar, este Tribunal resolverá el requerimiento respecto de lo planteado sobre la Glosa 09, Partida 05 (Ministerio del Interior), Capítulo 01, Programa 05 (Seguridad y Participación Ciudadana);

*Tercero.* Que, como ya se indicó en la parte expositiva de esta sentencia, la Glosa 09 impugnada dispone:

“La Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC) que deberá realizarse anualmente por el Instituto Nacional de Estadísticas.

La distribución de los fondos de seguridad ciudadana a las comunas, se hará en consideración al nivel de victimización exhibida por dicha comuna en la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) en el año inmediatamente anterior”;

*Cuarto.* Que, como consta en las actas de sesiones de la Cámara de Diputados, dicha Glosa 09 fue introducida por indicación N° 8 de los diputados señores Burgos, Harboe, Ortiz y Montes y de las diputadas señoras Sepúlveda y Pacheco, presentada en la Sala de la Cámara de Diputados, en Sesión N° 100. Asimismo, consta que dicha glosa, aprobada en la Cámara de Diputados luego de rechazarse la declaración de inadmisibilidad que había formulado la Presidenta de esa Corporación, dio origen a una indicación sustitutiva del Ejecutivo en el Senado, que fue rechazada. Al debatir la glosa 09 varios senadores hicieron expresa reserva de constitucionalidad;

*Quinto.* Que del análisis de la glosa impugnada se desprende que ella regula las siguientes materias: en primer lugar, establece quién deberá realizar la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana, ordenando que dicha tarea corresponderá al Instituto Nacional de Estadísticas; en segundo lugar, dispone la forma en que deberá efectuarse la distribución de los recursos de la Dirección de Seguridad Ciudadana del Ministerio del Interior, según el nivel de victimización de las comunas que arroje la encuesta del año anterior;

*Sexto.* Que, conforme al artículo 65 de la Constitución, las leyes pueden originarse por mensaje de Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros de la Cámara de Diputados o del Senado. Las mociones no pueden ser firmadas por más de diez diputados ni por más de cinco senadores. Carecen de iniciativa legislativa todos los demás órganos del Estado. Los órganos facultados para dar inicio a la discusión de un proyecto de ley pueden, por regla general, hacerlo respecto de la generalidad de las materias propias de ley;

*Séptimo.* Que, sin perjuicio de la regla general enunciada en el considerando anterior, la Constitución establece que ciertas materias legislativas únicamente pueden ser de iniciativa del Presidente de la República, las cuales son enumeradas fundamentalmente en el artículo 65. Entre ellas se encuentra la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos;

*Octavo.* Que las normas sobre iniciativa exclusiva son limitaciones constitucionales al proceso de formación de la ley, en orden a que sobre ciertas materias sólo el Presidente puede hacer propuestas legislativas, sea por la vía del mensaje, sea mediante indicaciones o formulando vetos, por lo que, como reglas de excepción de derecho estricto, deben ser interpretadas restrictivamente;

*Noveno.* Que la Constitución de 1925 consagraba la iniciativa exclusiva del Presidente de la República especialmente respecto de suplementos a partidas o ítems de la Ley General de Presupuestos. Al analizar los fundamentos de esta limitación a la iniciativa legislativa, la doctrina señala: “A poco andar el sistema legislativo diseñado por el constituyente de 1925, se advirtió que los parlamentarios no eran capaces de sustentar o apoyar una conducción económica pública unitaria. En efecto,

los intereses de cada congresal movían a promover iniciativas legales con impacto económico siguiendo las necesidades particulares de cada clientela política. Para un Poder Ejecutivo deseoso de invertir recursos fiscales en programas de desarrollo técnicamente planificados, este casuismo económico representaba el creciente alejamiento de la posibilidad de llevar adelante una gestión de gobierno exitosa. De allí que ya a mediados de los años treinta el Presidente comience a reclamar la aprobación de una reforma constitucional que acabe con la iniciativa económica de los parlamentarios”. (ALDUNATE L., EDUARDO; BRONFMAN V., ALAN, CORDERO Q., EDUARDO: Informe Final del Estudio “Actualización de Normas y Prácticas Parlamentarias”, encargado por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, 2009);

*Décimo.* Que la iniciativa exclusiva del Presidente de la República fue fortalecida en las reformas constitucionales de 1943, durante el mandato del Presidente Juan Antonio Ríos, que agregó a las materias de iniciativa exclusiva: 1) la alteración de la división política o administrativa del país; 2) la creación de nuevos servicios públicos o empleos rentados; y 3) la concesión o aumento de sueldos y gratificaciones al personal de la administración pública, de las empresas fiscales y de las instituciones semifiscales.

El Presidente Jorge Alessandri intentó ampliar su radio de acción, lo que sólo se logró por insistencia del Presidente Eduardo Frei Montalva en el año 1970, aprobándose una reforma constitucional en que las nuevas materias reservadas correspondían a: 1) suprimir, reducir o condonar impuestos o contribuciones de cualquier clase, sus intereses o sanciones, postergar o consolidar su pago y establecer exenciones tributarias totales o parciales; 2) fijar o modificar las remuneraciones y demás beneficios pecuniarios del personal de la administración del Estado, tanto centralizada como descentralizada; 3) fijar los sueldos o salarios mínimos de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos; 4) establecer o modificar los regímenes previsionales o de seguridad social; 5) conceder o aumentar, por gracia, pensiones u otros beneficios económicos; y 6) condonar las sumas percibidas indebidamente por concepto de remuneraciones u otros beneficios económicos, pensiones de jubilación, retiro o montepío o pensiones de gracia;

*Decimoprimer.* Que la Constitución de 1980 mantuvo, con algunos ajustes, las materias de iniciativa exclusiva. A ellas agregó las siguientes: 1) todos los proyectos que tengan relación con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos; 2) contratar empréstitos o celebrar otra clase de operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, de las entidades semifiscales, autónomas, de los gobiernos regionales o de las municipalidades, y condonar, reducir o modificar obligaciones, intereses u otras cargas financieras de cualquier naturaleza establecidas a favor del Fisco o de los organismos o entidades referidos; 3) establecer modalidades y procedimientos de la negociación colectiva y determinar los casos en que no se podrá negociar; 4) fijar normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento y concesión; 5) fijar las fuerzas de aire, mar y tierra que han de mantenerse en pie en tiempo de paz o de guerra, y las normas para permitir la entrada de tropas extranjeras en el territorio de la República, como, asimismo, la salida de tropas nacionales fuera de él;

*Decimosegundo.* Que, como se aprecia de la evolución constitucional reseñada, ha sido una constante desde el año 1925 que dentro de las normas sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República se incluyan las materias que implican gasto público y las que afectan la administración financiera del Estado;

*Decimotercero.* Que las normas constitucionales sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materias legislativas guardan estrecha relación con la forma como nuestra Carta Fundamental ha consagrado el régimen presidencial de Gobierno. Tales normas permiten resguardar,

asimismo, las esferas de competencia que la Constitución ha reservado para el Presidente de la República. En este sentido, se ha señalado que “el constituyente desea que todas las leyes que tengan un impacto económico en la vida nacional, sean iniciadas por quien tiene a su cargo ‘el gobierno y la administración del Estado’, quien es el Jefe de Estado: el Presidente de la República (art. 24)”. (FERMANDOIS V., ARTURO Y GARCÍA G., JOSÉ: “Origen del Presidencialismo Chileno: Reforma Constitucional de 1970, Ideas Matrices e Iniciativa Legislativa Exclusiva”, en Revista Chilena de Derecho. Vol. 36 N° 2, 2009, p. 297). Este punto adquiere particular relevancia tratándose de la Ley de Presupuestos, que contiene una estimación de los ingresos y gastos del sector público en un año determinado. La historia política y constitucional del país demuestra la importancia que tiene la discusión parlamentaria de esa ley al entrar en juego las atribuciones de ambos poderes colegisladores;

*Decimocuarto.* Que, por otra parte, las normas sobre iniciativa exclusiva previstas en la Constitución son hechas operativas por el artículo 24 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, que en sus incisos segundo y tercero señala: “No podrán admitirse indicaciones contrarias a la Constitución Política ni que importen nuevos gastos con cargo a los fondos del Estado o de sus organismos, o de empresas de que sea dueño o en que tenga participación, sin crear o indicar, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender a tales gastos.

En la tramitación de proyectos de ley los miembros del Congreso Nacional no podrán formular indicación que afecte en ninguna forma materias cuya iniciativa corresponda exclusivamente al Presidente de la República, ni siquiera para el mero efecto de ponerlas en su conocimiento. No obstante, se admitirán las indicaciones que tengan por objeto aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que haya propuesto el Presidente de la República”.

De ahí que las materias de iniciativa exclusiva no sólo importen la imposibilidad de que los parlamentarios ingresen proyectos de ley sobre tales materias, sino también la imposibilidad de que éstos presenten indicaciones que incidan en ellas;

*Decimoquinto.* Que, concordante con las disposiciones citadas, el artículo 46 de la Constitución prescribe que ambas ramas del Congreso Nacional “concurren a la formación de las leyes en conformidad a esta Constitución”, lo que resulta especialmente relevante para los trámites de aprobación de la Ley de Presupuestos, pues ella presenta características especiales. Como ha señalado este Tribunal, “la Ley de Presupuestos disminuye las atribuciones del Congreso y amplía las facultades colegisladoras del Presidente de la República” (C. 21°, STC Rol 254), según se puede desprender del artículo 67 de la Constitución;

*Decimosexto.* Que las materias sobre administración financiera o presupuestaria del Estado son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, conforme lo prescribe el inciso tercero del artículo 65 de la Constitución. Tal como lo recuerda Alejandro Silva Bascuñán, la Constitución actual no estableció explícitamente la necesidad de que se dictara una ley orgánica para fijar las bases del régimen presupuestario. Al hacerlo tuvo en cuenta la existencia del Decreto Ley N° 1.263, de 1975, sobre Administración Financiera del Estado, el cual ha sido modificado en dos oportunidades posteriores a 1990.

El Decreto Ley N° 1.263, de 1975, sirve para precisar el concepto de administración financiera o presupuestaria del Estado usado por la Constitución, el cual va más allá de lo monetario y cambiario. En su artículo 5° establece que: “El sistema presupuestario estará constituido por un programa financiero de mediano plazo y por presupuestos anuales debidamente coordinados entre sí.

Tanto en el programa financiero como en el presupuesto se establecerán las prioridades y se asignarán recursos globales a sectores, sin perjuicio de la planificación interna y de los presupuestos que corresponda cobrar a los servicios integrantes”.

Luego, su artículo 6º establece que: “Se entiende por administración de fondos, para los efectos de este decreto ley, el proceso consistente en la obtención y manejo de los recursos financieros del Sector Público y de su posterior distribución y control, de acuerdo a las necesidades de las obligaciones públicas, determinadas en el presupuesto.

El sistema antes citado operará sobre la base de recaudaciones y de asignaciones globales de recursos, las que se efectuarán a través de la Cuenta Única Fiscal, abierta en el Banco del Estado de Chile, formada por la cuenta principal y las subsidiarias.

La cuenta principal se destinará al ingreso de las recaudaciones y al egreso de los giros globales. Estos últimos deberán depositarse en las cuentas subsidiarias pertenecientes a los respectivos servicios”;

*Decimoséptimo.* Que corolario de lo razonado en los considerandos precedentes es que la Glosa 09 de la Ley de Presupuestos para 2011, aprobada por el Congreso Nacional, corresponde a una materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, no obstante lo cual fue incorporada al proyecto de ley respectivo mediante una indicación parlamentaria;

*Decimoctavo.* Que lo anterior es evidente, toda vez que la Glosa 09 impugnada se refiere a la forma en que han de distribuirse los fondos de seguridad ciudadana previstos para la realización de la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana.

*Decimonoveno.* Que, de esta manera, la referida glosa es una norma destinada a regular la administración de fondos en los términos previstos por el artículo 6º del Decreto Ley N° 1.263, de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado;

*Vigésimo.* Que, en consecuencia, la Glosa 09 impugnada por el requerimiento es inconstitucional y así se declarará;

*Vigesimoprimer.* Que, resuelto el conflicto constitucional sometido a este Tribunal de la manera señalada, resulta innecesario emitir pronunciamiento respecto de vicios distintos a aquellos que se han mencionado en los considerandos anteriores y que fueron alegados en autos, como una eventual vulneración a los principios de eficacia y eficiencia de la Administración Pública en relación con el de probidad establecido en el artículo 8º de la Constitución, así como una hipotética vulneración del artículo 19, N° 21º, de la misma Carta;

III. Respecto de la impugnación planteada en contra de las glosas 05 y 06 de la partida 08 (Ministerio de Hacienda):

A. La impugnación.

*Vigesimosegundo.* Que el requerimiento también impugna dos glosas, contenidas en la partida del Ministerio de Hacienda (Partida 08), en el Capítulo 01 (Secretaría y Administración General), Programa 01 (Secretaría y Administración General), signadas con los números 05 y 06.

La glosa 05 señala lo siguiente:

“05. A más tardar el día 31 de marzo de 2011 la Subsecretaría de Hacienda deberá informar a la Comisión Especial Mixta de Presupuesto sobre las líneas de acción desarrolladas, el cronograma de implementación y aspectos técnicos generales que estén dentro del marco de sus competencias, relacionadas con el compromiso presidencial de extender el descanso de maternidad hasta seis meses después del parto”.

La glosa 06, por su parte, dispone lo siguiente:

“06. A más tardar el día 31 de marzo de 2011 la Subsecretaría de Hacienda deberá informar a la Comisión Especial Mixta de Presupuesto sobre las líneas de acción desarrolladas, el cronograma de implementación y aspectos técnicos generales que estén dentro del marco de sus competencias, relacionadas con el compromiso presidencial de eliminar el 7% de cotización de salud para los pensionados del país”;

*Vigesimotercero.* Que la impugnación respecto de ambas glosas radica, en primer lugar, en que se excede la idea matriz del presupuesto. La idea matriz, se sostiene, es la que sustenta o en la que se apoyan las ideas secundarias o derivadas. Tratándose de la Ley de Presupuestos, la idea matriz está fijada por la Constitución y se refiere a ingresos y gastos. No obstante, puede haber materias relativas a la administración financiera del Estado, en la medida que tengan relación directa con dicha idea. Sin embargo, estas glosas no regulan ni gastos ni ingresos. Se refieren a compromisos que no tienen expresión normativa; son planes; compromisos futuros, hipotéticos o eventuales. Además, dichas glosas obligan a informar sobre compromisos cuya concreción es propia de leyes permanentes, no de una ley anual como la de Presupuesto.

En segundo lugar, se dice que dichas glosas invaden la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia presupuestaria, pues fueron presentadas por diputados durante la tramitación de la Ley de Presupuestos. Dicha invasión se produce, por una parte, porque se consagra un nuevo deber de informar, no reconocido en nuestro sistema. Por la otra, inciden en deberes de seguridad social, pues tienen que ver con el descanso de la maternidad y la supresión de la cotización del 7% para los pensionados del país;

*Vigesimocuarto.* Que el Presidente de la República, a pesar de no haber requerido, en sus observaciones de fecha 19 de diciembre en curso, que rolan a fojas 386 y siguientes, también sostiene la inconstitucionalidad de estas glosas. En primer lugar, porque se excede con ellas la idea matriz del presupuesto, toda vez que los compromisos programáticos del Presidente de la República no son parte de esta ley. La Ley de Presupuestos no es la vía idónea para controlar estos compromisos. Además, abordan materias propias de leyes permanentes.

En segundo lugar, el Presidente sostiene que se afecta su iniciativa exclusiva porque se establece una nueva función o atribución para el Ministerio de Hacienda, en el sentido de informar compromisos de carácter político, futuros, hipotéticos o eventuales. El Ejecutivo, durante la tramitación de la respectiva ley, buscó suprimir estas glosas, incorporadas en la Cámara, presentando las respectivas indicaciones en el Senado. Sin embargo, éstas fueron rechazadas.

En tercer lugar, a juicio del Ejecutivo, hay otros instrumentos más idóneos para canalizar los deberes de información, que no desvirtúan la Ley de Presupuestos. En este sentido se orientan el Mensaje a la Nación del 21 de mayo de cada año (artículo 24 de la Constitución); las sesiones especiales que la Cámara de Diputados o el Senado convoquen para informarse sobre asuntos de los respectivos Ministerios (artículo 37 constitucional); las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados (artículo 52 de la Ley Fundamental); la solicitud de información a los órganos de la administración (Ley N° 18.918, artículos 9° y siguientes).

En cuarto lugar, el Presidente sostiene que se quebranta el régimen presidencial con estas glosas, de un lado, porque el Congreso Nacional pasa a intervenir en la formulación, estudio o elaboración de políticas públicas, rol que de acuerdo al mandato del artículo 24 de la Constitución le corresponde únicamente al Presidente de la República. Del otro, porque se obliga a informar sobre compromisos presidenciales incluidos en su agenda programática, que aún no se manifiestan en medidas concretas.

Finalmente, el Ejecutivo afirma que mediante las glosas se afecta el proceso de elaboración presupuestaria, pues ellas se saltaron la etapa de formulación y discusión;

## B. Examen de las glosas impugnadas

*Vigesimoquinto.* Que, para hacernos cargo de dichas objeciones, partiremos por analizar las glosas cuestionadas.

En primer lugar, éstas establecen una obligación. Ella está definida por los siguientes elementos. Por de pronto, establece un sujeto pasivo, pues quien debe informar es la Subsecretaría de Hacienda. Enseguida, se establece un sujeto activo, ya que la información debe ser remitida a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, no a la Cámara ni al Senado ni a las Comisiones de Hacienda de dichas corporaciones. A continuación, se establece un plazo: la obligación de informar debe hacerse a más tardar el 31 de marzo de 2011. Nada impide que se haga antes. Se trata de un acto único, en el sentido de que, entregada la información, se entiende cumplida la obligación.

En segundo lugar, estas glosas establecen un deber de informar. Este deber está acotado a través de distintas variables. Desde luego, es un mero deber de informar. La glosa no establece que la Subsecretaría de Hacienda deba comprometerse a algo más que comunicar. Por lo mismo, cabe perfectamente que sostenga que no tiene contemplado avanzar en esta materia durante el año 2011. Los proyectos de ley que su ejecución pueda conllevar, son de iniciativa exclusiva del Ejecutivo. Asimismo, la información que debe proporcionar la Subsecretaría es sólo respecto de lo que esté “dentro del marco de sus competencias”. Es decir, lo que tenga que ver con compromisos financieros. Recordemos que la Dirección de Presupuestos, como organismo técnico encargado de proponer la asignación de recursos financieros del Estado (artículo 15 del Decreto Ley N° 1.263, de 1975), se inserta orgánicamente como un servicio dependiente de esta Subsecretaría (D.S. N° 4727/1957, Hacienda, artículo 6°). También la glosa obliga a informar respecto de lo realizado (“líneas de acción desarrolladas”), de un itinerario posible para materializar el compromiso (“cronograma de implementación”), y la manera en que se tiene pensado llevar a cabo el compromiso (“aspectos técnicos generales”). Sin embargo, dicha información no es vinculante ni para el Ejecutivo ni para el Congreso. Ello implica, por una parte, que el Ejecutivo puede cambiar dicho cronograma y la modalidad de materializarlo. Por la otra, la glosa no establece un deber de materializar los compromisos, ni de llevarlos a cabo. Finalmente, este deber se acota por el área de cada glosa. En una (la 05), el deber de informar se relaciona “con el cumplimiento del compromiso presidencial de extender el descanso de maternidad hasta los seis meses después del parto”. En la otra (la 06), se refiere al “cumplimiento del compromiso presidencial de eliminar el 7% de cotización para salud de los pensionados del país”.

En tercer lugar, las glosas no establecen una manera específica de materializar este deber de información. Por ejemplo, no se exige la concurrencia personal del Subsecretario. Por lo mismo, puede cumplirse por un mero oficio.

En cuarto lugar, las glosas reconocen expresamente que tanto la extensión del descanso de maternidad como la eliminación del 7% no son obligaciones, sino que un “compromiso presidencial”. Es decir, palabra dada durante la campaña presidencial;

## C. Consideraciones sobre el presupuesto.

*Vigesimosexto.* Que, antes de entrar a analizar las objeciones formuladas en el requerimiento, es necesario realizar algunas precisiones sobre el presupuesto.

En primer lugar, el presupuesto es una ley; una ley especial; pero es mucho más que una ley. Es uno de los principales instrumentos de política económica que tiene un gobierno. Por de pronto, porque en él se delimitan los ingresos y gastos de los órganos del Estado para un año calendario. Ello revela un programa de acción y orienta conductas económicas. Enseguida, porque es una enorme cantidad de recursos, que en la actualidad supera los 50 mil millones de dólares; ello equivale a

prácticamente un cuarto del PGB del país. Además, el gasto público implica materializar obras (hospitales, caminos, cárceles, viviendas sociales); realizar prestaciones en salud, educación; pagar subsidios, subvenciones, remuneraciones, devolución de impuestos, etc. Esta Magistratura ha señalado que es una herramienta con que cuenta el Estado para satisfacer gran parte de las necesidades públicas (STC 254/97). Asimismo, es un complejo mecanismo que armoniza la recaudación y el gasto, es decir, el retiro de dinero de la economía (los ingresos que lo componen) y la reinserción del mismo vía gasto público.

En segundo lugar, esta Magistratura ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la Ley de Presupuestos, destacando que ésta requiere una interpretación flexible, racional y lógica, a fin de que su operatividad no se vea congelada. Por ello validó que la legalidad presupuestaria fuera atenuada y flexible, entregando al Ejecutivo todas las potestades indispensables para que pudiera llevarla a cabo (STC Rol 254/1997).

En tercer lugar, como consecuencia de que al Presidente se le encarga el gobierno y la administración del Estado (artículo 24, Constitución), el Ejecutivo goza de enormes poderes respecto de la Ley de Presupuestos. Por de pronto, a él le corresponde prepararlo y ejecutarlo. El Congreso sólo interviene en su aprobación. Enseguida, dicha fase de aprobación es restringida, por una parte, porque hay asuntos que ni siquiera van a discusión al Congreso, como la estimación del rendimiento de los recursos. Por la otra, porque el Congreso no puede más que aceptar, disminuir o rechazar lo que el Presidente le proponga. Y no puede reducir los gastos establecidos en leyes permanentes. Asimismo, si el Congreso aprueba un gasto desfinanciado, al promulgar la ley el Presidente puede reducir proporcionalmente los gastos que no cuenten con el debido financiamiento.

Finalmente, el Congreso tiene un plazo limitado para su análisis: sesenta días desde su presentación.

No obstante lo anterior, estas potestades del Ejecutivo no pueden interpretarse sin considerar el rol del Congreso Nacional. Desde luego, porque al Congreso Nacional le corresponde aprobar el presupuesto. Ésta no es una función menor ni carente de significado. Ambas Cámaras, con las mayorías respectivas, deben pronunciarse favorablemente para que haya un presupuesto aprobado formalmente y no por silencio. Enseguida, el Congreso dispone de la potestad de disminuir o rechazar los gastos. Al ejercerla, obliga al Ejecutivo a iniciar conversaciones para reponer lo rebajado y atender los requerimientos parlamentarios que fundan dicha rebaja;

*Vigesimoséptimo.* Que, en cuarto lugar, para nadie es un misterio que la aprobación de la Ley de Presupuestos es un ejercicio de negociación política que tiene dos etapas. Una se lleva a cabo antes de su envío. Todos los organismos del sector público tienen que presentar sus propuestas de ingresos y gastos a la Dirección de Presupuestos, de acuerdo al calendario que ésta determine (artículo 13 del D.L. N° 1.263). Esta repartición, en conjunto con el Ministro de Hacienda, el Ministro sectorial respectivo y el Presidente de la República, definen los gastos que en definitiva serán propuestos para cada órgano al Congreso Nacional, de acuerdo a los recursos disponibles y a los objetivos, metas y prioridades de cada gobierno. La segunda etapa se lleva a cabo entre el Ejecutivo y el Congreso Nacional. El presupuesto es aprobado luego de conversaciones y diálogos formales e informales, en que se llega a acuerdos, transacciones y compromisos, que se reflejan en indicaciones y protocolos complementarios a la ley. Dicha negociación no tiene nada de malo o espúreo; es la consecuencia de que la facultad de aprobación radica en un órgano plural y representativo de la sociedad. Además, dicha negociación se realiza de un modo transparente, en que sus avances y retrocesos, si bien pueden escapar al ciudadano común, no escapan a la atenta mirada de un observador avezado. A fin de que esta negociación no se dilate, existe el plazo de sesenta días para que el Congreso despache el presupuesto.

Como consecuencia de lo anterior, las potestades con que la Constitución dota al Ejecutivo no pueden interpretarse estáticamente y descontextualizadas de la realidad en que operan. Es más,

considerarlas de manera binaria, es decir, que el rol del Congreso se limite a aceptar o rechazar, puede llevar a rigidizar el proceso de negociación de esta importantísima ley;

*Vigésimoctavo.* Que, en quinto lugar, producto de este ejercicio de negociación y a pesar de las enormes potestades del Ejecutivo, el Congreso Nacional ha logrado avanzar en materia de información del gasto público.

En efecto, progresivamente nuestro ordenamiento jurídico ha establecido mayores deberes de información a favor del Congreso Nacional en materia presupuestaria. Ello se refleja de varias maneras.

Primeramente, en la propia Ley de Presupuestos. Si se analizan las leyes de presupuestos desde el año 1990 en adelante, se observa que el actual artículo 15, que obliga a entregar una serie de informes al Congreso, recién aparece en el presupuesto del año 1995. Los presupuestos de los años 91 (Ley Nº 19.012), 92 (Ley Nº 19.103), 93 (Ley Nº 19.182) y 94 (Ley Nº 19.259) no contemplaban una normativa de esta naturaleza. Dichos deberes de información, sin embargo, fueron tímidos al principio. El artículo respectivo, cuya numeración varía de ley en ley, no tenía en un principio más que cuatro incisos. Entre el presupuesto del año 1995 (Ley Nº 19.356) y el presupuesto del año 2002 (Ley Nº 19.774), estos cuatro incisos permanecen estables. Es a partir del presupuesto del 2003 (artículo 18, Ley Nº 19.842) que los incisos comienzan a aparecer más intensamente: cinco en el presupuesto del 2003; ocho en el del 2004 (artículo 14, Ley Nº 19.915), 2005 (artículo 14, Ley Nº 19.986) y 2006 (artículo 16, Ley Nº 20.083); once en el presupuesto del 2007 (artículo 15, Ley Nº 20.141); doce en el presupuesto del 2008 (artículo 15, Ley Nº 20.232); trece en el 2009 (artículo 15, Ley Nº 20.314); quince en el de 2010 (artículo 15, Ley Nº 20.481). Cada inciso o numeral equivale a una obligación específica de informar al Congreso Nacional.

Enseguida, estos mayores deberes de información se reflejan en el carácter permanente de la Comisión Especial Mixta de Presupuesto, que le dio la Ley Nº 19.875, el año 2003. Con anterioridad a esta normativa, dicha Comisión agotaba su trabajo informando a la Cámara y al Senado, para efectos de su aprobación, el contenido del proyecto de ley anual de presupuestos. A contar de la Ley Nº 19.875, esta Comisión se hizo permanente, en el sentido de que sigue funcionando después de despachado el presupuesto. Además, se le dio un propósito: “realizar un seguimiento de la ejecución de la Ley de Presupuestos durante el respectivo ejercicio presupuestario”. Para tal efecto, puede “solicitar, recibir, sistematizar y examinar la información relativa a la ejecución presupuestaria proporcionada por el Ejecutivo”.

Asimismo, estos mayores deberes de información se expresan en que por modificaciones introducidas a la Ley de Administración Financiera del Estado, el año 2003, por la Ley Nº 19.896, el Ministerio de Hacienda está obligado a enviar al Congreso Nacional los resultados de los informes que se emitan por aplicación de las evaluaciones que empresas auditoras realicen de los programas sociales, de fomento productivo y de desarrollo institucional que año a año se definan en la Ley de Presupuestos (artículo 52, D.L. Nº 1.263).

A continuación, estos mayores deberes de información del Ejecutivo al Congreso Nacional se trasuntan en las glosas de la Ley de Presupuestos. Éstas también establecen deberes de información asociados a ciertos gastos. De hecho, en la Ley de Presupuestos del año 2011 se contemplan varias glosas equivalentes a las impugnadas. Así, en el Ministerio de Educación, se contempla la de informar sobre la forma de resolver el problema de la deuda histórica con el Magisterio (Partida 09, Capítulo 01, Programa 01, Glosa 16); en el de Salud, se obliga a informar las metas de reducción de las listas de espera (Partida 16, Capítulo 09, Programa 01, Glosa 16). Dichas glosas no fueron objetadas en el presente requerimiento. Y en cada Partida de la Ley de Presupuestos se

observan glosas destinadas a que órganos de la administración informen al Congreso sobre el gasto autorizado;

*Vigesimonoveno.* Que estos deberes de información que el legislador diseña a propósito de la ejecución presupuestaria, son distintos y separados del resto de las obligaciones de información que regula nuestro sistema, como la que se enmarca dentro de las facultades fiscalizadoras de la Cámara (artículo 52, N° 1, letra a), inciso segundo, así como letras b) y c)); de las sesiones especiales que la Cámara de Diputados o el Senado convoquen para “informarse sobre asuntos que, perteneciendo al ámbito de atribuciones de las correspondientes secretarías de Estado, acuerden tratar” (artículo 37) o de los informes y antecedentes específicos que los parlamentarios o las comisiones pueden solicitar a los órganos de la administración del Estado, en virtud de los artículos 9° y siguientes de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (Ley N° 18.918). En ello, el legislador sigue la lógica de la Constitución, de diseñar instrumentos específicos para la Ley de Presupuestos.

Sin embargo, estos instrumentos tienen elementos comunes. Por una parte, los que se encuentran en la Constitución (artículos 37 y 52) fueron incorporados por la reforma constitucional del 2005. Por la otra, todos tienen que ver con información que el Ejecutivo debe entregar al Congreso. En efecto, las sesiones especiales son para que las Cámaras puedan “informarse” sobre lo que están realizando los distintos ministerios (artículo 37). En materia de fiscalizaciones, cualquier diputado, con el voto favorable de un tercio de los miembros presentes de la Cámara, “podrá solicitar determinados antecedentes al Gobierno” (artículo 52 N° 1, letra a)). La interpelación es para “formularle preguntas” a un Ministro de Estado en relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo, estando obligado éste a asistir y “responder las preguntas y consultas que motiven su citación” (artículo 52, N° 1, letra b)). Y las comisiones investigadoras son para “reunir informaciones relativas a determinados actos del gobierno”. Y los funcionarios que sean citados a ellas deben “suministrar los antecedentes y las informaciones que se les soliciten” (artículo 52, N° 1, letra c)).

Incluso en un ámbito tan exclusivo para el Presidente de la República como es conducir las relaciones internacionales, la reforma del 2005 obliga a éste a que cuando someta a aprobación del Congreso los tratados, informe a éste “sobre el contenido y alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle” (artículo 54 N° 1).

La información, por tanto, ha sido considerada por el constituyente como un elemento indispensable para que el Congreso pueda cumplir su tarea;

*Trigésimo.* Que no es extraño, entonces, que estos deberes de información permitan afirmar que se ha configurado un nuevo principio que regula al presupuesto. Además de los clásicos de legalidad (no se puede gastar sin autorización previa), equilibrio presupuestario (los gastos deben corresponder a los ingresos, sin que pueda haber gastos desfinanciados), preponderancia del Ejecutivo (iniciativa exclusiva, reducidas potestades del Congreso, exclusividad en la ejecución), anualidad (presupuesto dura un año), unidad (un solo presupuesto para todo el sector público), universalidad (todos los ingresos y todos los gastos que efectúa el Estado se reflejan en el presupuesto; por excepción cabe el tributo de afectación) y especialidad (fecha de presentación y de despacho definidas, tramitación distinta al resto de las leyes, publicación en el Diario Oficial de sólo un resumen de ella, modificación vía potestad reglamentaria), existe ahora el de transparencia. Éste obliga al Ejecutivo a entregar cierta información de la ejecución presupuestaria al Congreso Nacional;

*Trigesimoprimer.* Que dicho principio ha sido instaurado paulatinamente, en las sucesivas leyes de presupuesto o en modificaciones legales específicas, como la incorporación permanente de la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, hecha por la Ley N° 19.875; o la remisión al Congreso Nacional de los informes de evaluación de programas sociales, de fomento productivo y desarrollo institucional que se determinen año a año, contemplada por la Ley N° 19.896.

Este principio revela una tendencia que se enmarca dentro del giro que significó la reforma constitucional del 2005 para los órganos del Estado, con la instauración del artículo 8°. Esto obliga a la publicidad de sus actuaciones. Complementando dicha regulación, la ley (Ley N° 20.285) configuró un derecho de acceso a la información pública, que puede invocar cualquier persona. Si bien este derecho es configurado por el legislador respecto a la relación que deben tener con las personas los órganos del Estado, ello no obsta a que la publicidad y la transparencia también sean predicables respecto de las relaciones entre órganos del Estado;

*Trigesimosegundo.* Que, además, dicha instauración revela un proceso de negociación entre el Congreso y el Ejecutivo, extremadamente delicado, que esta Magistratura, por el principio de corrección funcional, no puede romper, pues revela un equilibrio en el sistema de frenos y contrapesos diseñado conjuntamente por ambos órganos.

Las normas que han ido estructurando este principio fueron el resultado de iniciativas del Ejecutivo concordadas con el Congreso o de iniciativas parlamentarias que contaron con el asentimiento del Ejecutivo;

*Trigesimotercero.* Que la consolidación de este principio sólo es comparable con las sucesivas restricciones que distintas leyes de presupuesto fueron incorporando a la posibilidad del Ejecutivo de modificar la Ley de Presupuestos por decreto. Regulada esta posibilidad en los artículos 26 y 26 bis del D.L. N° 1.263, en los artículos 4° de los presupuestos, a partir del año 1994, con la Ley N° 19.259, las leyes de presupuestos fueron restringiendo esa facultad general, agregando nuevas prohibiciones;

D. Las glosas impugnadas no exceden la idea matriz del presupuesto

*Trigesimocuarto.* Que, luego de efectuadas las precisiones anteriores, estamos en condiciones de analizar la primera objeción que se formula en el requerimiento a estas glosas, es decir, que excederían la idea matriz del presupuesto. Estas, se sostiene, no cabrían en la idea que sustenta esta ley especial;

*Trigesimoquinto.* Que esta Magistratura no comparte dicha argumentación. En primer lugar, porque ambos compromisos implican, de materializarse, proyectos de ley. Su elaboración supone estudios, informes, destinación de personal a su elaboración. Es decir, implican gastos. Gastos e ingresos son parte de la idea matriz del presupuesto tal y como se desprende del artículo 67 de la Constitución y de lo afirmado por este Tribunal en sentencia Rol 1005.

Si, por el contrario, el Ejecutivo informa que no tiene contemplado durante el año 2011 avanzar en estos compromisos, se entiende que no usará recursos presupuestarios destinados a tal efecto;

*Trigesimosexto.* Que, en segundo lugar, la propia Ley de Presupuestos contiene un artículo (el 15) que obliga a la Dirección de Presupuestos a proporcionar una serie de informes y documentos a las Comisiones de Hacienda del Senado y de la Cámara de Diputados y a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos. La obligación de entregar información está incorporada, entonces, en la idea matriz del presupuesto. De hecho, este artículo era parte del Mensaje con que el Ejecutivo remitió al Congreso Nacional el proyecto de ley de presupuestos. Incluso, en el mismo Mensaje, se indicaba que el proyecto “refleja una nueva forma de gobernar, caracterizada por la responsabilidad y transparencia en el uso de los recursos de todos los chilenos”.

Mal puede afirmarse, entonces, que estas glosas excedan la idea matriz del Presupuesto;

E. Las glosas impugnadas no afectan la iniciativa exclusiva del presidente de la república

*Trigesimoséptimo.* Que la segunda objeción que se formula a las glosas es que éstas invadirían la iniciativa exclusiva en materias de ley del Presidente de la República, al establecer un deber de información a la Subsecretaría de Hacienda, es decir, se estaría estableciendo una potestad pública;

*Trigesimoctavo.* Que tampoco comparte esta Magistratura dicha argumentación. En primer lugar, porque el deber de información que establecen las glosas no es radicalmente distinto del establecido a favor de la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, la que, como ya se indicó, puede “solicitar, recibir, sistematizar y examinar la información relativa a la ejecución presupuestaria”. En este sentido, no es una atribución innovativa, que modifique radicalmente el ordenamiento jurídico vigente;

*Trigesimonoveno.* Que, en segundo lugar, es importante señalar que la Ley N° 19.875, que incorporó la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, de modo permanente en el funcionamiento del Congreso Nacional, fue producto de una moción parlamentaria de los entonces senadores E. Boeninger, A. Foxley, C. Ominami y del actual senador J. García y de la senadora E. Matthei (Boletín N° 3051-07).

Cuando esta Magistratura ejerció el control de constitucionalidad de dicha iniciativa, mediante la sentencia Rol 372/2003, no formuló reproche alguno sobre el hecho de que se haya generado mediante iniciativa parlamentaria, declarando expresamente que sus disposiciones no eran contrarias a la Carta Fundamental.

Ello se ve ratificado en el examen de constitucionalidad realizado por esta Magistratura con ocasión de la modificación a la Ley Orgánica del Congreso Nacional (STC Rol 1602/2010), en que las solicitudes de información que pueden formular las comisiones o los parlamentarios a los órganos de la administración, de acuerdo a los artículos 9° y siguientes, fueron producto de indicaciones del Ejecutivo adicionales o modificadas por los parlamentarios, o de indicaciones parlamentarias. Tampoco en esta oportunidad se formuló reproche.

En este sentido, este Tribunal tiene un criterio en orden a que la solicitud de información del Congreso Nacional al Ejecutivo no es un asunto materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República;

*Cuadragésimo.* Que, en tercer lugar, estos deberes de información equilibran adecuadamente las enormes potestades del Ejecutivo en materia de gastos, sin ponerlas en entredicho, con las limitadas potestades del Congreso.

En efecto, por de pronto, estos deberes de información no implican una intervención en la administración de las finanzas públicas que le corresponde al Presidente de la República (artículos 24 y 32, N° 20). Por una parte, porque no obligan a nada distinto que no sea transferir dichos antecedentes. Ni siquiera dicha información vincula al Congreso o al Ejecutivo. Ella sólo busca que el Congreso pueda conocer la forma en que el Ejecutivo está ejecutando el gasto y asegurarse de que esa ejecución sea concordante con lo que aprobó en su momento. Distinto es que esa información pueda servir para que el Congreso haga uso de otras potestades, en el caso de que considere que dicha ejecución no supera sus expectativas. Por la otra, porque no afecta el proceso de ejecución del gasto. Dicha entrega no afecta la recaudación, la inversión, el ritmo del gasto, el manejo de los recursos financieros del sector público ni su distribución y control (artículo 6°, D.L. N° 1.263). Tampoco implica inmiscuirse en la elaboración del presupuesto. Eso sigue siendo resorte del Ejecutivo. Ni significa, finalmente, un aumento o un nuevo gasto;

*Cuadragésimoprimer.* Que, enseguida, la propia legislación actual establece que solicitar, recibir, sistematizar y examinar información relativa a la ejecución presupuestaria no puede implicar “ejercicio de funciones ejecutivas, o afectar las atribuciones propias del Poder Ejecutivo, o realizar actos de fiscalización” (artículo 19, inciso final, Ley Orgánica del Congreso Nacional);

*Cuadragésimosegundo.* Que, asimismo, tampoco produce esa interferencia el hecho de que un ciudadano cualquiera solicite a la Administración, en ejercicio de su derecho de acceso a la in-

formación, copia de ciertos actos o resoluciones que ésta haya emitido. Mal puede, entonces, considerarse que la obligación de entregar cierta información por el Ejecutivo al Congreso produzca dicha distorsión. El Congreso Nacional representa al pueblo (artículo 5º, inciso primero, de la Constitución) en la democracia representativa diseñada por ésta (artículos 4º, 47 y 49). No puede, por tanto, tener un status desfavorable en relación al simple ciudadano, al momento de acceder a la información del Estado;

*Cuadragesimotercero.* Que, además, no hay que olvidar que aquí estamos analizando una glosa que establece una potestad en favor del Congreso Nacional y no de un órgano de la administración del Estado. En este último caso, esto es, si la atribución fuese asignada a un órgano administrativo, conforme a lo establecido en el artículo 65, inciso cuarto, N° 2º, de la Constitución, regiría la iniciativa exclusiva del Presidente de la República;

*Cuadragesimosuarto.* Que, de este modo, la entrega de información relativa al gasto público es un mecanismo adecuado y proporcional a favor del Congreso, frente a las enormes potestades que el Ejecutivo tiene en materia presupuestaria, que articula una sana relación entre dichos órganos. Dicha entrega no implica ni interferir, ni entorpecer, ni entrometerse en la administración financiera del Estado. Es decir, no desnaturaliza la relación entre ambos órganos del Estado. Respeta, por tanto, el principio de interpretación de corrección funcional;

F. Las glosas impugnadas no quebrantan el régimen presidencial

*Cuadragesimoquinto.* Que un tercer reproche que se formula a las glosas se refiere a que quebrantarían el régimen presidencial porque juridifican compromisos presidenciales e intervienen en la formulación, estudio o elaboración de políticas públicas.

Tampoco comparte esta Magistratura dicha afirmación. En primer lugar, porque el régimen presidencial es configurado a nivel constitucional, no a nivel presupuestario. Los elementos centrales del régimen presidencial permanecen incólumes, pues el Presidente es electo por la ciudadanía, no por el Congreso, y dura un período fijo (artículos 26 y 30); los Ministros son de la exclusiva confianza del Presidente (artículos 32, N° 7, 52, 57, N° 1, y 59); el Presidente de la República no puede disolver la Cámara ni el Senado (artículos 47 y 49);

*Cuadragesimosexto.* Que, en segundo lugar y como ya se indicó, las glosas impugnadas sólo obligan a informar sobre ciertos compromisos programáticos. No obligan a materializarlos o a llevarlos a cabo dentro del año presupuestario. La forma en que ello se materialice en determinada política pública y el itinerario de su implementación es algo que sigue siendo de resorte exclusivo del Ejecutivo. En su momento, el Ejecutivo enviará, si así lo estima pertinente, los respectivos proyectos de ley y el Congreso se pronunciará sobre ellos.

El hecho de que se obligue al Ejecutivo a informar sobre estos compromisos programáticos en la Ley de Presupuestos obedece, como ya se indicó, a que éstos pueden implicar gastos, tanto en su etapa de formulación (estudios, informes) como en su etapa de ejecución. Dichos compromisos no son algo que interese únicamente al Ejecutivo, ni son algo respecto a lo cual el Congreso no tenga nada que decir;

*Cuadragesimoséptimo.* Que, en tercer lugar, existen peticiones de información especiales en materia presupuestaria (artículo 19, Ley N° 18.918; artículo 15, Ley N° 20.481) y de fiscalización (artículo 52 de la Constitución) y de informes y antecedentes que se pueden pedir a los órganos de la administración (artículos 9º y siguientes de la Ley N° 18.918), que no desvirtúan el régimen presidencial y que han sido validados por esta Magistratura (STC roles 372/2003; 1602/2010). Más todavía, si las glosas objetadas establecen menos obligaciones que las consagradas en dichas normas. Además, estas otras normas ni siquiera se detienen frente al secreto o reserva de la información solicitada (artículo 9º, incisos segundo y tercero, de la Ley N° 18.918);

*Cuadragesimoctavo.* Que, en cuarto lugar, cabe tener presente que el Congreso Nacional despachó una ley, impulsada por el Ejecutivo, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública (boletín 3562-06), la que se encuentra para control preventivo de esta Magistratura. Esta iniciativa obliga a los órganos de la administración del Estado a “poner en conocimiento público información relevante acerca de sus políticas, planes, programas, acciones y presupuestos, asegurando que ésta sea oportuna, completa y ampliamente accesible. Dicha información se publicará en medios electrónicos u otros”, como consecuencia de reconocer a las personas “el derecho de participar en sus políticas, planes, programas y acciones”. Dicho proyecto no fue vetado por el Ejecutivo.

Sin que implique adelantar juicios sobre el fondo de dicho proyecto, cabe señalar que si el ciudadano común puede, a juicio del Congreso, tener acceso a esta información, no se ven razones para que el Congreso Nacional se vea marginado de ella. Un poder del Estado no puede quedar en peor pie para que pueda cumplir adecuadamente su función de fiscalizar y legislar;

*Cuadragesimonoveno.* Que, finalmente, si estuviera en juego el régimen presidencial, no se entiende que el Ejecutivo no haya vetado la normativa que no compartía. Tampoco, que no haya requerido él directamente, ni que haya aceptado o tolerado glosas de igual sentido y alcance que las objetadas;

G. Las glosas impugnadas no violentan la formulación presupuestaria.

*Quincuagésimo.* Que, por último, el Presidente de la República, en sus observaciones, añade a las objeciones analizadas que las glosas impugnadas violentan la formulación presupuestaria, toda vez que no se sujetaron a las etapas que regulan dicha elaboración;

*Quincuagesimoprimer.* Que, a pesar de que esta Magistratura no está obligada a hacerse cargo de ella, pues implica una ampliación del requerimiento, sólo por deferencia hacia quien la formula, emitirá un pronunciamiento. Pero la rechazará;

*Quincuagesimosegundo.* Que, para ello, es necesario señalar que el ciclo presupuestario son las fases por las cuales atraviesa el presupuesto. Este tiene, en nuestro sistema jurídico, tres etapas: la de preparación, la de aprobación y la de ejecución;

*Quincuagesimotercero.* Que la etapa de preparación o confección es el conjunto de actos que ocurren dentro del Ejecutivo, destinados a elaborar el proyecto de ley de presupuestos. En este proceso juega un rol clave la Dirección de Presupuestos, organismo dependiente del Ministerio de Hacienda. Esta tiene por misión “proponer la asignación de los recursos financieros del Estado” (artículo 15, D.L. N° 1.263). Esta etapa concluye con el envío al Congreso, “con tres meses de anterioridad a la fecha en que debe empezar a regir” (artículo 67 constitucional), del proyecto de ley de Presupuestos.

La etapa de aprobación o de discusión es aquella que ocurre en el Congreso Nacional. El presupuesto es una ley; sólo que una ley especial. Esta etapa comienza con el ingreso a la Cámara de Diputados del proyecto y termina cuando el Congreso lo despacha, con aprobación formal o con silencio positivo por no haberlo despachado “dentro de los sesenta días contados desde su presentación” (artículo 67 aludido).

La etapa de ejecución es aquella que comienza con la publicación en el Diario Oficial de “un resumen de la Ley de Presupuestos” (artículo 20, D.L. N° 1.263). Ésta consiste en la percepción o recaudación de los ingresos y en la materialización del gasto previsto en ella;

*Quincuagesimocuarto.* Que la Constitución regula dos de estas etapas. Por una parte, lo hace respecto de la aprobación, en los artículos 65 y 67. Por la otra, lo hace respecto de la ejecución. Así señala que le corresponde al Presidente de la República decretar la inversión de las rentas públicas con arreglo a la ley (artículo 32, N° 20); que la Contraloría “en ningún caso dará curso a los decre-

tos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución” (artículo 99); que “las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedido por autoridad competente, en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto” (artículo 100).

Dicha regulación es complementada por normas legales. Por ejemplo, en materia de aprobación, la Ley Orgánica del Congreso Nacional se refiere a ello (artículo 19, Ley N° 18.918). Y, en lo que se refiere a la ejecución, el D.L. N° 1.263 establece que “el ejercicio presupuestario coincidirá con el año calendario. Las cuentas del ejercicio presupuestario quedarán cerradas al 31 de diciembre de cada año” (artículo 12). La misma normativa agrega que la Dirección de Presupuestos debe proponer al Ministerio de Hacienda “un programa de ejecución del presupuesto en el mes de diciembre del año anterior a su vigencia. Asimismo, confeccionará programas de gastos, denominados Programas de Caja, donde fijará el nivel y prioridad de los mismos” (artículo 22). De acuerdo a dicho programa de ejecución, “se pondrán fondos a disposición de cada servicio por cuotas periódicas. Estas cuotas se autorizarán mediante el Programa de Caja Mensual (artículo 23). Asimismo, dicha normativa establece la rendición de cuentas por quienes manejan recursos públicos (artículos 57 a 59, D.L. N° 1.263); lo mismo regula, con mayor detalle, la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República (artículos 85 y siguientes);

*Quincuagesimoquinto.* Que nada dice la Constitución respecto de la preparación del presupuesto. La elaboración del presupuesto y su calendario respectivo de preparación no es un asunto constitucional, pues no hay normas de la Constitución que expresamente se referan a ella. En cambio, esto lo aborda la ley; específicamente el D.L. N° 1.263. Su artículo 13 señala que “el Ministerio de Hacienda tendrá la responsabilidad de especificar dicho calendario”. Ello es complementado por el artículo 15, que dispone que a la Dirección de Presupuestos le corresponde “orientar y regular el proceso de formulación presupuestaria”.

De este modo, la formulación presupuestaria es un asunto que ni siquiera está regulado legalmente, menos aún en la Constitución. Mal puede, entonces, producirse una infracción constitucional en la materia;

*Quincuagesimosexto.* Que, además, las indicaciones que se presentan durante la discusión del presupuesto, no siguen este procedimiento. Éste está diseñado para regir en la elaboración del presupuesto y así tenerlo a tiempo para ser presentado en la oportunidad que exige la Constitución, esto es “a lo menos con tres meses de anterioridad a la fecha en que debe empezar a regir” (artículo 67). Las indicaciones que presentan el Ejecutivo o los parlamentarios, durante la etapa de aprobación del presupuesto en el Congreso, no están sujetas a estos trámites que lleva a cabo la Dirección de Presupuestos. Este calendario opera antes de enviar el proyecto al Congreso; pero no una vez en trámite el proyecto de ley. Nuestro ordenamiento lo que exige es que los proyectos de ley que impliquen gastos deben contar con informe financiero (artículo 14, Ley N° 18.918). Es decir, con un documento que explique los gastos de la regulación que se propone, la fuente de los recursos que la iniciativa demande y la estimación de su posible monto;

*Quincuagesimoséptimo.* Que, por todas estas razones, esta Magistratura considera que debe rechazar las objeciones a las glosas 05 y 06, ya individualizadas, y así se declarará.

Y TENIENDO PRESENTE lo prescrito, entre otros, en los artículos 8°, 19, N° 21°, 32, 54, 67, 69 y 93, inciso primero, N° 3°, e inciso cuarto, de la Constitución Política de la República y en los artículos 61 a 71 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, del año 2010,

SE DECLARA:

1) Que se acoge el requerimiento, sólo en cuanto se declara inconstitucional la Glosa 09 de la Partida 05 (Ministerio del Interior), contenida en el proyecto de Ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2011, la que, en consecuencia, deberá eliminarse de la Ley N° 20.481 –Ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2011–, publicada en el Diario Oficial en su edición de 18 de diciembre de 2010.

2) Que se rechaza el requerimiento interpuesto en cuanto impugna la constitucionalidad de las glosas 05 y 06 de la Partida 08 (Ministerio de Hacienda) del mismo proyecto de ley referido.

Se previene que el Ministro señor Mario Fernández Baeza concurre a lo razonado en los considerandos *Decimoctavo* y *Decimonoveno* del fallo y a lo declarado en el punto resolutivo N° 1, sin perjuicio de lo señalado en el voto disidente que ha formulado respecto del punto resolutivo N° 2.

Se previene que los Ministros señora Marisol Peña Torres y Enrique Navarro Beltrán no comparen lo expresado en el considerando *Cuadragésimoctavo* del fallo.

Acordado el Capítulo III (considerandos *Vigesimosegundo* a *Quincuagesimoséptimo*) y la resolución segunda de la sentencia, que rechazan el requerimiento en lo relativo a las glosas 05 y 06 de la Partida 08 (Ministerio de Hacienda), con el voto en contra del Presidente del Tribunal, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, quien estuvo por acoger el requerimiento en su totalidad, por estimar que si bien las indicaciones parlamentarias que dieron origen a las referidas glosas fueron constitucionalmente admisibles en lo relativo a su iniciativa, ya que únicamente establecen una exigencia de información propia de la iniciativa parlamentaria, resultan, en cambio, inconstitucionales por infringir el artículo 69 de la Carta Política, al ser ajenas a las ideas matrices o fundamentales del Proyecto de Ley de Presupuestos para 2011 propuesto por el Presidente de la República al Congreso Nacional. Tiene presente para ello los motivos siguientes:

1°. Que las glosas impugnadas vienen a imponer al Poder Ejecutivo, en la ley de presupuestos, una obligación de informar sobre el “compromiso presidencial de extender el descanso de maternidad hasta los seis meses después del parto” (Glosa 05) y sobre el “compromiso presidencial de eliminar el 7% de cotización para salud de los pensionados del país” (Glosa 06), materias ambas que precisan, para su realización, de la aprobación de reformas legislativas previas que aún no han sido propuestas al Congreso Nacional por el Presidente de la República, único constitucionalmente habilitado para hacerlo –o no– durante cualquiera de los cuatro años que dura su mandato, pues se trata de materias de su iniciativa exclusiva por incidir en la seguridad social.

2°. Que, en efecto, es el propio Presidente de la República, a quien –como se dijo– corresponde la iniciativa legislativa exclusiva en la materia, quien expresa a fojas 418, en su escrito de observaciones al requerimiento, que “dichos compromisos aún no se encuentran previstos en la ley de presupuestos ni en ninguna otra norma legal sino que se trata de propósitos de llevar a cabo en el futuro, metas programáticas asumidas por el Jefe de Estado, para cumplir durante su mandato presidencial, pero que aún no poseen expresión normativa, mientras no se concreten en los respectivos proyectos de ley que establezcan los aspectos regulatorios y presupuestarios necesarios para su concreción”.

3°. Que corolario de lo expresado en los motivos precedentes es que, no formando parte, ni indirectamente, de la autorización de gastos prevista por el Mensaje del proyecto de Ley de Presupuestos 2011 lo relativo a los denominados “compromiso presidencial de extender el descanso de maternidad hasta los seis meses después del parto” y “compromiso presidencial de eliminar el 7% de cotización para salud de los pensionados del país”, las indicaciones que dieron origen a las cuestionadas glosas 05 y 06 de la Partida 08 (Ministerio de Hacienda), introdujeron en di-

cho proyecto de ley materias claramente ajenas a sus ideas matrices, en abierta contravención del artículo 69 de la Constitución, por lo que las aludidas glosas debieron, a juicio de este disidente, ser declaradas inconstitucionales por esta Magistratura Constitucional y eliminadas del texto de la Ley de Presupuestos de 2011.

Acordado el punto resolutivo N° 2 de la sentencia con el voto en contra del Ministro señor Mario Fernández Baeza, quien estuvo por declarar inconstitucionales las tres glosas contenidas en el proyecto de Ley de Presupuestos para el año 2011 sometidas al examen de esta Magistratura y, en consecuencia, resolver la cuestión de constitucionalidad formulada al cobijo del numeral 3° del artículo 93 de la Constitución, acogiendo el requerimiento de autos, sustentado en los argumentos que a continuación se exponen:

1°. Que las atribuciones que la Constitución Política de la República entrega al Presidente de la República y al Congreso Nacional se encuentran nítidamente establecidas en sus Capítulos IV y V, respectivamente.

2°. Que de tales atribuciones se deriva que el régimen político de Chile es presidencial, definido por la doctrina como la “amplia separación del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo; poder ejecutivo unitario, elección popular del presidente, imposibilidad de revocar el puesto del ejecutivo durante su gestión, imposibilidad de disolución del parlamento por parte del presidente”. (Eckhard Jesse/Dieter Nohlen: “Presidencialismo/Sistema presidencial”, en: Dieter Nohlen (Editor): Diccionario de Ciencia Política, Porrúa, México, 2006, tomo II).

3°. Que el régimen presidencial presenta manifestaciones muy diversas en América Latina, que lo distinguen del modelo clásico norteamericano. Dos de ellas, observables en Chile, son “la primacía del Ejecutivo y la inexistencia de federalismo, es decir, las carencias en la separación y equilibrio horizontal y vertical del poder” (Dieter Nohlen / Mario Fernández Baeza: “El Presidencialismo Latinoamericano: evolución y perspectiva”, en: Dieter Nohlen y Mario Fernández Baeza (editores): El Presidencialismo Renovado. Instituciones y Cambio Político en América Latina, Ediciones Nueva Sociedad, Caracas, 1998, pp. 116-117).

4°. Que el artículo 24 de la Constitución dispone en su inciso primero: “El gobierno y la administración del Estado corresponde al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado”. Ambas funciones, verificadas copulativamente, son el fundamento del régimen presidencial chileno.

5°. Que, sobre el sustento anotado, el presidencialismo chileno ha sido descrito por el tratadista Alejandro Silva Bascuñán después de analizar las atribuciones especiales del Presidente de la República dispuestas en el artículo 32 de la Constitución: “Tan vastísima acumulación de atribuciones, comprendidas en la esfera del poder estatal confiado al Presidente de la República configuran, como analizaremos más adelante, un fuerte presidencialismo, que se muestra aún más vigoroso al proyectarse en un Estado unitario. Así, pues, al Presidente corresponde tal grado de suprema potencialidad que llega a abarcar de un modo notablemente extenso e intenso, una buena porción de lo que pudiera entenderse –más allá de la simple titularidad del Poder Ejecutivo– con la dirección general de la vida política. Por lo demás, si el Presidente no puede cumplir por sí mismo todas las tareas, las cumple a través de personeros designados por él, de su exclusiva confianza, mantenidos mientras cuenten con la suya y removidos desde que son privados de ella, como son los Ministros de Estado y subsecretarios, los intendentes regionales, los gobernadores, etc. El gobierno se realiza, pues, por el Presidente, en la intensidad de su potestad, colocado en una culminación de jerarquía que subraya el vigor con que puede ejercerse”. (Alejandro Silva Bascuñán: Tratado de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, Tomo V, 2000, p. 85-86).

6°. Que, refiriéndose a la función de “administración” dispuesta en el inciso primero del artículo 24, ya citado, el mismo autor señala, citando el articulado de la Constitución con la numeración

vigente en el año 2000, fecha de la publicación: “Al confiarle la administración, la Carta le entrega al Presidente la responsabilidad de su mejor organización y funcionamiento y para ello le concede iniciativa exclusiva en numerosas materias de esa índole (art. 62, incisos 3º y 4º), la facultad de nombramiento de multitud de funcionarios (art. 32, N°s. 6, 9, 10, 11, 12, 14 y 18), la de cuidar la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión (art. 32, N° 22), el manejo tributario, financiero y presupuestario (art. 64)”. (Alejandro Silva Bascuñán: ob. cit., p. 86).

7º. Que, aun dotado constitucionalmente de una tramitación especial, el proyecto de Ley de Presupuestos no sólo está inserto en el funcionamiento del régimen presidencial señalado, sino que lo determina considerablemente. La combinación del inciso cuarto del artículo 65 con el artículo 67, especialmente sus incisos tercero y cuarto, configura de un modo concreto la primacía que el Presidente de la República dispone sobre el Parlamento y la claridad con que el texto constitucional le entrega la exclusividad de su iniciativa formal y de la fijación sustantiva de su contenido.

8º. Que, en efecto, el inciso cuarto del artículo 65 dispone: “Corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva en los proyectos de ley que tengan relación con la alteración de la división política y administrativa del país, o con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos, y con las materias señaladas en los números 10 y 13 del artículo 63”. A su vez, el inciso tercero del artículo 67 señala: “La estimación del rendimiento de los recursos que consulta la Ley de Presupuestos y de los nuevos que establezca cualquiera otra iniciativa de ley, corresponderá exclusivamente al Presidente, previo informe de los organismos técnicos respectivos”, agregándose en el inciso siguiente: “No podrá el Congreso aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación sin que se indiquen, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto”.

9º. Que las tres glosas incorporadas al proyecto de Ley de Presupuestos para el año 2011 sometidas a la consideración de esta Magistratura en sede de inconstitucionalidad, vulneran directamente las normas arriba expuestas y con ello la estructura del régimen político presidencial que la Carta establece. Ni la Cámara de Diputados ni el Congreso a través de la Comisión Mixta de Presupuestos están facultados para ejercer la iniciativa verificada a través de las indicaciones N° 8 a la Partida 05 (Ministerio del Interior), Capítulo 01, Programa 05 (glosa 09)); y N° 29A y 29B a la Partida 08 (Ministerio de Hacienda), Capítulo 01, Programa 01 (glosas 05 y 06). Todas ellas importan un involucramiento en la administración financiera y presupuestaria del Estado y en la estimación del rendimiento de los recursos consultados en la Ley de Presupuestos.

10º. Que el tenor de las citadas glosas es el siguiente: a) Glosa 09: “La Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC) que deberá realizarse anualmente por el Instituto Nacional de Estadísticas. La distribución de los fondos de seguridad ciudadana a las comunas, se hará en consideración al nivel de victimización exhibida por dicha comuna en la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) en el año inmediatamente anterior”, b) Glosa 05: “A más tardar el 31 de marzo de 2011 la Subsecretaría de Hacienda deberá informar a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos sobre las líneas de acción desarrolladas, el cronograma de implementación y aspectos técnicos generales que están dentro del marco de sus competencias, relacionadas con el cumplimiento del compromiso presidencial de extender el descanso de maternidad hasta seis meses después del parto”., c) Glosa 06: “A más tardar el 31 de marzo de 2011 la Subsecretaría de Hacienda deberá informar a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos sobre las líneas de acción desarrolladas, el cronograma de su implementación y aspectos técnicos generales que estén dentro del marco de sus competencias, relacionadas con el cumplimiento del compromiso presidencial de eliminar el 7% de cotización de salud para los pensionados del país”.

11º. Que, junto a la evidente contrariedad de estas glosas con las atribuciones constitucionales del Presidente de la República en materia presupuestaria, que fluyen de su sola lectura, debe agregarse

una vulneración constitucional adicional, tan sustantiva como la descrita. Las glosas impugnadas no sólo lesionan la atribución presidencial de administración del Estado, sino también la muy esencial de su gobierno.

12°. Que, en efecto, los denominados “compromisos presidenciales” mencionados en las glosas 05 y 06 corresponden a los programas que el gobierno conducido por el Presidente se propone realizar durante su período. Esos “compromisos” no constituyen una obligación jurídica, sino una obligación política contraída entre el Presidente y el pueblo que lo elige, derivada de dos preceptos jurídico-constitucionales, radicados en el inciso primero del artículo 5° y en el primer apartado del inciso primero del artículo 26 de la Constitución. El primero señala: “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio”. El segundo precepto mencionado dispone: “El Presidente de la República será elegido en votación directa y por mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos”.

13°. Que, según las disposiciones constitucionales referidas, es el pueblo, no el Congreso, el llamado a requerir del Presidente el cumplimiento de su programa o de los compromisos que adopte públicamente para su cumplimiento. Este carácter político y no jurídico, tampoco se altera si esos compromisos han sido formulados durante la cuenta al país del estado administrativo y político de la Nación ante el Congreso pleno, dispuesta en el último inciso del artículo 24 de la Constitución, la que también es objeto de una valoración política y en ningún caso jurídica, como es de público conocimiento año tras año después del 21 de mayo.

14°. Que no procede confundir la obligación de dar cuenta del avance de un programa de gobierno como la establecida en las glosas bajo examen, con la de informar acerca de los actos y resoluciones de los órganos del Estado dispuesta en el inciso segundo del artículo 8° de la Carta, como tampoco con aquellas materias objeto de fiscalización parlamentaria debidamente descritas en el número 1) del artículo 52 de la Constitución Política de la República.

15°. Que, en consecuencia, otorgar conformidad constitucional al carácter legal que tendrían las obligaciones establecidas en las glosas impugnadas, significa distorsionar el deber de informar a cuyo cumplimiento se deben los órganos públicos, exceder los límites de la fiscalización de la Cámara de Diputados y arrebatar al pueblo una dimensión del derecho a ejercer la soberanía a través de las elecciones que la Constitución le otorga. Todo lo anterior en desmedro de la función de gobernar que le cabe al Presidente de la República y que no le compete al Parlamento en un régimen presidencial como el que rige en Chile.

16°. Que, en suma, por las consideraciones expuestas, el requerimiento de autos debe ser acogido en todas sus partes y las glosas impugnadas eliminadas del proyecto de Ley de Presupuestos en el que se han incorporado.

Acordada la decisión de declarar inconstitucional la glosa 09, Partida 05 (Ministerio del Interior), Capítulo 01 (Secretaría y Administración General), Programa 05 (Programa de Seguridad y Participación Ciudadana), contenida en el punto resolutivo N° 1 de la sentencia, con el voto en contra de los Ministros Hernán Vodanovic Schnake, Marisol Peña Torres, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander, quienes fundamentan su disidencia en las siguientes consideraciones:

1°. Que, para la mayoría, la glosa 09, Partida 05 (Ministerio del Interior), Capítulo 01 (Secretaría y Administración General), Programa 05 (Programa de Seguridad y Participación Ciudadana), adolece de dos inconstitucionalidades. Por una parte, excede la idea matriz del proyecto de Ley de Presupuestos. Por la otra, afecta la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, pues establece una obligación para un órgano de la administración del Estado, y afecta la administración

financiera del Estado, porque se entromete en la distribución de recursos, habiendo sido producto de una indicación parlamentaria.

#### I. La glosa impugnada

2º. Que, para un adecuado análisis de estas objeciones, es necesario examinar previamente la glosa que se impugna.

Ésta tiene dos partes. En la primera, se señala que una encuesta (“la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana”) debe realizarse “anualmente por el Instituto Nacional de Estadísticas”. En la segunda, se indica que para la distribución de fondos de seguridad ciudadana entre las comunas del país, se debe tener en consideración “al nivel de victimización exhibido por dicha comuna en la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana, realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) en el año inmediatamente anterior”.

3º. Que cabe señalar que la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC) y el hecho de que la haga el INE no son una creación de la glosa que se impugna. En primer lugar, porque tal encuesta se viene realizando desde hace seis años mediante un convenio entre el INE y el Ministerio del Interior. De ello da cuenta el informe sobre la ENUSC 2009, que se acompaña al escrito de observaciones que hizo llegar la Presidenta de la Cámara de Diputados con ocasión del presente requerimiento, el que rola a fojas 867 y siguientes.

4º. Que, en segundo lugar, esta encuesta se enmarca dentro del Programa de Seguridad y Participación Ciudadana del Ministerio del Interior, que año a año regula la Ley de Presupuestos. Este programa tiene su reglamento en el D.S. N° 382, de Interior, del año 2006. En esta normativa se contemplan “estudios para el seguimiento y apoyo del Programa de Seguridad y Participación Ciudadana, con una asignación de recursos destinados al financiamiento de encuestas y otros estudios orientados a apoyar científicamente la intervención social y la elaboración de diagnósticos y Planes Comunales de Seguridad Pública” (artículo 3º).

5º. Que, en tercer lugar, a esta encuesta se refiere la Glosa 08 de la misma Partida 05, en que se inserta la glosa impugnada. No es, por tanto, atribuible a la glosa impugnada su existencia.

6º. Que, por otra parte, la segunda parte de la glosa establece un criterio orientador para la distribución de los recursos entre las comunas. No establece un mandato. Señala que la distribución de los fondos de seguridad ciudadana a las comunas “se hará en consideración al nivel de victimización exhibido por dicha encuesta... en el año inmediatamente anterior”.

#### II. La glosa no excede la idea matriz.

7º. Que el primer reproche que se formula a la glosa es que excede la idea matriz. Estos disidentes no comparten esa afirmación. En primer lugar, porque en el propio mensaje con que el Ejecutivo envió el proyecto de Ley de Presupuestos al Congreso Nacional, se pone como una de sus prioridades “la seguridad ciudadana” (pág. 1); agregando más adelante que “con este proyecto de presupuesto vamos a fortalecer el piso de las seguridades de nuestras familias” (pág. 2). En uno de los apartados del proyecto, titulado “Un proyecto de presupuesto para una sociedad de seguridades”, se indica que “en materia de combate a la delincuencia y al narcotráfico, el proyecto de ley de presupuestos de Carabineros de Chile permite tener durante el próximo año más de 4.000 nuevos efectivos policiales, de los 10.000 que comprometimos para nuestro período” (pág. 3).

8º. Que, en segundo lugar, no hay que olvidar que la glosa se incorpora en el Programa 05 del Capítulo 01 de la Partida 05, titulado justamente “Programa de Seguridad y Participación Ciudadana”. No se advierte cómo, entonces, puede estar fuera de la idea matriz una glosa inserta dentro de dicho programa.

9°. Que, en tercer lugar, existen ocho glosas que anteceden a la impugnada, que tienen que ver con el Programa de Seguridad y Participación Ciudadana. En todas ellas se detallan obligaciones de distinta naturaleza para el Ministerio del Interior. En nada difieren estas obligaciones de las que establece la glosa.

10°. Que, en cuarto lugar, durante la discusión parlamentaria el Ejecutivo, en el Senado, formuló una indicación (la 190), que reemplazaba la glosa impugnada y que fue rechazada. Había dos diferencias básicas entre esta propuesta y la glosa impugnada. Por una parte, señalaba que la encuesta la debía realizar una empresa o institución externa vía licitación. Por la otra, establecía la distribución de los recursos de seguridad ciudadana mediante una serie de indicadores.

Para el Ejecutivo, entonces, la idea de la encuesta y de los criterios de distribución no estaba ajena a la idea matriz. No se explica de otro modo que haya presentado una indicación en tal sentido.

### III. La glosa no afecta la iniciativa exclusiva de ley del Presidente de la República

11°. Que, para el voto de mayoría, la glosa invadió en un doble sentido la facultad exclusiva del Presidente en materia de ley. De un lado, al establecer una nueva atribución para el INE en orden a realizar anualmente una encuesta. Del otro, al inmiscuirse en la administración de fondos, estableciendo un mecanismo de distribución.

#### a. No establece una nueva obligación.

12°. Que, para estos disidentes, tal objeción no es admisible. En primer lugar, debemos reiterar que la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana no es una creación de la glosa. Ésta se viene realizando hace seis años por el INE, mediante convenios con el Ministerio del Interior. Además, la glosa anterior a la impugnada se refiere expresamente a ella, al establecer un criterio para la distribución de fondos del programa Barrio en Paz.

13°. Que, en segundo lugar, la glosa tampoco entrega al INE la facultad para hacer encuestas. Este servicio público tiene, en el artículo 2°, letra d), de la Ley N° 17.374, la facultad de “efectuar periódicamente encuestas destinadas a actualizar las bases de los diferentes índices, en especial los del costo de vida”. No es la glosa la que confiere la facultad de realizar una encuesta.

14°. Que, en tercer lugar, tampoco la glosa impugnada establece la obligación de realizar esta encuesta anualmente, pues esto lo hace la glosa 08 ya referida, al establecer la victimización de los habitantes como criterio objetivo y público del Programa Barrios en Paz, en base a los resultados de la ENUSC “del año inmediatamente anterior”.

Esta glosa fue incorporada como indicación del Ejecutivo (la 189) durante la tramitación de la Ley de Presupuestos en el Senado.

#### b. No implica inmiscuirse en la administración financiera.

15°. Que tampoco para estos disidentes la glosa 09 implica inmiscuirse en la administración financiera del Estado.

En primer lugar, porque no establece una distribución de fondos. Sólo consagra un criterio para hacerlo. La glosa dice “la distribución... se hará en consideración”. La expresión “consideración” es, en su sentido natural y obvio, la acción de “estimar”, “ponderar”, “evaluar con atención y cuidado”. La facultad de distribución de los fondos sigue siendo resorte del Ejecutivo.

16°. Que, en segundo lugar, el criterio que se establece no es el único que puede considerar el Ejecutivo; éste puede ponderar otros. En ninguna parte la glosa emplea expresiones como “exclusivamente”, “únicamente”, que connotarían la idea de criterio único. Además, esta interpretación

es consistente con el reglamento del Programa de Seguridad y Participación Ciudadana (D.S. N° 382/2006, Interior), el que establece que la determinación de las comunas del Programa se realizará tomando en cuenta otros criterios. Su artículo 4° señala que ello se hará “evaluando las características sociales y delictuales de las comunas, conforme a un Índice de Vulnerabilidad Social Delictual elaborado por el Ministerio del Interior, el que considerará variables e indicadores relacionados con factores de riesgos presentes en cada comuna y será ponderado con criterios relativos a población comunal, tasa de denuncias por delitos de mayor connotación social y, según corresponda, tasa de victimización”.

Como se observa, la “victimización” no es un criterio innovador, pues se encontraba presente en esta regulación reglamentaria.

17°. Que, en tercer lugar, la glosa presupuestaria no modifica la facultad que establece el artículo 22 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que expresamente entrega a los ministerios la facultad de “asignar recursos”. Por lo mismo, el Ministerio del Interior sigue conservando esta potestad.

18°. Que, en cuarto lugar, lo anterior es consecuente con lo establecido en el mismo Reglamento recién señalado, el cual deja a salvo la facultad de administración financiera del Ministerio del Interior, es decir, del Ejecutivo.

En efecto, por una parte, porque establece que la selección y ejecución de los proyectos financiados por los recursos del Programa “deberán ajustarse a las orientaciones técnicas y administrativas que serán elaboradas y aprobadas por el Ministerio del Interior”.

Por la otra, porque establece que los fondos que asigne la Ley de Presupuestos “podrán ser invertidos año a año, en las áreas o subprogramas señalados en el artículo 3° del presente decreto, en los porcentajes y montos que determine el Ministerio del Interior”. Dichas áreas o subprogramas son el pago de honorarios de los secretarios técnicos comunales de seguridad pública; el apoyo a los municipios para asignar recursos para la calidad de la gestión municipal en materia de seguridad pública; la capacitación y difusión de planes de capacitación; gastos de administración; el fondo destinado a apoyar la estrategia de seguridad pública en materia de prevención social y situacional, rehabilitación y asistencia a víctimas.

IV. La glosa impugnada no afecta los principios de eficiencia y eficacia. Tampoco el artículo 19 N° 21 de la Constitución

19°. Que el Presidente de la República, en su escrito de observaciones, agrega dos nuevas objeciones a la glosa en examen. Por una parte, afirma que se afecta el principio de eficiencia y eficacia como parte de la probidad administrativa. Por la otra, sostiene que entregar esta encuesta al INE afecta el artículo 19 N° 21 de la Constitución, porque permite al INE desarrollar una actividad económica privada, ajena a su actual función.

20°. Que no compartimos la primera objeción, pues, en primer lugar, los principios de eficacia y eficiencia sólo tienen consagración legal (artículos 3°, 11 y 62, N° 8, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado). La Constitución utiliza otros parámetros para evaluar la gestión administrativa. Así, considera la legalidad (artículos 7°; 20; 27; 52, N° 2, letras a) y b); 98), la arbitrariedad (artículos 19, N°s. 2°, 20° y 22°), el respeto a los derechos (artículos 5°; 20; 38), la conveniencia u oportunidad de una decisión (artículo 52, N° 1). Pero no consagra dichos principios. En este sentido, una eventual vulneración de ellos es un problema de legalidad, no de constitucionalidad.

En segundo lugar, controlar la eficacia y la eficiencia implica evaluar si se han obtenido resultados o se han empleado óptimamente los recursos asignados. Ello es propio de un control de mérito, ajeno

a las atribuciones de esta Magistratura. Dicho control incluso es ajeno a las atribuciones de la Contraloría (artículo 21 b), Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República) y recae más bien en los órganos internos de la propia administración, vía control jerárquico (artículo 11, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado) o vía verificación y evaluación del cumplimiento de fines y la obtención de metas (artículo 52, D.L. N° 1.263).

En el presupuesto es esencial distinguir el control de legalidad de su ejecución del control de la política económica que se pretende llevar a cabo con los recursos que involucra el presupuesto. Este último es un control que escapa a los organismos de control diseñados por nuestro sistema.

21°. Que, en relación a la eventual vulneración del artículo 19 N° 21°, tampoco la compartimos. En primer lugar, porque, como ya hemos señalado, el INE tiene la atribución otorgada por ley para realizar encuestas. De acuerdo a la Constitución, ése es el principal parámetro para evaluar si la actuación de un órgano de la administración del Estado es o no legítima (artículo 65, inciso cuarto, N° 2, y artículo 7°). En segundo lugar, la realización de encuestas no es un monopolio privado ni público. Por lo mismo, el legislador puede perfectamente autorizar a un servicio para realizar encuestas. En tercer lugar, los servicios pueden cumplir sus tareas con sus propios medios o recursos, o recurrir a los privados. En tal sentido, el INE puede encargar, mediante un contrato a una empresa privada, la realización de una encuesta. De este modo, la oposición tajante entre la actividad estatal y la privada, tal como es formulada en el escrito del Presidente, no es tal.

Redactaron la sentencia los Ministros señores Carlos Carmona Santander (el Capítulo III) y José Antonio Viera-Gallo Quesney (los capítulos I y II). Las prevenciones y disidencias fueron redactadas por los Ministros que las suscriben.

Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

Rol 1867-2010-CPT.

Se certifica que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo, pero no firma por encontrarse haciendo uso de feriado legal.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgún.

## 2.5.4. CONTROL JUDICIAL

### MATERIA

ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DE TRIBUNALES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS

### ÓRGANO COMPETENTE

Corte Suprema

*Tipo de recurso:* Contienda de competencia.

*Rol:* s/i

*Fecha:* 1964

*Resultado recurso:* Acogido

*Ministros:* Pedro Silva Fernández, Osvaldo Illanes Benítez, Manuel Montero Molina, Espinosa, Ciro Salazar Monroy, Ramiro Méndez Brañas, José María Eyzaguirre Echeverría, Víctor Ortiz Castro, Eduardo Ortiz Sandoval, Israel Bórquez Montero.

*Ministro redactor:* Israel Bórquez Montero.

*Partes:* Socotransco Limitada con Fisco.

### DESCRIPTORES

Contencioso Administrativo – Contienda de Competencia – Tribunales Ordinarios, Actos de la Administración – Actos de Autoridad

### PRINCIPIO JURÍDICO

Los tribunales ordinarios no son competentes para conocer las acciones de ilegalidad contra los actos de autoridad.

### LEGISLACIÓN APLICABLE

Arts. 60, 71, 72 N° 11 y 87 de la CPR de 1925.

### PREGUNTA JURÍDICA

¿Bajo la Constitución de 1925 son competentes los tribunales ordinarios para conocer sobre la legalidad de los actos de autoridad?

### DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

La Sociedad Cooperativa de Compraventa de Transportes Colectivos Limitada (Socotransco) interpuso acción en juicio ordinario contra el fisco por la dictación del Decreto Supremo 571, de 1962, del Ministerio de Economía, mediante la cual disuelve la sociedad mencionada y nombra una comisión liquidadora.

En opinión de los demandantes dicho decreto es ilegal, de modo que la sociedad se encuentra en pleno ejercicio de sus derechos.

El juez civil acogió a tramitación la demanda. El Presidente de la República interpuso contienda de competencia por falta de jurisdicción del tribunal ordinario, pues la competencia ejercida es privativa del Presidente, de manera que no puede el poder judicial involucrarse en ella pues implicaría la sustitución del acto administrativo por el judicial.

*APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)*

Al ejercerse esta acción se ha puesto el tribunal ordinario en la obligación de pronunciarse sobre la ilegalidad o legalidad de un acto administrativo, lo que excede el ámbito de la competencia de los tribunales ordinarios de justicia y que importaría una invasión a las facultades de otro poder público, como quiera que la facultad para conceder o cancelar la personalidad jurídica de personas sin fines de lucro es privativa del Presidente de la República, facultad que al ser ejercida por el jefe de Estado a través de Decreto supremo constituye un acto de autoridad (y no de gestión) cuya resolución no puede ser revisada por la justicia ordinaria por disposición expresa del artículo 4º del COT, que prohíbe al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos (C. 3).

Si bien el Presidente de la República está obligado a someterse a las leyes en la ejecución de sus actos, de este solo principio constitucional no es dable colegir la facultad correlativa de los tribunales ordinarios para rever su legalidad y pronunciarse acerca de sus efectos, toda vez que la jurisdicción y competencia son instituciones de derecho público cuyo reconocimiento requiere de una ley expresa que la establezca y en esta materia no sólo existe ley sobre el particular, sino que, por el contrario, el ya citado precepto del artículo 4º del COT, prohíbe dicha intervención (C. 4).

Si un particular se siente lesionado en sus derechos por el acto de la autoridad y reclama formalmente ante el tribunal con jurisdicción propia para conocer el reclamo, nace de inmediato la instancia de carácter contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 87 de la Constitución (1925). Esta norma dispone que la organización y atribuciones de aquellos tribunales so materia de ley, y como es de público y notorio que aún no han sido creados por el legislador, ha ocurrido que este, en casos especiales y con el ánimo evidente de no dejar a los particulares sin medios legales para promover la controversia jurídica a la autoridad que desconoce o vulnera sus derechos, ha entregado excepcionalmente, al conocimiento de la justicia ordinaria, determinados asuntos de carácter contencioso administrativo que por su naturaleza y por los principios fundamentales de derecho público que los rigen, quedarían fuera de su jurisdicción (C. 5).

Finalmente, si bien es cierto que generalmente en los asuntos contencioso-administrativos existe un problema de carácter patrimonial (lo que podría transformarlo en actos de gestión), que induce al particular afectado a reclamar el acto de autoridad, este efecto de la resolución no puede alterar la naturaleza intrínseca del acto, ni sus traerlo de las normas de derecho público que gobiernan su ejercicio.

**CONCLUSIÓN**

Los tribunales ordinarios no son competentes para conocer de la impugnación de legalidad en contra de los actos de autoridad, pues esta es una atribución propia de los tribunales contencioso administrativos.

## IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

El caso Socotransco da cuenta del criterio de incompetencia que manejaba nuestra jurisprudencia bajo la CPR de 1925 para conocer de las demandas en contra de la legalidad de los actos de la administración. Esto generó dos efectos: (a) el primero, es que los tribunales comenzaron con la reconocida distinción francesa de acto de autoridad-acto de gestión, para declararse competentes sobre estas últimas materias (consecuencias patrimoniales), que de alguna manera será una distinción que reconocerá hasta hoy; (b) la segunda, es que bajo este criterios los particulares comenzaron a buscar solución a sus controversias de derecho público en la Contraloría, cuestión que se expandirá progresivamente desde finales de los años 60.

Si bien la tesis de Socotransco hoy no tiene respaldo, es evidente que esa decisión marcó un hito en la jurisprudencia del Derecho administrativo chileno.

## TEXTO COMPLETO

## VISTOS:

En esta causa el Tercer Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago dio tramitación a la demanda de foja uno, por la cual los señores Benito Muñoz Vilches, Carlos Arriagada Vargas, Leonardo Cartagena Lillo, Juan González Cádima y Eugenio Fringe Barow, en el carácter de componentes del Consejo de Administración de la Sociedad Cooperativa de Compraventa de Transportes Colectivos Limitada, "Socotransco Limitada" y en su representación, deducen acción en juicio ordinario en contra del Fisco para que en definitiva se declare: 1o.- Que el Decreto N° 571 de 5 de abril de 1962, del Ministerio de Economía, ha sido ilegalmente dictado por lo que no se ha producido efecto jurídico alguno y que, por consiguiente, la Cooperativa de Compraventa de Transportes Colectivos Limitada, "Socotransco Ltda.", no se halla disuelta sino en pleno goce de su vida jurídica; 2o.- Que la Comisión Liquidadora nombrada en el referido Decreto N° 571 no puede hacerse cargo de la liquidación del activo y pasivo de la Cooperativa "Socotransco Ltda."; 3o.- En subsidio de la petición primera, declarar, sin tomar en cuenta, en consideración el ilegal Decreto Supremo N° 571 de 5 de abril de 1962, que la Sociedad Cooperativa "Socotransco Ltda." se encuentra en pleno goce de todos sus derechos, y 4o.- Que se condene en costas al Fisco.

Contestando la demanda el Presidente del Consejo de Defensa del Estado, a fs. 43, pidió se negara lugar a ella en todas sus partes, con costas, sosteniendo, en síntesis, que los Tribunales de Justicia carecen de jurisdicción para conocer de este asunto, toda vez que lo que se intenta obtener en el pleito es que por la vía judicial se revisen y desconozcan resoluciones del Poder Ejecutivo, como lo es el Decreto Supremo N° 571, dictado por el Presidente de la República en ejercicio de atribuciones propias, y por lo cual dispuso la disolución o cancelación de la personalidad jurídica de la Sociedad Cooperativa demandante, acto de autoridad que ejecutó en uso de las facultades privativas y soberanas que le confieren los artículos 60, 71 y 72 de la Constitución Política del Estado, como Jefe Supremo de la Nación, a quien está confiada la administración y gobierno del Estado.

Se evacuaron los trámites de la réplica y de la dúplica, arguyendo los demandantes que la justicia ordinaria es competente para conocer del juicio e insistiendo la defensa del Fisco en su predicamento de que aquella carece de jurisdicción por tratarse de materias que importan atribuciones exclusivas del Presidente de la República, en que a los Tribunales Ordinarios de Justicia les está vedado pronunciarse, en un sentido general, sobre la legalidad o ilegalidad de un decreto supremo, porque ni la Constitución ni las leyes les han entregado una vía revisora de los actos del Poder Ejecutivo, cumplidos en ejercicio de sus atribuciones propias.

Planteada así la controversia y en circunstancias que el juez de la causa había ordenado se le trajeran los autos para los efectos del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil y pendiente la resolución de una incidencia formulada a fs. 113, se presenta a fs. 122 S.E. el Presidente de la República, don Jorge Alessandri Rodríguez y su Ministro de Justicia don Enrique Ortúzar Escobar, promoviendo cuestión de competencia que se fundamenta en la falta de jurisdicción del Juzgado para conocer el negocio que se le propone, por tratarse de un asunto que es de la competencia exclusiva del Presidente de la República en cuanto Supremo Administrador del Estado y en cuanto Poder Público encargado privativamente de conceder personalidad jurídica a las corporaciones privadas y de disolverlas, de conformidad con lo prevenido por los artículos 60, 71 y 72 N° 11 de la Constitución Política. Después de transcribir esos preceptos, expresa que tales atribuciones, a la vez que son exclusivas del Presidente de la República, son excluyentes, pues no se concibe que aquello que corresponde privativamente a un Poder del Estado pueda también ser de la competencia de otro, o quedar sujeto a su revisión, modificación o anulación, por prohibirlo expresamente los artículos 4° de la Constitución Política y 4° del Código Orgánico de Tribunales y que sostener lo contrario llevaría en último término a la sustitución del acto administrativo por el judicial y haría prevalecer la autoridad de los Tribunales de Justicia sobre la autoridad del Poder Ejecutivo en asuntos que son de la exclusiva incumbencia de éste.

A continuación hace presente el Primer Mandatario que dentro del mecanismo constitucional, el control de la legalidad o constitucionalidad de los actos de un Poder Público por otro Poder se encuentra estrictamente reglamentado en la Constitución Política. Así a la Corte Suprema le corresponde declarar la inconstitucionalidad de las leyes en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en conformidad al artículo 86 de la Carta Fundamental. A su vez, las altas autoridades del Poder Judicial están sujetas, lo mismo que el Ejecutivo, al control del Congreso Nacional, en cuanto incurran las primeras, en notable abandono de sus deberes, o en cuanto el segundo, por intermedio del Presidente de la República, comprometa gravemente el honor y la seguridad del Estado o infrinja abiertamente la Constitución o las leyes, o por intermedio de los Ministros del despacho, incurra en traición, concusión, malversación de fondos públicos, soborno, infracción de la Constitución, atropellamiento de las leyes, haber dejado éstas sin ejecución o haber comprometido gravemente la seguridad y el honor de la Nación; todo ello conforme a los artículos 39 N° 1, letras a), b) y c), 42 N° 1 y 76 de la Constitución Política, pudiendo cualquier individuo particular presentar ante el Senado acusación contra los Ministros de Estado, con motivo de los perjuicios que pueda haber sufrido por algún acto de abuso de poder de éstos, según lo establece el artículo 42 N° 2 del mismo Estatuto.

Termina el Jefe del Estado representando en su libelo que la sola circunstancia de que haya podido ser admitida a discusión y se controvierta ante los Tribunales Ordinarios de Justicia la cuestión relativa a la disolución de una corporación de derecho privado que no tiene fines de lucro y cuyo objeto esencial es la ayuda mutua, impugnándose para tal efecto la legalidad del Decreto Supremo N° 571, de 5 de abril de 1962, que así lo dispuso con relación a la Sociedad Cooperativa "Socotransco Ltda.", sienta un precedente funesto que lo obliga, en su calidad de Jefe Supremo de la Nación, a tomar las medidas del caso a fin de resguardar la potestad soberana que al respecto le corresponde al Poder Ejecutivo, tanto más si se considera que tratándose de tales entidades la ley dispone que existen y se disuelven en virtud del correspondiente Decreto Supremo del Ministerio de Economía (Art. 14 del D.F.L. N° 326, de 6 de abril de 1960, hoy Art. 14 del texto refundido, fijado por Decreto N° 20 de 23 de febrero de 1963). Que, en consecuencia, –agrega– el Juzgado que tramita la causa carece de jurisdicción para conocer de este pleito, y si lo hiciera, incurriría en invasión de las facultades de otro Poder Público, transgrediendo las disposiciones de los artículos 4° de la Constitución y 4° del Código Orgánico de Tribunales, por todo lo cual pide a dicho tribunal se abstenga de seguir tramitando el negocio.

Para el caso de negativa solicita al tribunal tenga por planteada la correspondiente contienda de jurisdicción y eleve los antecedentes originales a la Corte Suprema para los efectos previstos en los artículos 86 inciso 3o de la Carta Fundamental y 96 N° 1 del Código Orgánico de Tribunales.

El Juez del Tercer Juzgado Civil de este Departamento, por la resolución de 2 de octubre último, escrita a fs. 128, insistió en su competencia para seguir conociendo del asunto, tuvo por trabada la contienda de jurisdicción y ordenó elevar los autos a este Tribunal.

Se oyó al Fiscal, quien dictaminó a fs. 132, trayéndose los autos en relación.

TENIENDO PRESENTE:

1º.- Que para la acertada resolución de la cuestión propuesta, cuya decisión le encomienda a esta Corte el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política del Estado, es conveniente hacer constar de que no existe divergencia entre las partes acerca de los hechos que sirven de base a la litis, ni sobre el objeto y alcance de las peticiones que por la demanda se someten a la decisión del tribunal que actualmente tramita la causa.

En efecto, la Sociedad Cooperativa “Socotransco Ltda.”, cuya existencia como persona jurídica de derecho privado se autorizó por Decreto Supremo N° 779 de 29 de octubre de 1958, a través del Ministerio de Economía, entidad que no persigue fines de lucro y cuyo objeto esencial es la ayuda mutua entre los asociados, fue posteriormente declarada disuelta por el Presidente de la República por medio del Decreto Supremo N° 571 de 5 de abril de 1962, de ese mismo Ministerio, publicado en el Diario Oficial de fecha 17 del referido mes, designándose una comisión de tres miembros, los cuales, en el carácter de mandatarios de la mencionada cooperativa, tendrán a su cargo la liquidación del activo y pasivo de ésta, fijándoseles el plazo de 120 días para cumplir su cometido a contar desde aquella publicación.

En la demanda de foja uno, como se expresa en lo expositivo de este fallo, se pretende obtener se declare que el Decreto Supremo N° 571 ha sido legalmente dictado por lo que no ha producido efecto jurídico alguno y que, por consiguiente, la Sociedad Cooperativa “Socotransco Ltda.” no se halla disuelta sino en pleno goce de su vida jurídica; que la Comisión Liquidadora nombrada por ese decreto no puede hacerse cargo de la liquidación del activo y pasivo de la Cooperativa “Socotransco Ltda.”; y en subsidio de la primera petición se solicita se declare, sin tomar en cuenta o en consideración el ilegal Decreto N° 571, que la mencionada Cooperativa se encuentra en pleno goce de todos sus derechos. Vale decir, que la demanda persigue directamente la declaración de ilegalidad del aludido decreto supremo y como consecuencia de ella que no ha producido efecto jurídico alguno, pudiendo por tanto continuar la Sociedad Cooperativa “Socotransco Ltda.”, funcionando normalmente a virtud del primitivo Decreto Supremo N° 779 de 29 de octubre de 1958 que le dio existencia legal. Por lo demás, así lo confirman los actores en el primer párrafo de la foja 63 del escrito de réplica, al rebatir argumentaciones del Fisco, cuando expresan:

“Sin embargo, no es así, porque se pide en la demanda que el Decreto del Ministerio de Economía N° 571 de 5 de abril de 1962, sea declarado ilegal por haberse dictado contraviniendo lo dispuesto en el Art. 52 de la Ley de Cooperativas, o sea, del D.F.L. N° 326 de 6 de abril de 1960”;

2º – Que como lo representa el Jefe de la Nación a fs. 122, al plantear la falta de jurisdicción e incompetencia absoluta de los tribunales ordinarios de justicia para conocerle este juicio, el artículo 72 N° 11 de la Constitución Política del Estado dispone que es atribución especial del Presidente de la República “conceder personalidades jurídicas a las corporaciones privadas, y cancelarlas; aprobar los estatutos por que deban regirse, rechazarlos y aceptar modificaciones”;

3º.- Que al pretenderse en la demanda –como se ha visto– que se declare ilegal el Decreto Supremo N° 571 de 5 de abril de 1962 y se decida que no ha producido efecto jurídico alguno, con

lo cual la sentencia que pudiera recaer en esta litis podría reconocer que la Sociedad Cooperativa "Socotransco Ltda." no se halla disuelta sino en pleno goce de su vida jurídica y que la Comisión que por dicho decreto se nombra no puede hacerse cargo de la liquidación de su activo y pasivo, o declarar en subsidio que la mencionada Cooperativa se encuentra en pleno goce de todos sus derechos, sin tomar en cuenta o prescindiendo de aplicar el aludido Decreto N° 571 por ser ilegal, se coloca evidentemente al tribunal ordinario que tramita la causa en la obligación de pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de ese decreto, materia que en el caso de autos excede el ámbito de la jurisdicción o competencia de los tribunales ordinarios de justicia y que importaría una invasión de las facultades de otro poder público, como quiera que la atribución de conceder o cancelar personalidades jurídicas a las corporaciones privadas, es una facultad especial y privativa del representante del Poder Ejecutivo, facultad que al ser ejercitada por el Presidente de la República, mediante el correspondiente acto de autoridad a través de un decreto supremo, su resolución no puede ser revisada por la justicia ordinaria, por disposición expresa del artículo 4° del Código Orgánico de Tribunales, que prohíbe al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos.

Como se advierte en forma inconcusa, no se trata aquí de precisar la naturaleza y alcance de los efectos jurídicos de un acto de gestión proveniente de un contrato o de una convención en que hubiere intervenido el Gobernante Supremo como Jefe de la Administración Pública del Estado, obrando como cualquier particular, en cuyo evento pueden los tribunales ordinarios de justicia dejar de aplicar disposiciones reglamentarias o administrativas emanadas del Poder Ejecutivo, cuando exceden o contravienen los preceptos de una ley, pero ello no es admisible, en razón de una incompetencia absoluta, que el Poder Judicial se pueda inmiscuir en la calificación de legalidad o ilegalidad de aquellos actos en los cuales la Administración del Estado, ejercida por el Presidente de la República, obra en virtud de su poder de mando. Tales actos, de poder público o de autoridad, quedan fuera del derecho común;

4°.- Que si bien el Presidente de la República está obligado a someterse a las leyes en la ejecución de tales actos, de este solo principio constitucional no es dable colegir la facultad correlativa de los Tribunales Ordinarios de Justicia para rever su legalidad y pronunciarse acerca de sus efectos, toda vez que la jurisdicción y competencia son instituciones de derecho público cuyo reconocimiento requiere una ley expresa que las establezca y en esta materia no sólo existe ley sobre el particular, sino que, por el contrario, el ya citado precepto del artículo 4° del Código Orgánico del ramo, prohíbe dicha intervención;

5°.- Que si un particular se siente lesionado en sus derechos por el acto de la autoridad y reclama formalmente ante el tribunal con jurisdicción propia para conocer del reclamo, nace de inmediato la instancia de carácter contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 87 de la Constitución Política, que ordenó el establecimiento de Tribunales Administrativos especiales, para que resuelvan dichas reclamaciones contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Dispone asimismo ese precepto que la organización y atribuciones de aquellos Tribunales son materia de ley, y como es público y notorio que aún no han sido creados por el legislador, ha ocurrido que éste, en casos especiales y con el ánimo evidente de no dejar a los particulares sin medios legales para promover la controversia jurídica a la autoridad que desconoce o vulnera sus derechos, ha entregado, excepcionalmente, al conocimiento de la justicia ordinaria, determinados asuntos de carácter contencioso-administrativo que, por su naturaleza y por los principios fundamentales de derecho público que los rigen, quedarían fuera de su jurisdicción, como sucede, por ejemplo, en las reclamaciones sobre ilegalidad de ciertos actos administrativos regidos por leyes especiales, como el Código Sanitario, la Ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades y el Código Tributario, entre otras;

6º.- Que, a mayor abundamiento, cabe señalar que el propio texto constitucional contempla el juicio político para hacer efectiva, en su caso, la responsabilidad que pueda afectar al Presidente de la República por actos de su administración en que haya infringido la Constitución o las leyes, en el ejercicio de sus facultades propias, cuyo conocimiento radica la Carta Fundamental en el Senado de la República.

7º.- Que es inaceptable admitir, como lo han sostenido durante el juicio los demandantes, que de la disposición del artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales se desprenda la competencia ilimitada de la Justicia Ordinaria para conocer de materias contencioso-administrativas como la que se ha promovido en esta causa, de conformidad con la cual estará sujeto a los tribunales que establezca dicho Código el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, salvo las excepciones que el mismo precepto determina en forma taxativa, y ello porque el legislador no empleó el concepto “orden temporal” como sinónimo de “orden patrimonial”, sino en el sentido propio que le atribuye el léxico, esto es, de “secular” o “profano”, en oposición a “religioso”, vale decir, lo civil o temporal, en contraposición a la jurisdicción espiritual de la Iglesia, alcance que resulta corroborado por la historia fidedigna del establecimiento de la ley, según aparece del Mensaje con que el Presidente de la República envió al Congreso Nacional el proyecto de Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 15 de octubre de 1875, en las actas de la Comisión Revisora del proyecto y en la discusión a que éste dio lugar en los cuerpos legislativos que le prestaron su aprobación;

8º.- Que si bien es cierto que generalmente en los asuntos contencioso-administrativos existe un problema de carácter patrimonial, que induce al particular afectado a reclamar del acto de autoridad, este efecto de la resolución administrativa no puede alterar la naturaleza intrínseca del acto, ni sustraerlo de las normas de derecho público que gobiernan su ejercicio;

9º.- Que, como corolario de todo lo expuesto, fuerza es concluir que si no existe ley expresa que otorgue jurisdicción a los Tribunales Ordinarios de Justicia para conocer de esta controversia jurídica de estricto carácter contencioso-administrativo a que ha dado origen la demanda de fs. 1, encaminada a obtener la declaración de ilegalidad del Decreto Supremo N° 571 que canceló la personalidad jurídica de la Sociedad Cooperativa “Socotransco Ltda.” y desconocer sus efectos, que fue expedido por el Presidente de la República en uso de facultades privativas suyas, el Juez del Tercer Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago ha carecido en absoluto de competencia para conocer de este litigio;

10º.- Que carece de asidero legal y lógico sostener que no correspondería por ahora dictar resolución sobre la cuestión promovida por el Presidente de la República a fs. 122, por no constituir ella una contienda de competencia propiamente tal, desde que se fundamenta en la ausencia de jurisdicción o competencia del Juzgado que conoce de la causa y de los Tribunales Ordinarios de Justicia y haberse planteado igual cosa como cuestión previa, pero de fondo, por el Presidente del Consejo de Defensa del Estado, en representación del Fisco, al contestar la demanda a fs. 43, por lo cual dicho Juzgado sería competente para continuar conociendo de la causa, sin perjuicio de lo que pudiera resolver ulteriormente en la sentencia definitiva, y ello, por las siguientes razones:

a) Porque la cuestión promovida por el Presidente de la República constituye específicamente un conflicto de jurisdicción, por el cual se representa la falta absoluta de competencia de los Tribunales Ordinarios de Justicia para conocer y decidir el asunto contencioso-administrativo planteado en la demanda, cuestión que si bien no encuadra en ninguno de los casos que sobre esta materia reglamenta el Título XI del Código de Procedimiento Civil, como lo señala acertadamente el Fiscal, no puede sostenerse que ella no sea una contienda de competencia de aquellas que pueden suscitarse entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales de Justicia, a que se refiere el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política de la República; y

b) Porque al no establecer la Carta Fundamental normas de procedimiento que señalen la tramitación y oportunidad en que deban promoverse y decidirse estas “contendidas de competencia”, resulta evidente, por el solo principio de la economía procesal, la necesidad de que la Corte Suprema se pronuncie desde luego sobre la cuestión promovida por el Jefe del Poder Ejecutivo, ya que sería inconveniente y contrario a una expedita y recta administración de justicia retardar tal pronunciamiento, exponiendo a las partes a las contingencias de un largo y engorroso litigio, con los gastos consiguientes, en circunstancias que como ha quedado en claro en este fallo la incompetencia absoluta de la Justicia Ordinaria para conocer de esta controversia es manifiesta, sin que obste a dicha conclusión el hecho de que en las etapas formales del juicio sobre el fondo de la acción o acciones instauradas en el pleito, se hubieran formulado por vía de excepción o defensa los mismos argumentos en que se fundamenta el conflicto de jurisdicción en examen.

En mérito de lo expuesto y de los preceptos de ley y Constitucionales citados en el cuerpo de esta resolución, se declara que ha lugar a lo pedido por el Presidente de la República en su solicitud de fs. 122, y, en consecuencia, deberá el Juez del Tercer Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago abstenerse de seguir tramitando la presente causa y archivarla, por ser incompetente, en forma absoluta, los Tribunales Ordinarios de Justicia, para conocer y decidir el asunto planteado en la demanda de foja uno.

Publíquese en la Gaceta de los Tribunales.

Regístrese y devuélvanse.

Pleno de la Corte Suprema (Sres. Silva, Illanes, Montero, Espinosa, Salazar, Méndez, Eyzaguirre, Ortiz Castro, Ortiz Sandoval y Bórquez).

Redacción del Ministro don Israel Bórquez.

MATERIA

ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DE TRIBUNALES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS

ÓRGANO COMPETENTE

Corte Suprema

*Tipo de recurso:* Contienda de competencia.

*Rol:* s/i

*Fecha:* 1967

*Resultado recurso:* Acogido

*Ministros mayoría:* Manuel Montero Molina, Ramiro Méndez Brañas, Eduardo Varas Videla, Enrique Urrutia Manzano, Israel Bórquez Montero.

*Ministros minoría:* Osvaldo Illanes Benítez, Eduardo Ortiz Sandoval, Ricardo Martín Díaz, Luis Retamal y Juan Pomés García.

*Ministro redactor:* Israel Bórquez Montero.

*Partes:* Presidente de la República con Juez de Melipilla.

DESCRIPTORES

Contencioso Administrativo – Contienda de Competencia – Tribunales Ordinarios – Actos de la Administración – Actos de Autoridad

PRINCIPIO JURÍDICO

Los tribunales ordinarios no son competentes para conocer las acciones de ilegalidad contra los actos de autoridad.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 87 CPR de 1925; Art. 38 Ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Pueden los tribunales ordinarios conocer de la legalidad de un Decreto Supremo a consecuencia de un interdicto posesorio?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El Presidente de la República, de conformidad a lo establecido en el artículo 38 de la Ley N° 12.927, había dictado el Decreto Supremo 931/1967, mediante el cual ordenaba la reanudación de faenas en el fundo Paico Alto de la comuna de El Monto, designando interventor.

El afectado interpuso un interdicto posesorio ante el juez de Melipilla, quien lo acogió a tramitación.

El Presidente de la República interpuso contienda de competencias, pues en su opinión no puede ninguna otra autoridad calificar la legalidad o constitucionalidad de una medida, pues el Jefe de Estado estaría ejerciendo potestades en tanto “autoridad suprema de la nación”.

*APLICACIÓN A LOS HECHOS (RESUMEN DE LA DECISIÓN)*

Si la acción posesoria persigue que no se perturbe o embarace una posesión, resulta, como conclusión ineludible que esa querrela es de la exclusiva competencia de los tribunales de Justicia, porque el objeto que con ella se persigue, el bien jurídico que se pretende proteger, es simplemente la tutela legal al hecho de la posesión (C. 6).

Que existe uniformidad en la doctrina y en la jurisprudencia de esta Corte en reconocer que si bien los tribunales de justicia carecen de jurisdicción para resolver la legalidad o ilegalidad de un decreto supremo, se encuentra plenamente facultados para desconocer la eficacia al acto de autoridad que excede los límites que le han fijado la Constitución y las leyes, cuando dicho problema se discute dentro de un juicio cuyo conocimiento les corresponde. Esto es lo que sucede en el presente caso: es el tribunal ante quien se entabló a querrela de amparo quien debe resolver si el decreto objetado y los actos del interventor designado importan o no un acto de turbación o embarazo a la posesión; y a la parte litigante que se considera agraviada con el fallo que se pronuncie, deducir los recursos que le franquea la ley para obtener la enmienda o invalidación de la resolución. Ese es el camino que señala la ley (C. 8).

Sobre todos los razonamientos de orden meramente legal ya enunciados existe en juego en este asunto un problema del más alto interés y de la mayor trascendencia para el normal funcionamiento del orden jurídico dentro del Estado de derecho cual es la garantía del ciudadano frente al poder público. Se pretende que la anterior conclusión se opondría al ya histórico principio de la división de poderes del Estado, porque significaría una preponderancia del Poder Judicial sobre el Ejecutivo, pero, antes, y por el contrario, esa conclusión, no es sino la expresión del postulado hoy en día universalmente aceptado en el mundo libre: el control recíproco de los Poderes del Estado, reconocido expresamente en la CPR, como único medio eficaz y oportuno para salvaguardar los derechos de la persona humana (C. 9).

*CONCLUSIÓN*

Los tribunales ordinarios sí son competentes para conocer de un asunto en el que esté involucrado un Decreto Supremo, si la acción ejercida es de aquellas que la ley les reconoce expresamente, sin que por ello se afecte a la Constitución, sino que por el contrario implica su reforzamiento.

*IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN*

El caso juez de Melipilla implica el inicio del camino a la tesis de la Corte de la plena competencia para conocer los asuntos contencioso administrativos, especialmente desde la perspectiva de la protección de los derechos de las personas.

Este caso toca además una cuestión especialmente sensible por aquellos años y será la objeción de los Decretos de reanudación de faenas. Tras esta sentencia, la CGR se va a transformar en la principal institución que objetará la legalidad de algunos de estos decretos desde 1968 hasta septiembre de 1973 (ver en este sentido los dictámenes Nros. 60.058/1962; 81.916/1968; 43.315/1971; 58.371/1971; 87.708/1971; 18.447/1972; 1.638/1973).

## TEXTO COMPLETO

1º Que en esta causa, S. E. el Presidente de la República sostiene que la facultad de dictar decretos en uso de atribuciones privativas y exclusivas que la Constitución y una ley expresa le otorgan, la ejercita en virtud del poder público de que está investido como suprema autoridad de la Nación, y por lo mismo no correspondería a ninguna otra autoridad ni a ningún otro funcionario calificar su legalidad o constitucionalidad, ni aun cuando con ellos afectare intereses de un particular. Y precisamente por eso, el Juez de Melipilla carecería de jurisdicción para conocer y fallar un interdicto posesorio en el cual el embarazo a la posesión del actor estaría constituido por la dictación del Decreto Supremo 931 de 9 de noviembre último, expedido en uso de aquellas facultades exclusivas. En cuanto el juez se arrogaría una competencia que no tiene, se estaría frente a una contienda de competencia. Sostiene, además, como fundamento para afirmar la falta de jurisdicción del Juzgado de Letras de Melipilla y la existencia de la contienda de competencia con el mismo, que el Decreto Supremo 931 que ordena la reanudación de faenas en el fundo Paico Alto de la Comuna de El Monte y designa interventor, es perfectamente legal. En efecto, dice: “La facultad de ordenar la reanudación de faenas en caso de producirse huelgas en determinadas actividades nacionales y la facultad de calificar las circunstancias que aconsejan la adopción de tal medida, son privativas del Presidente de la República como se desprende del inciso 1o del artículo 38 de la Ley N° 12.927, sobre Seguridad Interior del Estado que expresa: “En caso de paralización de Industrias vitales para la economía nacional o de empresas de transporte, productoras o elaboradoras de artículos o mercaderías esenciales para la defensa nacional o para el abastecimiento de la población o que atiendan servicios públicos o de utilidad pública, el Presidente de la República podrá decretar la reanudación de faenas con intervención de las autoridades civiles o militares”. Resulta de este precepto, agrega el señor Presidente, que el Decreto 931 fue dictado en uso de facultades privativas y exclusivas que la Constitución en sus artículos 60, 71 y 72, N° 2, y una ley expresa otorgan al Presidente de la República. Afirmar que los Tribunales de Justicia pueden impedir la ejecución y cumplimiento de un decreto que el Presidente de la República dicta como Jefe de Estado, realizando un acto de Gobierno relativo al mantenimiento del orden público, político o económico, entrando a calificar y dictaminar sobre la legalidad o ilegalidad de ese decreto, mediante el cual se ejercitan atribuciones exclusivas y privativas de la primera autoridad del país, equivaldría a sostener la prioridad de las decisiones de un tribunal ordinario de justicia sobre las adoptadas por el Poder Ejecutivo en asuntos que son de su exclusiva incumbencia. Sostiene también que dentro de nuestro sistema jurídico, el control de la legalidad o constitucionalidad de los actos de un Poder Público por otro, se encuentra específicamente reglamentado por preceptos expresos. Así, a la Corte Suprema le corresponde pronunciarse acerca de la inaplicabilidad de normas legales en juicios, en los casos señalados por el artículo 86 de la Constitución. A la Corte de Apelaciones respectiva, pronunciarse sobre la legalidad de las resoluciones u omisiones de las municipalidades y de los alcaldes (artículo 115 de la Ley de Municipalidades). Excepcionalmente a la justicia ordinaria, resolver sobre determinados actos o resoluciones de autoridades administrativas, como ocurre en el Código Tributario, en el Código Sanitario y en determinadas leyes especiales. A su vez, los tribunales superiores de justicia, lo mismo que el Poder Ejecutivo, se encuentran sujetos al control político del Congreso Nacional, en los casos a que se refieren los artículos 39, N° 1, letras a), b) y c), 42, N° 1, y 76 de la Constitución Política del Estado. No existe, agrega, en cambio, ningún precepto de nuestra legislación que encargue a los tribunales de justicia, el control de la legalidad o constitucionalidad de los Decretos del Presidente de la República. Nuestros autores y nuestra jurisprudencia tienen establecida la doctrina de que “no pueden los tribunales pronunciarse en un sentido general acerca de la ilegalidad o inconstitucionalidad de un Decreto Supremo. Al contrario, el artículo 4º de su Código Orgánico les prohíbe a los tribunales de justicia mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos. En la especie, continúa, no se trata de un decreto supremo dictado como expresión de un acto de gestión relacionado con contratos o convenciones en que el Presidente de la República interviene como jefe de la administración pública y representando los

intereses patrimoniales del Estado, caso en que los efectos jurídicos del acto pueden ser apreciados por los tribunales. Éstos pueden, en tal evento, dejar de aplicar disposiciones emanadas del Poder Ejecutivo si consideran que exceden o contravienen preceptos de una Ley. Tampoco se trata de la interpretación del derecho legal de un particular ya reconocido por Decreto Supremo, en que no se discute la facultad privativa del Presidente de la República para otorgarlo, sino el alcance o extensión que le atribuyen determinados funcionarios de la administración pública. Que no se trata de un caso en que exista controversia entre partes relativas a intereses patrimoniales o pecuniarios, entregada al conocimiento y decisión de un tribunal, caso en el cual éste tiene que resolverla conforme a la Ley, prescindiendo, si es necesario, de preceptos reglamentarios reñidos con el mandato del legislador. Que se trataría, en este caso de una acción judicial tendiente a obtener directamente o como fundamento de la decisión judicial, la declaración de ilegalidad de un Decreto Supremo que expresa un mandato de la autoridad suprema del Estado; de una acción judicial tendiente a impedir la ejecución de una orden del Jefe del Estado, de una decisión del Gobierno, que el Presidente de la República impartió actuando como autoridad pública; impidiéndolo, precisamente, fundándose en que esa orden o mandato sería ilegal. Que es evidente, continúa, que el Decreto Supremo 931, del Ministerio del Trabajo, que ordenó reanudar las faenas interrumpidas por una huelga en el fundo Paico Alto, constituye un acto de autoridad, un acto de Gobierno, destinado a restablecer el orden en un lugar determinado de nuestro territorio; sin que exista ninguna duda acerca de que el Jefe del Estado lo dictó en el legítimo ejercicio de facultades privativas y exclusivas que le corresponden como autoridad. Que es manifiesto, por lo mismo, que los tribunales de justicia no pueden calificar ese acto del Poder Ejecutivo, del Gobierno; ni pueden dictar resoluciones que impidan su cumplimiento, basándose en que se trata de una orden o mandato ilegal. Son otros los caminos o recursos que la Constitución y las leyes franquean a quienes estiman lesionados sus derechos o se sienten perjudicados por los actos de un poder público. Y afirma, también, que la indicada querrela posesoria no tiene otro objeto que el de impedir que el interventor designado asuma las funciones que le corresponden, dejando sin aplicación el indicado Decreto Supremo por virtud de una resolución judicial. El principal fundamento de la demanda, en efecto, es la ilegalidad de ese decreto; a juicio del querellante, el Presidente de la República habría incurrido en un vicio de forma en la dictación del decreto, fuera de que no habría tenido facultad para dictarlo, por no existir en el predio Paico Alto las situaciones de hecho que se tuvieron presentes al ordenar la reanudación de faenas suspendidas por una huelga;

2º Que conferido traslado de esa petición, el actor ha expresado que para establecer a quien corresponde la competencia para conocer de una determinada materia, lo primero es precisar con claridad cuál es la materia sobre la cual debe resolverse; y continúa señalando: “la acción interpuesta ante V. S., según consta de autos, es una querrela posesoria de amparo fundada en las disposiciones del Código Civil y concretamente en el artículo 921 de dicho Código. No se ha demandado ante V. S., la nulidad o ilegalidad de un Decreto Supremo dictado por su Excelencia el Presidente de la República y para demostrarlo, basta leer el petitorio de la demanda en el que sólo se solicita el amparo en la posesión que tiene mi parte sobre el predio de su dominio denominado Fundo El Paico. A nuestro entender, la competencia de V.S. para conocer de esta querrela de amparo, no puede ser siquiera discutida ya que ella emana de claras disposiciones legales como son los artículos 45, Nº 2, letra f) y 143 del Código Orgánico de Tribunales. Especialmente este último precepto, que establece que los interdictos posesorios se reputan de mayor cuantía, cualquiera que sea el valor de los bienes a que se refiere y sólo es competente para conocer de ellos, el juez letrado del departamento en que estuvieren situados dichos bienes. V.S., no sólo es competente para conocer de la querrela posesoria interpuesta por mi parte, sino que además, tiene obligación de fallarla de acuerdo con lo establecido en el inciso 2º del artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales. Sostiene el oficio de Su Excelencia el Presidente de la República con el objeto de afirmar su argumentación en cuanto a la falta de jurisdicción que alega, que V. S. no podía dictar sentencia

respecto de la querella posesoria interpuesta por mi parte, sin declarar ilegal el Decreto Supremo 931 del Ministerio del Trabajo. No es exacta esta afirmación, ya que bien pudiera ocurrir que V. S. estimase que la querella posesoria debe ser rechazada, para lo cual lógicamente no haría declaración alguna de ilegalidad; pero aun en el caso de acogerse la querella, V. S. no tendría por qué declarar la ilegalidad del Decreto 931 ya citado, sino que simplemente al considerar las diversas disposiciones legales y reglamentarias que concurren en el caso sometido a su jurisdicción, podrá prescindir del referido decreto. Queda entonces en claro, a la luz de las disposiciones legales que he invocado, que V. S. es plenamente competente para conocer de la querella posesoria de amparo planteada por mi parte. En todo caso, y en manera alguna dicha competencia puede corresponderle al Presidente de la República, puesto que el artículo 80 de la Constitución Política del Estado establece que la facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la Ley y en seguida dispone que ni el Presidente de la República ni el Congreso, pueden en caso alguno ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos. Nadie ha pretendido desconocer en estos autos las facultades de Su Excelencia, para dictar Decretos Supremos ni sus prerrogativas constitucionales en esta materia. Pero esta facultad no es omnipotente e ilimitada, puesto que debe ejercer sus atribuciones de acuerdo con la Constitución y las leyes. Así lo dispone en forma expresa la parte final del artículo 71 de la Constitución Política del Estado. Dicho precepto señala el principio universalmente aceptado de la legalidad de los actos administrativos. Ahora bien, si el Presidente de la República se sale del marco de la Ley, sus actos son nulos y como tales carecen de todo valor y efecto”. Y ha agregado en seguida el actor: “Debemos analizar ahora cuál es la actitud que debe asumir un particular que se ve afectado en su persona o en sus bienes por un decreto ilegal. Evidentemente en la actualidad, no puede demandar derechamente la ilegalidad del Decreto o acto administrativo puesto que no se han creado los tribunales administrativos destinados a conocer de estas ilegalidades. Pero ello no significa que el particular debe quedar a merced de los actos ilegales del Poder Ejecutivo, puesto que ello es contrario a toda norma de justicia y al sistema de Gobierno que se denomina un Estado de Derecho. Es por ello que la unanimidad de los autores que se ocupan de esta materia establecen que si bien no existe un recurso para obtener derechamente la ilegalidad de un Decreto, los particulares que se ven afectados por decretos o actos ilegales del Poder Ejecutivo pueden plantear a los tribunales ordinarios, acciones de carácter civil o criminal que sean de su competencia, y dichos tribunales al conocer de esa causa deben dejar de aplicar el decreto que estimen ilegal. Esto es precisamente lo que ha hecho mi parte ante V. S. Afectado don Vicente Álamos por un Decreto ilegal del Presidente de la República debidamente representado por la Contraloría, en virtud del cual se le priva de la posesión material del Fundo El Paico que legalmente le corresponde, ha interpuesto una querella de amparo, acción netamente civil y de la competencia de los tribunales ordinarios según ya hemos visto. V. S. podrá, si lo estima conforme a derecho prescindir de ese decreto ilegal”. Y, por último, ha dicho el actor: “En resumen, ha quedado claramente establecido: a) Que V. S. es plenamente competente para conocer de la querella posesoria de amparo que ha sido planteada por mi parte en estos autos, y b) Que V. S. no está invadiendo atribuciones del Presidente de la República sino que por el contrario está conociendo de una materia que es de su competencia privativa y que jamás podría ser del conocimiento del Ejecutivo. En cuanto a la petición subsidiaria del oficio del Presidente de la República, considero que V. S. no está invadiendo atribuciones de nadie y que jamás puede existir contienda de competencia alguna, ya que el Presidente de la República, como ha quedado dicho, no puede avocarse al conocimiento de juicio alguno puesto que ello es atribución privativa del Poder Judicial”. Y termina el actor: “en todo caso, estimo que al plantear la contienda de competencia, el Presidente de la República está haciendo uso de un derecho que le confieren la Constitución y el Código Orgánico de Tribunales por lo que no tengo inconveniente alguno para que la Excelentísima Corte Suprema se pronuncie acerca de la petición de Su Excelencia”;

3º Que conviene consignar, que no se está en el presente caso frente a una contienda de competencia como son las reglamentadas en el Código de Procedimiento Civil, como lo señala el señor Fis-

cal en su dictamen de fojas 43, pero si ante lo que se ha llamado conflicto de jurisdicción en cuanto el Presidente de la República representa a los tribunales su absoluta falta de competencia para conocer y decidir el conflicto planteado en la demanda por el actor. En este sentido resulta que este conflicto de autoridades constituye una de aquellas “contendidas de competencia que se suscitan entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales de Justicia que no correspondan al Senado”, como lo establece el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política del Estado;

4º Que el artículo 916 del Código Civil que inicia el Título XIII del libro segundo, señala el objeto que las acciones posesorias tienen. Conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos. Si tal es el objeto de esas acciones, su razón de ser sin duda alguna, se encuentra en la paz social. De aquí resulta que tales acciones pretenden impedir que los particulares se hagan justicia por sí mismos alterando situaciones de hecho relacionadas con bienes inmuebles. Atendido lo expuesto, es obvio que esas acciones tienen por causa de pedir la posesión y por objeto pedido la conservación, la entrega o la restitución según el caso, de dicha posesión que se invoca;

5º Que como latamente se consigna en los considerandos que preceden, la única cuestión sometida a la decisión de esta Corte Suprema es el conflicto de jurisdicción promovido por S. E. el Presidente de la República al Juez Letrado de Melipilla en la querrela posesoria de amparo deducida ante ese tribunal por don Vicente Álamos y que se funda en los hechos y alegaciones que se reproducen en el acápite 1o. Para decidir tal conflicto es suficiente dar aplicación a principios de derecho que, a la vez de ser claros y precisos, son determinantes para ese objeto;

6º Que, en efecto, si se comienza por señalar que en la acción posesoria instaurada se persigue – dentro de la normativa de esa acción– que no se perturbe o embarace una posesión, resulta, como conclusión ineludible que esa querrela es de la exclusiva competencia de los tribunales de Justicia, porque el objeto que con ella se persigue, el bien jurídico que se pretende proteger, es simplemente la tutela legal al hecho de la posesión.

Obvio, es, entonces, que no es necesario demostrar que con una acción de esta naturaleza, no se pretende obtener una declaración acerca de la validez o nulidad de un decreto supremo.

Es cierto –y mucho caudal se ha hecho– de que ésta sería una acción posesoria aparente, y que en fondo, se pretendería el anterior pronunciamiento, para lo cual carecen de jurisdicción los tribunales de justicia.

Pero este razonamiento es inaceptable en derecho, porque a la autoridad que debe resolver una contienda de esta especie no le es dable entrar a fallar en única instancia y en cualquier estado procesal en que se encuentre el litigio que la origina. Su misión no puede ser otra y sin trastocar principios elementales de una sana administración de justicia, que decidir, a la luz de los antecedentes que proporcionan los autos para definir la materia o cuestión que debe resolverse, cuál será el tribunal competente para ello;

7º Que existe tal uniformidad en la doctrina de los autores y en la jurisprudencia de esta Corte en reconocer que si bien los tribunales de justicia carecen de jurisdicción para resolver la legalidad o ilegalidad de un Decreto Supremo, se encuentran plenamente facultados para desconocer eficacia al acto de autoridad que excede los límites que le han fijado la Constitución y las leyes, cuando dicho problema se discute dentro de un juicio cuyo conocimiento les corresponde, que resultaría innecesario y excesivo abundar en tales conceptos, que no se discuten.

Esto es precisamente lo que ocurre en el caso en examen: es el tribunal ante quien se entabló la querrela de amparo quien debe resolver sí el decreto objetado y los actos del interventor designado importan o no un acto constitutivo de turbación o embarazo a la posesión; y a la parte litigante

que se considera agraviada con el fallo que se pronuncie, deducir los recursos que le franquea la ley para obtener la enmienda o invalidación de la resolución. Ese es el camino que señala la ley;

8° Que se ha sostenido en estrados que una razón de “economía procesal” justificaría un pronunciamiento sobre el fondo de la acción deducida ante el competente tribunal, pero la economía procesal es un concepto teórico, sin basamento legal expreso pero que, con toda razón, se acepta y aplica en el sentido de acelerar la sustanciación de los juicios, evitando trámites inútiles, carentes de eficacia efectiva en la decisión final; sin embargo, no es posible exagerar la aplicación del principio hasta prescindir en absoluto de la normativa procesal establecida por la ley como garantía de una correcta administración de justicia, porque entonces la economía se convertiría en arbitrariedad.

Si se pidiera derechamente a un tribunal la declaración de ilegalidad de un decreto supremo, para lo cual es manifiesto que carece de jurisdicción, en razón de texto expreso, la aplicación lógica de la economía procesal, justificaría esa declaración, pero distinto es el caso, como ocurre en este proceso, en que en un litigio en que también es manifiesto que el juzgado es absolutamente competente para conocer de él, se promueve por los contendientes, entre otros, un problema de legalidad que el juez es el único llamado a resolver; y que por igual motivo, no resulta aceptable que la autoridad administrativa plantee el mismo problema a título de un conflicto jurisdiccional, para privar al tribunal de la obligación que le impone la ley de conocer y fallar los negocios que son de su competencia.

Esta misma consideración impide anticipar un pronunciamiento sobre la materia por ser ajena al problema objeto de esta decisión, y

9° Que por sobre todos los razonamientos de orden meramente legal ya enunciados existe en juego en este asunto un problema del más alto interés y de la mayor trascendencia para el normal funcionamiento del orden jurídico dentro del Estado de Derecho cual es la garantía del ciudadano frente al Poder Público.

Se pretende que la anterior conclusión se opondría al ya histórico principio de la división de los Poderes del Estado, porque significaría una preponderancia del Poder Judicial sobre el Ejecutivo, pero, antes, y por el contrario, esa conclusión, no es sino la expresión del postulado hoy en día universalmente aceptado en el mundo libre: el control recíproco de los Poderes del Estado, reconocido expresamente en la Constitución Política de la República, como único medio eficaz y oportuno de salvaguardar los derechos fundamentales de la persona humana.

Esa es una de las funciones que el artículo 3° del Código Institucional confía a los Tribunales de Justicia: facultades conservadoras para proteger el ejercicio de los derechos que consagra la Carta Fundamental: y si la Corte Suprema puede declarar inaplicable, en cada caso, un precepto legal por estimarlo contrario a la Constitución, con igual razón el tribunal que conoce de una causa, puede aplicar o dejar de aplicar un decreto supremo, según lo considere o no ajustado a las normas por las cuales debe regirse el ejercicio de la autoridad pública.

Este es, como ya se expresó, el medio más eficaz de protección, porque los otros recursos que contempla la Constitución obedecen a una finalidad diferente de la que es posible obtener de los órganos jurisdiccionales a los cuales pueden recurrir las personas que se sienten lesionadas en sus derechos, ejercitando las múltiples y variadas acciones judiciales que al efecto contemplan las leyes, sin obligarlos a esperar las contingencias propias de un juicio político.

Así es posible obtener un justo equilibrio de poderes, base inamovible de un verdadero ordenamiento jurídico en que todo derecho está respaldado por la correspondiente acción que se dirige al órgano público al cual le corresponde el ejercicio de este aspecto de la Soberanía Nacional.

Como conclusión de todo lo anterior, resulta que no procede dar acogida al conflicto de jurisdicción de que se ha hecho mérito, y

Atendido lo expuesto, se declara que el Juez Letrado de Melipilla es competente para seguir conociendo de la querrela posesoria de amparo interpuesta por don Vicente Álamos.

Se previene que el Ministro señor Varas tuvo, además, en consideración:

1º Que es indudable que los Tribunales ordinarios de Justicia son competentes para conocer de una querrela posesoria de amparo fundada en las disposiciones pertinentes del Código Civil y especialmente en el artículo 921 de dicho Código, pues así lo establecen los artículos 45, inciso 2o, letra f), y 143 del Código Orgánico de Tribunales. En caso alguno Su Excelencia el Presidente de la República podría avocarse el conocimiento de una querrela posesoria cuyo fallo es obligatorio para los Tribunales de acuerdo con lo prevenido por el artículo 10, inciso 2o, del Código citado, y el Poder Ejecutivo está inhibido para ejercer funciones judiciales conforme al artículo 80 de la Constitución Política.

2º Tampoco es posible desconocer las facultades de Su Excelencia el Presidente de la República para dictar decretos supremos y para ejecutarlos. Pero esta facultad no es ilimitada puesto que debe ejercer sus atribuciones de acuerdo con la Constitución y las leyes según lo dispone el artículo 71 de la Constitución Política.

Si estos decretos exceden sus atribuciones o contrarían la Constitución o las leyes deber ser representados por la Contraloría General de la República como ocurrió en el caso en estudio y si el Ejecutivo dicta un decreto de insistencia, suscrito por el Jefe del Estado y todos sus Ministros, dicho decreto se cumple sin perjuicio de su responsabilidad política por la cual puede ser acusado por la Cámara de Diputados y juzgado por el Senado en la forma que determina nuestra Carta Fundamental.

3º Ello no significa que los particulares afectados por el decreto ilegal en su persona, en su libertad o en su patrimonio, queden privados de todo apoyo legal y solo puedan instar por la acusación constitucional.

Los ciudadanos afectados disponen de las acciones y recursos que las leyes les franquean, ya sea del recurso de amparo o de las acciones criminales o civiles que establece la Ley y si la acción ejercitada es jurídicamente procedente, debe ser conocida por los tribunales ordinarios de justicia, los cuales tienen atribuciones para dar aplicación preferente a la Constitución Política y a las leyes de la República y no aplicar aquellos decretos supremos, reglamentos u ordenanzas que vulneran dichos cuerpos legales.

Como todavía no se han creado los tribunales administrativos, carecen de atribuciones para declarar nulos dichos decretos ilegales pero pueden desconocer su eficacia dentro del orden jurídico de prelación que la Constitución establece.

4º Negar a los tribunales el derecho para conocer de las querrelas posesorias o de dominio o de los recursos de amparo que los afectados interpongan cuando sus derechos esenciales son amagados por un decreto ilegal o por un acto de autoridad abusivo, sería desconocer la obligación primordial que el Poder Judicial tiene de hacer justicia y de hacer respetar los derechos de los habitantes que la ley somete a su protección y cuidado.

5º Esta doctrina ha sido reconocida unánimemente por todos los profesores de Derecho Administrativo.

En efecto, el Profesor don Patricio Aylwin sostiene que los tribunales, en los asuntos civiles y criminales propios de su competencia, tienen facultad suficiente para interpretar el alcance de los

actos administrativos y aun calificar su legalidad y si bien en este último caso la jurisprudencia ha resuelto que los tribunales ordinarios no pueden anular un acto administrativo ilegal, han admitido en cambio que en los casos particulares de que conocen pueden prescindir de aplicar tales actos.

Don Guillermo Varas manifiesta “En general todo decreto debe ser cumplido pero en el orden civil los tribunales de justicia llamados a apreciar la legalidad o ilegalidad de un decreto pueden negar sus efectos al decreto que estiman ilegal, cualquiera que sea el mérito que pueda corresponderle en el orden administrativo o público”.

Don Enrique Silva Cimma expresa “Corresponde no obstante a la justicia ordinaria apreciar la fuerza obligatoria de los preceptos de la ley y los decretos que deben aplicarse en las contiendas sometidas a su decisión puesto que si se privara a los jueces de esta libre apreciación, quedarían impedidos de ejercer cumplidamente sus funciones”.

Don Alejandro Silva Bascuñán expresa que los tribunales no están facultados para dejar sin efecto los decretos ilegales, porque reconocerlo importaría aceptar que pueden entrometerse en las funciones encomendadas al Presidente de la República.

Sin embargo, tal conclusión no puede significar que los particulares afectados por un decreto o reglamento no tengan medio alguno para defenderse de las consecuencias que en su persona o bienes emanan de sus disposiciones.

Los tribunales están facultados para resolver las causas que se presentan a su decisión y al hacerlo deben atenerse a la jerarquía de las normas jurídicas dentro de cuya graduación, las disposiciones del Poder Ejecutivo tienen menor valor jurídico que las contenidas en la Carta Fundamental, como en las leyes ordinarias de modo que en cuanto exceden o contrarían estos superiores marcos, los decretos y reglamentos no pueden ser aplicados en la resolución de una causa que se somete a la decisión de los magistrados;

6º Que en el presente caso S.E. el Presidente de la República dictó un decreto supremo que ordenaba la reanudación de faenas en algunos fundos y los sometía a intervención.

La Contraloría General de la República objetó la legalidad de dicho Decreto teniendo como principales fundamentos:

a) Que el artículo 38 de la Ley Nº 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado faculta al Presidente de la República para decretar la reanudación de faenas con intervención de autoridades civiles o militares en casos de paralización de industrias vitales para la economía nacional o de empresas de transportes, productoras o elaboradoras de artículos o mercaderías esenciales para la defensa nacional o para el abastecimiento de la población o que atiendan servicios públicos o de utilidad pública.

La agricultura no quedó incluida en dicha disposición de acuerdo con la interpretación gramatical del precepto o dentro del tratamiento que le concede la legislación chilena.

b) Cuando en los predios agrícolas se produce un conflicto colectivo, se rige por las disposiciones del Título V del Libro III del Código del Trabajo y no rigen para ellos las disposiciones del Título II del Libro IV quedando los conflictos agrícolas al margen de las disposiciones existentes para los conflictos que se producen en la industria y el comercio.

c) La Ley de Seguridad Interior del Estado tampoco considera dentro de sus posibilidades ordenar la reanudación de faenas en los conflictos colectivos de la agricultura, porque la disposición del artículo 626 del Código del Trabajo es inaplicable a la agricultura por la exclusión hecha por el artículo 469 de dicho Código.

d) El artículo 38 de la Ley de Seguridad Interior del Estado establece que el personal en conflicto debe volver al trabajo en las condiciones que determina la Junta Permanente de Conciliación y ello no puede aplicarse a los conflictos colectivos de la agricultura porque la Junta Permanente de Conciliación no tiene intervención alguna en tales conflictos pues existe una Junta Especial de Conciliación y Arbitraje Agrícola y nace y se extingue el conflicto y no tiene carácter permanente, todo lo cual demuestra que el artículo 38 de la Ley de Seguridad Interior del Estado no puede aplicarse a los conflictos de la agricultura.

7° Que habiéndose rechazado por ilegal el Decreto de reanudación de faenas por la Contraloría General de la República por las razones dadas en el fundamento anterior, se dictó un decreto de insistencia que ordenó la intervención y el hecho de que el fundo del señor Álamos fuera ocupado por el inventor, motivó la querrela posesoria de amparo iniciada por el señor Álamos y de que conoce el juzgado de Letras de Melipilla, en la cual se pretende que se dé cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 916, 918, 920, 921, 922, 924 y 925 del Código Civil que protegen la posesión, y son los tribunales de la instancia los que deben tramitar y decidir la acción deducida y analizar si el decreto supremo cuestionado debe prevalecer o no sobre las disposiciones de la Constitución Política y del Código Civil que amparan el dominio y la posesión de los predios y este problema jurídico no puede ser decidido de inmediato por esta Corte, sin forma de juicio al resolver esta contienda, privando al particular afectado de una acción cuyo conocimiento la Constitución y la ley entregan al juzgamiento de los tribunales ordinarios de justicia.

Acordada contra la opinión de los Ministros señores, Miañes, Ortiz Sandoval, Martín, Retamal y Pomés, quienes estuvieron por acoger lo pedido por el Presidente de la República en su solicitud de fojas 28 y declarar, en consecuencia, que el Juez Letrado de Melipilla debe abstenerse de seguir tramitando esta causa y ordenar su archivo, en mérito de las siguientes consideraciones:

Aceptan los fundamentos primero, segundo, tercero y cuarto del fallo, y no los demás y tienen presente:

1° Que el artículo 72, N° 2, de la Constitución Política del Estado confiere al Presidente de la República la facultad de dictar los decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes. El artículo 38 de la Ley N° 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado, transcrito en el primer fundamento de este fallo, autoriza al Presidente de la República para decretar, la reanudación de faenas en los casos que el mismo precepto señala. Resulta así que la conveniencia de dictar el respectivo decreto es un facultad constitucional del señor Presidente y a él le corresponde calificar la conveniencia del decreto, sin perjuicio de su responsabilidad política de acuerdo con el artículo 39, N° 1, letra a), de la Carta Fundamental por “infringir abiertamente la Constitución o las leyes”.

El Poder Judicial por su parte, tiene, según el artículo 80 de la misma Carta, la facultad de juzgar las causas civiles y criminales.

Ha ocurrido en el caso de autos que un decreto del Presidente de la República ha amagado el interés particular, suscitándose el problema de que, por una parte el Presidente de la República para poner en ejecución el artículo 38 de la Ley sobre Seguridad Interior del Estado ha hecho uso de su facultad constitucional de dictar un decreto de reanudación de faenas, y por otra, la autoridad judicial podría impedir el ejercicio de tal facultad del Poder Ejecutivo.

Si la facultad presidencial no puede ser inhibida por la judicatura, el particular afectado quedaría sin recursos judiciales para enervar la acción presidencial aunque tendría el de la acusación constitucional para hacer efectiva la responsabilidad política del Presidente. También podría responsabilizar a los Ministros firmantes del Decreto conforme al artículo 76 de la misma Carta.

Si, en cambio, la judicatura puede intervenir en el asunto, como en cualquier otro del orden temporal, y hasta decretar, como sucedió en el caso de autos, una medida precautoria destinada a

impedir el cumplimiento del decreto del Ejecutivo, el Presidente de la República estaría inhibido para ejercer el derecho constitucional de dictar los decretos que crea convenientes para la ejecución de la Ley sobre Seguridad Interior del Estado.

Hay, pues, un antagonismo aparente de autoridad en que una de ellas ha de tener primacía y capacidad legal para impedir a la otra el ejercicio de su aparente facultad constitucional.

Y es aparente, porque en el legislador no caben jurídicamente contradicciones capaces de romper la división de Poderes, o su armonía, o de paralizar la acción del que tenga derecho a actuar.

Pues bien, el acto político en cuanto tal, está fuera del control del Poder Judicial. No puede, este Poder revisar la validez de los actos del Poder Ejecutivo en el plano administrativo. Podría sólo intervenir en los efectos perjudiciales que tales actos pudieran producir en el patrimonio particular, sin pretender la inhibición del Ejecutivo en la ejecución o cumplimiento de sus decisiones, para determinar si la disminución patrimonial producida constituye o no perjuicio indemnizable.

A esto habría que agregar que el acto de autoridad o de poder emanado de los artículos 60 y 71 de la Constitución tiene por fin principal velar por el orden público y la seguridad del Estado que especialmente corresponde –según esos preceptos– al Presidente de la República y no puede, por tanto, tal acto ser paralizado por la interposición de un juicio posesorio porque de ser esto posible, el acto de Gobierno podría ser anulado en cualquier caso en que se ejercitara una acción de esa especie.

Las facultades que a él se le otorgan en el artículo 38 de la Ley de Seguridad Interior del Estado, tienen como objetivo esencial asegurar la paz social y el bienestar económico de la Nación y, por ende, el orden público, cuando se producen conflictos que afectan a industrias vitales o a empresas productoras que abastecen a la colectividad, que pueden engendrar graves trastornos a la estabilidad institucional.

Hay, es cierto, leyes especiales que en determinados casos confieren a la autoridad judicial la facultad de juzgamiento, por medio del recurso de reclamación, respecto de actos de las autoridades políticas o administrativas; pero el Poder Judicial no puede intervenir en la gestación o cumplimiento del acto político o administrativo sino cuando la ley expresamente lo ha establecido, y sólo, como regla general, puede calificar su legalidad cuando tales actos han producido daño o perjuicio a los particulares y éstos demandan la indemnización competente, ya cumplido el acto de autoridad;

2º Que la tesis que se viene sustentando es la misma que tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido ya respecto a los derechos de los particulares que se sientan afectados en su patrimonio o personas por decretos del Poder Ejecutivo que estimen ilegales en el sentido de que puedan ocurrir a los tribunales de justicia planteando las acciones civiles o criminales que sean de su competencia, y en tales casos, conociendo de esas acciones, pueden prescindir de aplicar al caso concreto que les ha sido sometido por la acción que les daba aquella competencia, el decreto ilegal, aplicando las normas jurídicas correspondientes dentro de su natural jerarquía.

Pero esto no implica que el Poder Judicial pueda transformarse, como ya se ha dicho, en un Poder contralor del Ejecutivo y pronunciarse sobre la validez y juridicidad de sus resoluciones en el ámbito de la administración y es por eso que ya se ha resuelto que aquel Poder Público no puede declarar en sentido general la ilegalidad o inconstitucionalidad de un Decreto Supremo emanado de S.E. el Presidente de la República. Otra conclusión sería obviamente equivocada ya que iría contra la letra y el espíritu de la Constitución Política que establece la separación de los Poderes Públicos según la fórmula clásica de los tres poderes, que ejercen sus funciones de un modo independiente, pero en una labor coordinada y respetuosa de sus respectivas atribuciones, sin que a ninguno de ellos le sea permitido, invadir las facultades del otro, dentro de sus correspondientes

esferas. Es decir, no es aceptable según esa fórmula que alguno tenga preeminencia sobre los otros. Sólo de esta manera se conserva el equilibrio.

Y, por último, hay otras bases de esa estructura jurídica, constituidas por las diversas ramas del Derecho, entre las que sobresale en los tiempos contemporáneos el derecho socio-económico, inspirado por diversos factores científicos y técnicos.

En suma, el Estado de Derecho es una concepción esencialmente dinámica. Sigue el camino de la constante evolución del hombre para lograr su perfeccionamiento espiritual, moral y material;

3º Que precisado el alcance de la contienda de competencia en la forma establecida en el considerando tercero de la sentencia y lo expuesto en los dos fundamentos que preceden, corresponde a esta Corte pronunciarse sobre la validez de las afirmaciones de Su Excelencia el Presidente de la República referidos en el motivo primero del fallo. Si fuere efectiva la tesis que sustenta, el Juzgado de Melipilla carecería de jurisdicción en definitiva para declarar como constitutiva de embarazo a la posesión y como fundamento para acoger la acción posesoria interpuesta, la dictación del Decreto de reanudación de faenas y de nombramiento de interventor, ya que no podría un acto de autoridad legítima importar el embarazo a la posesión que la ley pretende evitar tutelándola;

4º Que no parece oportuno retardar un pronunciamiento sobre la validez de la afirmación presidencial referida anteriormente tanto porque ello pugnaría con una recta administración de justicia ya que de ser efectiva sería clara la falta de jurisdicción del juzgado de Letras de Melipilla para conocer de esta controversia, cuanto porque el principio de la economía procesal así lo aconsejaría.

Es efectivo que este último es un principio teórico sin basamento legal, pero no que su aplicación sea sólo restringida al aceleramiento de la substanciación de los juicios. Se ha dicho por los autores que este principio tiende al máximo de resultados en el proceso con el mínimo de actividad jurisdiccional del Estado, esto es, se encamina al logro de la brevedad en los procedimientos eliminando las situaciones innecesarias que postergan la solución de los litigios con perjuicio de los que actúan en ellos que soportan las deficiencias de una justicia tardía, y con menoscabo de la autoridad judicial que se desprestigia con el retardo injustificado de un fallo constituyendo su verdadero fin la abstención de la declaración de un derecho con el menor esfuerzo de actividad frente al órgano jurisdiccional. Y es este el sentido con que ha sido aplicado antes por la Corte;

5º Que a este respecto es necesario consignar los siguientes hechos: a) En la querrela posesoria deducida por el señor Vicente Álamos, a foja 1 se expresa que mediante la dictación del Decreto 931 de 9 de noviembre último, se ha ordenado la reanudación de faenas en el fundo "Paico Alto" del que es usufructuario y se ha designado interventor al señor Luis Pizarra; que "el Decreto 931 que S.E. el Presidente de la República ha dictado excede sus atribuciones constitucionales o legales"; que "si S.E. ha dictado un Decreto de reanudación de faenas basado precisamente en el artículo 38 de la Ley N° 12.927, la que no es aplicable a los conflictos de la agricultura como se ha expresado, se ha salido de la esfera de sus atribuciones y el acto administrativo que ha dictado carece de todo valor por aplicación del artículo 4º de la Constitución Política del Estado; que "ante la ilegalidad que para él reviste el decreto de reanudación de faenas, se ha negado a aceptarlo"; que "la personería del señor Pizarra emana de un decreto absolutamente ilegal"; que "resulta claro que la intervención ilegítima de un funcionario, cuyas instrucciones se me dice debo acatar, y en caso de no hacerlo así, que él tomará la administración de mi fundo, constituye una amenaza y una turbación de mi posesión"; que "con la sola dictación y publicación de este decreto existe una amenaza de turbación o molestia en mi posesión y la presencia física del interventor en mi fundo el día 28 de noviembre pasado, oportunidad en que concurrió con el fin de hacerse cargo de su función y en caso de que yo me negase a aceptarlo a tomar sobre sí la administración del fundo constituye un hecho concreto de turbación, embarazo o molestia en mi posesión"; que "como la

amenaza de turbación ocurrió con la publicación del Decreto, esto es el día 25 de noviembre y el acto de turbación o molestia ocurrió el día 28, está en plazo para ejercer la querrela de amparo”, que “ante la dictación de un Decreto absolutamente ilegal, y careciendo nuestro país de tribunales administrativos que puedan resolver este problema, sólo tiene a su alcance el recurso de deducir esta querrela posesoria pidiendo se le ampare por los tribunales su posesión amenazada injustamente por un decreto de autoridad ilegítima”; que “si U.S. no está llamado específicamente a pronunciarse acerca de la legalidad o ilegalidad de este decreto emanado del Poder Ejecutivo, tiene frente a S.S. un derecho anterior como es mi derecho de usufructo y un hecho como es la posesión tranquila que estoy ejerciendo desde hace más de un año la que se encuentra injustamente amenazada. Ante esta alternativa, la doctrina unánime y la jurisprudencia de los tribunales han resuelto la competencia de éstos para conocer en este caso de un juicio propio o de su competencia en el cual está accionando contra los efectos de un acto ilegítimo cuyo cumplimiento me está turbando en mi posesión”; y que “como mientras esté vigente el Decreto 931 del Ministerio del Trabajo, me siento amenazado en mi posesión, pues en cualquier momento el señor interventor podría entrar al fundo con ayuda de la fuerza pública y pretender administrar el fundo, junto con pedir el amparo en mi posesión solicito seguridades contra el daño que me amenaza”; y b) En el petitorio de la aludida querrela posesoria el actor señor Vicente Álamos solicita se disponga “a) que el señor Luis Pizarra Contador no puede perturbar o embarazar la posesión que tengo sobre el fundo ‘Paico Alto’ de la Comuna de El Monte, de este departamento, como usufructuario que soy, y b) que como medida de seguridad de que mi posesión no será turbada, se prohíba al señor Luis Pizarro Contador ejercer la intervención y tomar la administración del fundo ‘Paico Alto’, para lo cual incluso se dará la fuerza pública si fuere necesario, y bajo el apercibimiento de multas o arrestos en caso de contravención, que serán reguladas prudencialmente por S.S.”;

6° Que la petición del actor para que se declare que el interventor demandado no puede perturbar o embarazar su posesión y que como medida de seguridad de la misma, se prohíba al señor Pizarro ejercer la intervención, sólo puede racionalmente ser acogida declarando la ilegalidad e impidiendo el cumplimiento del ya nombrado Decreto 931. En efecto, si bien el actor ha accionado invocando la posesión, no ha sido su conservación, reconocimiento o restitución lo que ha perseguido, esto es, no se está en presencia de una acción posesoria en su verdadero sentido jurídico, si no sólo de una acción formalmente denominada y entablada como tal. Es bien sabido que las acciones como institutos jurídicos que son, corresponden a una determinada especie o categoría según los elementos esenciales que las integran relacionados con los fundamentos que se invocan y lo que substancialmente se pide, y no según la denominación que se les dé a la forma en que se presenten en los tribunales.

No cabe duda, por lo que se ha expresado sobre los fundamentos de la acción deducida y las peticiones en ella formuladas, que tiende a la inhibición de la acción política del Ejecutivo, como lo demuestra la medida precautoria pedida y decretada para impedir que el interventor designado obre como lo manda el decreto del Poder Ejecutivo, puesto que tales medidas sólo pueden tender a asegurar el resultado de la acción instaurada, y si el demandante y el juez entendieron que la acción se aseguraba mediante la prohibición de actuar por parte del interventor, es obvio que tal inteligencia emana de que estimaron que la acción tiende precisamente a impedir la ejecución del decreto gubernativo por estimarlo ilegal.

Confirma, además, lo dicho, la circunstancia de que la demanda fuera deducida precisamente contra don Luis Pizarro Contador en su calidad de interventor en el fundo “Paico Alto”, designado por el mencionado decreto N° 931 del Ministerio del Trabajo, y es obvio entonces que la pretensión del actor va encaminada exclusivamente a impedir el cumplimiento de aquel acto de Gobierno.

A este mismo respecto y en relación con la materia de que aquí se trata, es necesario por último agregar que no puede la tutela de la posesión proyectada en el ejercicio de una acción posesoria traducirse en la inhibición de derechos constitucionales legítimamente ejercitados;

1º Que de todo lo dicho y como su natural consecuencia, se puede afirmar que en autos lo que realmente se ha pedido es la declaración de ilegalidad del citado Decreto, petición esta formalmente indirecta, pero racionalmente indispensable ya que se formula mediante el procedimiento de solicitar una declaración que es necesariamente consecuencial de la de nulidad del referido Decreto, materia esta ya tratada en las consideraciones primera y segunda que preceden;

8º Que en las condiciones que han quedado señaladas y dando aplicación a los principios indicados en el fundamento cuarto de los disidentes, obvio es concluir que el Juzgado de Letras de Melipilla es incompetente en forma absoluta para conocer y decidir la materia planteada en la demanda de foja 1, de la manera como ha sido deducida.

Transcríbase a S.E. el Presidente de la República.

Oswaldo Illanes B. – Manuel Montero M. – Ramiro Méndez B. – Eduardo Varas V. – Enrique Urrutia M. – Eduardo Ortiz S. – Israel Bórquez M. – Ricardo Martín D. – Luis Maldonado B. – Juan Pomés G.

MATERIA

SISTEMA PÚBLICO DE SERVICIOS DE SALUD

ÓRGANO COMPETENTE

Corte Suprema

*Tipo de recurso:* Apelación Protección

*Rol:* 4396-2010

*Fecha:* 21.09.2010

*Resultado recurso:* Acogida Apelación del recurrido, rechazada Protección.

*Ministros mayoría:* Héctor Carreño Seaman, Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito Cruz, Rosa Egnem Saldías y Roberto Jacob Chocair.

*Ministro redactor:* Sonia Araneda Briones.

*Partes:* Eriko Gastón Contreras Solís con Hospital Regional de Concepción Guillermo Grant Benavente y Otros.

DESCRIPTORES

Derecho a la Salud – Derecho a la Vida – Integridad Física y Psíquica – FONASA – Políticas Públicas – Ministerio de Salud

PRINCIPIO JURÍDICO

Los jueces no pueden adoptar medidas que impliquen decisiones de política pública.

LEGISLACIÓN APLICABLE

Art. 20 CPR; Arts. 140 y 141 D.F.L. N° 1/2005 Ministerio de Salud.

PREGUNTA JURÍDICA

¿Es posible exigir coercitivamente al sistema público de servicios de salud la cobertura de todas las prestaciones posibles para una enfermedad?

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

La actora, hospitalizada en el Hospital Regional de Concepción desde el mes de enero de 2008, ha experimentado sucesivas necrosis intestinales, las cuales le produjeron síndrome de intestino corto complicado y obligaron a que se le extirpara una gran parte del intestino delgado.

Los organismos públicos de salud financiaron el traslado de la reclamante al Hospital Clínico de la Universidad Católica en la ciudad de Santiago para ser evaluada por médicos de ese centro asistencial, quienes descartaron un trasplante de intestino al no cumplir la paciente los requisitos para someterse a una cirugía de tal envergadura. No obstante, indicaron la posibilidad de efectuar una cirugía distinta en el Hospital Regional, la cual tiene un costo superior a los treinta y dos millones de pesos y que permitiría a la paciente una adecuada calidad de vida.

El recurrente interpuso acción de protección ante la Corte de Apelaciones, la cual fue acogida. El recurrido apeló dicha sentencia para ante la Corte Suprema, al igual que el recurrente.

## ALEGACIONES

El derecho a la vida e integridad física y psíquica de la actora se encuentran amenazados en razón de los graves descuidos en que han incurrido el Hospital Regional de Concepción Guillermo Grant, el Servicio de Salud de Concepción, el Ministerio de Salud y la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región del Bío-Bío. Para subsanar la afectación, es necesario que la paciente sea trasladada a la Clínica Las Condes o al Hospital Clínico de la Universidad Católica de Chile, para ser operada o trasplantada.

APLICACIÓN A LOS HECHOS (*RESUMEN DE LA DECISIÓN*)

El artículo 141 del D.F.L. N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud, dispone que las prestaciones se otorgarán por FONASA a través de los establecimientos de salud correspondientes a la Red Asistencial de cada Servicio de Salud. Agrega dicho precepto que las prestaciones se concederán por esos organismos a través de sus establecimientos, con los recursos físicos y humanos de que dispongan, sin perjuicio de los convenios que puedan celebrar al efecto los Servicios de Salud o el FONASA con otros organismos públicos o privados. A su vez, el artículo 140 señala que se incluyen entre las prestaciones médicas que proporciona el Régimen General de Garantías de Salud “aquellas acciones de promoción, protección y otras relativas a las personas o al ambiente, que se determinen en los programas, en la forma y modalidades establecidas en las disposiciones que rigen a los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud, a quienes corresponderá la ejecución de tales acciones” (C. 7).

Por consiguiente, no es posible exigir coercitivamente al sistema público de servicios de salud la cobertura de todos los tratamientos o prestaciones posibles para una determinada enfermedad, por cuanto ello incide en el ámbito de las políticas públicas de salud, las cuales deben ser definidas y aplicadas por las autoridades del ramo, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que como en el caso se pretenden. Esto se fundamenta en que en su otorgamiento han de tenerse en consideración variados parámetros, tales como el relativo a los costos que involucren y los fondos de que se disponga para ello (C. 8).

Por otra parte, los organismos recurridos han brindado a la actora todas las atenciones que han estado a su alcance para su recuperación, incluso la de explorar la posibilidad de realizar una intervención quirúrgica de alto costo en un centro privado de salud acudiendo a un mecanismo de financiamiento excepcional contemplado en la normativa sectorial (C. 9).

Por consiguiente, la pretensión de obtener prestaciones de salud como las que se invocan en autos no es susceptible de resguardarse por medio de la presente acción de cautela (C. 10).

## CONCLUSIÓN

No es posible exigir coercitivamente al sistema público de servicios de salud la cobertura de todas las prestaciones posibles para una enfermedad, por cuanto ello incide

en el ámbito de las políticas públicas de salud, las cuales deben ser definidas y aplicadas por las autoridades del ramo.

#### IMPORTANCIA DE LA DECISIÓN

Este es un interesante caso de hasta donde pueden llegar los tribunales cuando deben resolver la extensión de derechos de los ciudadanos, frente a recursos limitados por parte del Estado.

La tesis de la Corte es que la distribución de los fondos públicos es un problema de política pública en el cual los jueces no se pueden involucrar, pues si lo hicieran alterarían la regla de distribución de competencias constitucionales.

El criterio establecido en esta decisión la Corte ya lo había enunciado en el caso denominado “enfermos de SIDA” (Rol 3599-2001).

#### TEXTO COMPLETO

Santiago, veintiuno de septiembre de dos mil diez.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, pero se elimina desde su fundamento duodécimo a décimo octavo, inclusive.

Y se tiene en su lugar y además presente:

*Primero:* Que la acción cautelar instituida en el artículo 20 de la Constitución Política de la República protege el legítimo ejercicio de determinadas garantías fundamentales, mediante la adopción de medidas de amparo por parte del órgano jurisdiccional competente en uso de sus facultades conservadoras, frente a acciones u omisiones arbitrarias o ilegales que las afecten bajo las modalidades de privación, perturbación o amenaza.

*Segundo:* Que la procedencia de esta institución de cautela supone la existencia de una conducta antijurídica, expresada en las formas de ilegalidad, esto es, en contravención a la ley, o de arbitrariedad, carente de respaldo en una fundamentación lógica y racional.

*Tercero:* Que en el caso promovido en estos antecedentes se solicita amparo a favor de doña Magaly Ruiz Garcés, cuyo derecho a la vida e integridad física y síquica se encontraría amenazado en razón de los graves descuidos en que habrían incurrido el Hospital Regional de Concepción “Guillermo Grant”, el Servicio de Salud de Concepción, el Ministerio de Salud y la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región del Bío-Bío.

Se solicita que la paciente sea trasladada a la Clínica Las Condes o al Hospital Clínico de la Universidad Católica de Chile, únicos establecimientos de salud “según estima el cónyuge de la recurrente— aptos para efectuar una intervención quirúrgica de mayor complejidad, o evaluar un trasplante de intestino, cuyo financiamiento deberá ser asumido por las autoridades sanitarias correspondientes.

*Cuarto:* Que según aparece de los antecedentes allegados a la causa, la actora se encuentra hospitalizada en el Hospital Regional de Concepción desde el mes de enero de 2008 al haber experimentado sucesivas necrosis intestinales que han motivado que en la actualidad sufra de síndrome de intestino corto complicado. Se le debió extirpar, producto de sus patologías, una gran parte del intestino delgado, lo que conlleva un claro deterioro en su calidad de vida y condición física.

Asimismo, consta que los organismos públicos de salud financiaron el traslado de la reclamante al Hospital Clínico de la Universidad Católica en la ciudad de Santiago para ser evaluada por médicos de ese centro asistencial, quienes habrían descartado un trasplante de intestino al no cumplir la paciente los requisitos para someterse a una cirugía de tal envergadura, pero sí indicaron la posibilidad de efectuar una cirugía distinta “no precisada en estos antecedentes–, la cual tiene un costo superior a los treinta y dos millones de pesos. En relación a este último procedimiento se señala que se están estudiando las vías para cubrir el alto costo que él tiene.

*Quinto:* Que en lo referente a la solicitud de que la recurrente sea trasladada a la Clínica Las Condes o a la Hospital Clínico de la Universidad Católica de Chile, para ser operada o trasplantada, de acuerdo a lo informado por el Jefe del Servicio de Cirugía, Dr. Ricardo Durán, la opinión del equipo médico tratante es intentar una segunda anastomosis “esto es, extraer parte del intestino delgado y unirlo al intestino grueso- la que puede practicarse en el Hospital Regional “Guillermo Grant” y que permitiría a la paciente una adecuada calidad de vida. Sin embargo, su cónyuge, añade el recurrido, se ha negado terminantemente a realizar esta intervención.

*Sexto:* Que planteadas en los términos expuestos las principales facetas que presenta la situación médica de la paciente, procede ahora situar el análisis en el ámbito de lo jurídico, en consideración a cuyas regulaciones cabe dilucidar la controversia inserta en la presente acción de amparo constitucional.

*Séptimo:* Que el artículo 141 del Libro II “que Regula el Ejercicio del Derecho Constitucional a la Protección de la Salud y Crea un Régimen de Prestaciones de Salud– del D.F.L. N° 1 de 2005, dispone que las prestaciones se otorgarán por el Fondo Nacional de Salud a través de los establecimientos de salud correspondientes a la Red Asistencial de cada Servicio de Salud. Agrega dicho precepto que las prestaciones se concederán por esos organismos a través de sus establecimientos, con los recursos físicos y humanos de que dispongan, sin perjuicio de los convenios que puedan celebrar al efecto los Servicios de Salud o el Fondo Nacional de Salud con otros organismos públicos o privados.

A su vez, el artículo 140 del mismo texto normativo preceptúa que se incluyen entre las prestaciones médicas que proporciona el Régimen General de Garantías de Salud “aquellas acciones de promoción, protección y otras relativas a las personas o al ambiente, que se determinen en los programas, en la forma y modalidades establecidas en las disposiciones que rigen a los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud, a quienes corresponderá la ejecución de tales acciones”.

*Octavo:* Que de las referidas disposiciones se colige que no es posible exigir coercitivamente al sistema público de servicios de salud la cobertura de todos los tratamientos o prestaciones posibles para una determinada enfermedad, por cuanto ello incide en el ámbito de las políticas públicas de salud, las cuales deben ser definidas y aplicadas por las autoridades del ramo, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que como en el caso de autos se pretenden, habida cuenta de que en su otorgamiento han de tenerse en consideración variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que involucren y los fondos de que se disponga para ello.

*Noveno:* Que, por otra parte, del análisis de los informes emitidos por los organismos recurridos se desprende en forma clara que éstos, dentro de sus competencias, han brindado a la actora todas las atenciones que han estado a su alcance para su recuperación, incluso la de explorar la posibilidad de realizar una intervención quirúrgica de alto costo en un centro privado de salud acudiendo a un mecanismo de financiamiento excepcional contemplado en la normativa sectorial.

*Décimo:* Que, por consiguiente, la pretensión de obtener prestaciones de salud como las que se invocan en autos no es susceptible de resguardarse por medio de la presente acción de cautela.

*Undécimo:* Que, a mayor abundamiento, según los antecedentes acompañados en estos autos consta que el estado actual de salud de la paciente es satisfactorio atendida su enfermedad. Con ello queda en evidencia que el asunto debatido a través de esta acción excede sus márgenes, porque el objeto de este recurso es dar una urgente y eficaz solución al quebrantamiento del legítimo ejercicio de derechos preestablecidos y no el de dirimir la controversia promovida por la reclamante en relación a si le corresponde a las entidades recurridas procurar los tratamientos que aquélla estima indispensables para su recuperación. Una determinación de esa clase es ajena a esta acción cautelar;

*Duodécimo:* Que las reflexiones precedentemente desarrolladas conducen necesariamente a desestimar la acción de protección deducida en estos autos por no existir una actuación arbitraria o ilegal que enmendar a través de este arbitrio, sin perjuicio de otros derechos que puedan asistir a la recurrente.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de treinta y uno de mayo último, que se lee a fojas 87, y se declara que se rechaza el recurso de protección deducido en lo principal de la presentación de fojas 14.

Se previene que la Ministro Sra. Egnem concurre al rechazo del recurso teniendo únicamente presente que de los antecedentes allegados se desprende que la entidad recurrida ha prestado a la paciente, doña Magaly Ruiz Garcés, la atención médica de que ha podido disponer y ello, a partir del año 2008, circunstancia que a la vez permite concluir que no se está en presencia de una situación de inminente peligro para la vida o integridad de la persona por quien se recurre que amerite un procedimiento de urgencia como el utilizado por esta vía, todo ello sin perjuicio de otros derechos que puedan asistirle.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministro Sra. Araneda y de la prevención, su autora.

Rol N° 4396-2010.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito, Sra. Rosa Egnem y Sr. Roberto Jacob. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Ministro señor Bito por estar en comisión de servicios. Santiago, 21 de septiembre de 2010.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Sra. Rosa María Pinto Eguzquiza.

En Santiago, a veintiuno de septiembre de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.