

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales



**Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Centro de Estudios Constitucionales**

Julio de 2006

LIBROTECNIA®

Estudios Constitucionales
Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca
Québec 415 esq. Av. Condell
Providencia • Chile
Página web: www.cecococh.cl / E-mail: cecococh@utalca.cl

REPRESENTANTE LEGAL:
Dr. Juan Antonio Rock Tarud.
Rector de la Universidad de Talca. Chile. jrock@utalca.cl

DIRECTOR:
Humberto Nogueira Alcalá.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional,
Universidad de Talca. Chile. nogueira@utalca.cl

SUBDIRECTOR:
Jorge Precht Pizarro.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Público, Magíster en Derecho Constitucional,
Universidad de Talca. Chile. jorgeprecht@gmail.com

CONSEJO EDITORIAL NACIONAL
Eduardo Aldunate Lizana.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional.
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile. ealdunat@ucv.cl

Andrés Bernasconi Ramírez.
PH. D. Universidad de Boston. Instituto de Políticas Públicas.
Universidad Nacional Andrés Bello. Santiago, Chile. abernasconi@nab.cl

Raúl Bertelsen Repetto.
Magíster en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Vicerrector Universidad
de los Andes. Santiago. Chile. tribunalconstitucional@entelchile.net

José Luis Cea Egaña.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Magíster de
Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. Chile.
tribunalconstitucional@entelchile.net

Kamel Cazor Aliste.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho.
Universidad Católica del Norte. La Serena. Chile. cazor@ucn.cl

Miguel Ángel Fernández.
Magíster en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional de las
Universidades de los Andes. Pontificia Universidad Católica de Santiago y
Universidad de Talca. Santiago. Chile. mafernande@cb.cl

Emilio Pfeffer Urquiaga.
Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho.
Universidad Diego Portales. Chile. emiliopfeffer@pfeffer.cl

Jorge Tapia Valdés.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad
de Derecho de la Universidad Arturo Prat. Iquique. Chile. jortapia@unap.cl

Francisco Zúñiga Urbina.
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central de Chile. Santiago. Chile.
zdc@zdcabogados.cl

CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL

Carlos Ayala Corao.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela. Presidente de la Comisión Andina de Juristas. Ex Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caracas. Venezuela. cayala@cjlegal.net

Paulo Benavides.

Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal do Ceará-UFC. Doctor Honoris causa de la Universidad de Lisboa. Fundador y Director de la Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionales. Fortaleza. Brasil. pbonavides@ultranet.com.br

Eduardo Cifuentes Muñoz.

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Los Andes, Santa Fe de Bogotá. Ex Magistrado y Presidente de la Corte Constitucional de Colombia. Bogotá. Colombia. ecifuentes@uniandes.edu.co

Jorge Carpizzo.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y ex Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México. México. jcmjur@servidor.unam.mx

Francisco Eguiguren Praeli.

Profesor de Derecho Constitucional y Director Magíster en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Perú. eguiguren@speedy.com.pe

Francisco Fernández Segado.

Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Director de la Revista Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. España. fdezsegado@der.ucm.es

Carmen María Gutiérrez de Colmenares.

Profesora de Derecho. Universidad Rafael Landívar de Ciudad de Guatemala y ex Magistrada de la Corte Constitucional de Guatemala. ccolmenares@asies.org.gt

Luca Mezzetti.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Bologna y Udine. Italia. mezzettiluca@yahoo.it

Pablo Pérez Trems.

Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III, Madrid, España. Director de la Revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano, Universidad Carlos III. Magistrado del Tribunal Constitucional español. Madrid. España. pperez@der-pu.uc3m.es / ptrems@tribunalconstitucional.es

Néstor Pedro Sagüés.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y Católica de Rosario. Argentina. nestorsagues@arnet.com.ar

Bases de datos en que figura la Revista Estudios Constitucionales:

www.latindex.unam.mx

<http://biblioteca.atalca.cl>

Correo electrónico: cecoch@atalca.cl

Editado y distribuido por

EDITORIAL LIBROTECNIA

Bombero Salas 1369, Of. 408. Santiago • Chile

Fonofax: (56-2) 6967076

www.librotecnia.cl / info@librotecnia.cl

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

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

Mario Verdugo Marinkovic *

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

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

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

ABSTRACT

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

KEY WORDS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. EL EXAMEN Y JUZGAMIENTO DE CUENTAS POR LA CONTRALORÍA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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