

# “EL DECRETO DE INSISTENCIA ¿ES CONFORME AL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL?” (\*)

EDUARDO SOTO KLOSS  
Profesor de Derecho Administrativo

“está más de acuerdo con la dignidad propia de un soberano que éste se someta al Derecho que sostener que está por encima de él”. LORD DENNING.

## *Sumario*

Introducción.- I.- Antecedentes históricos.- II.- Antecedentes doctrinarios.- III.- Nuestra tesis.- IV.- Conclusión.-

## *Introducción.-*

La constante dictación de decretos de insistencia que ha realizado el actual gobierno en sólo 29 meses de ejercicio de su Administración, recaídos en su gran mayoría en materia de requisación de industrias<sup>1</sup>, y de reanudación de faenas por paralizaciones de labores en el sector productivo o de servicio<sup>2</sup>, hace necesario —aún con la brevedad de una nota —preguntarse sobre los extremos de esta figura tan peculiar de nuestro derecho positivo, casi única en los ordenamientos administrativos comparados, del llamado “decreto de insistencia”. Y más necesario nos parece intentar este estudio si se considera que su análisis en nuestra doctrina es no sólo breve sino bastante anticuado<sup>3</sup>, y dentro de una visión estrechamente exegético-positivista.

## *I.- Antecedentes históricos.-*

Si uno se aproxima a los textos que han contemplado, y contemplan la llamada “insistencia presidencial”, expresada en un “decreto de insistencia”, advierte de inmediato que su origen y posterior desarrollo —aún ya creada la Contraloría General de la República —fué como institución haciendístico-contable, es decir estrechamente vinculada a la denominada “toma de razón”, mecanismo de registro-control del gasto público, de raigambre ya milenaria, como que se encuentra en la misma Roma republicana<sup>4</sup>.

Y tal es su contenido desde el primer instante de vida de nuestra República,

independiente ya del dominio de la Corona de España. Véase, por ejemplo, a) el Senado Consulto de 18/5/1820 y el Decreto de 8/6/1820, firmado por el propio don Bernardo O'Higgins<sup>5</sup>; b) la ley de 7/12/1828, firmada por el Presidente F.A. Pinto<sup>6</sup>; c) la ordenanza de 18/5/1839, dictada por don Joaquín Prieto y su ministro Tocornal<sup>7</sup>; d) la ley de 22/12/1875, que lleva las firmas de Federico Errázuriz Z. y Ramón Barros Luco<sup>8</sup>; e) la ley de 20/1/1888, promulgada por J. M. Balmaceda y A. Edwards<sup>9</sup>; f) en fin, la ley 3620, de 24/3/1920, con las firmas de J.L. Sanfuentes y Gmo. Subercaseaux<sup>10</sup>.

Si se observa el período posterior a 1920, en especial 1927, en que se crea la CGR. a través no ya de un texto parlamentario sino en virtud de una delegación de facultades legislativas (ley 4113, de 25/1/1927) por medio del DFL. 400 bis, de 26/3/1927, que fuera meses después derogado y substituído por el DFL. 2960 bis, de 30/12/1927<sup>11</sup>, aparece que el texto que continúa esta tradición haciendística, de control contable, adquiere una amplitud de lenguaje mayor que los textos antes mencionados<sup>12</sup>.

Pero si dichos textos, el último de los cuales fué reemplazado por el DFL. 258, de 26/7/1932, cuyo artículo 8 señala:

“El Contralor tomará razón de los Decretos Supremos y se pronunciará sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de que puedan adolecer, dentro del plazo de 20 días contado desde la fecha de su recepción, pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros. La representación se hará con la firma del Contralor y, en caso de insistencia, se consignará el hecho en la Memoria Anual que la Contraloría deberá presentar al Presidente de la República y al Congreso Nacional.”<sup>13</sup>,

podrían hacer pensar que se había realizado un cambio en el sistema de control contable (técnico), para transformarse en un control ya jurídico, de legalidad y constitucionalidad de los actos administrativos dictados por las autoridades ejecutivas, y por tanto erigiendo a la CGR. en una verdadera jurisdicción, de hecho y de derecho no fué así, llegándose incluso a dictarse normas jurídicas por parte del propio Ejecutivo (v. gr. DS. Hacienda n° 5181, de 27/11/1928) señalando que la representación que CGR. estaba obligada a hacer se refería a decretos que comprometieran los “intereses fiscales”<sup>14-15</sup>. Confirma esta afirmación no solamente la tradición secular de la institución haciendística de la “toma de razón” o de la “representación” de los gastos públicos (“fiscales”), sino incluso con la expresa afirmación de los propios gobernantes que sucedieron a la época de anarquía luego de la tiranía de Ibañez y de los gobiernos golpistas después de Montero, y es más: hasta quedó expresa constancia de ello en la misma reforma constitucional de 1943, que fuera una verdadera reorganización de nuestra estructu-

ra financiera institucional<sup>16</sup>.

Ya en el segundo gobierno de Ibáñez (1952-1958) la figura de la insistencia presidencial fue utilizada “à tout service”, no sólo en materia que incidiera en gastos públicos o que pudiera incidir, sino referente a cualquiera materia, incluso interfiriendo gravemente hasta la propia función judicial<sup>17</sup>, y llegándose al extremo de dictar decretos supremos conteniendo actos administrativos que nacían insistidos, al enviar a CGR. un decreto supremo que era acompañado del correspondiente decreto de insistencia, transformando de este modo hasta la labor misma de CGR. en una verdadera farsa. Razones que escapan a un análisis como éste y que dicen más de la “petite histoire”, explican bastante acertadamente el por qué de esta actitud presidencial, y de la correspondiente actitud de Contraloría, que no adoptó —a mi entender —la debida posición de firmeza ante el “escarnio” de que era objeto el principio de la legalidad administrativa<sup>18</sup>.

Abierta la brecha, y aceptado el predicamento de la insistencia en cualquiera materia, y no realizando la Cámara de Diputados la debida fiscalización sobre este comportamiento abusivo del Ejecutivo, a lo cual está llamada por la propia Constitución (art. 39 atrib. 2a.), el uso del decreto de insistencia quedó entregado —y hasta la doctrina así lo ha reconocido<sup>19</sup> —a la sola voluntad del Presidente de la República, prestándose por tanto para cualquier arbitrio, y hasta para administrar en abierta contravención al Derecho<sup>20</sup>, tornando ilusorio todo el sistema mismo de control preventivo de los actos de la Administración que nuestro ordenamiento ha previsto, y haciendo hasta imposible una explicación técnico-jurídica satisfactoria de esta figura.-

## II.- *Antecedentes doctrinarios.*-

Si se analiza cuanto ha dicho la doctrina<sup>21</sup>, uno advierte de inmediato que más que estudiar los autores la naturaleza jurídica de la figura objeto de estas notas, es decir en qué consiste su esencia, se limitan a describir —cual más, cual menos— sus características, sin llegar en profundidad a tocar el núcleo central del problema, el “quid” conceptual jurídico, a lo más contentándose algunos<sup>22</sup> con preguntarse el por qué de este decreto de insistencia.

Si pudiéramos resumir la caracterización común de la doctrina, se diría que el DI. es aquel que dicta el Presidente de la República, con la firma de todos sus ministros, por el cual ordena a la CGR. que tome razón de un determinado decreto (o resolución) que ha sido objeto de representación por dicho órgano contralor, en atención a su ilegalidad o inconstitucionalidad.

Supone, en consecuencia, un acto jurídico previo (ya en forma de decreto supremo, de simple decreto o de resolución) dictado por el propio Presidente de la

República, por un ministro de Estado (por orden del Presidente), o por un jefe de servicio, acto previo representado por CGR. por ser antijurídico, es decir contrario a Derecho, representación que es eliminada por el DI que dicta el Presidente de la República junto a todos sus ministros, y por el cual impone una “orden” a CGR. a fin que tome razón del decreto (o resolución) representado.-

Esta caracterización es precisamente la que de manera unánime, sin variantes, acepta nuestra doctrina, noción que señala de modo acertado —no cabe duda— su mecánica, en cuanto forma de darse en lo concreto de nuestro ordenamiento jurídico esta figura del decreto de insistencia<sup>23</sup>.-

Pero, la verdad es que estos autores describen el fenómeno y no analizan su esencia; no se preguntan por lo que aparece como su naturaleza, y aún la explicación del por qué de su existencia es en extremo débil. En efecto, se ha dicho que el DI. viene a poner término a una controversia jurídica entre Ejecutivo y CGR. en orden a la legalidad o ilegalidad, constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto administrativo, y ha de primar la apreciación del Presidente de la República a quien está confiada la Administración del Estado<sup>24</sup>, y ha de primar su apreciación porque de no ser así vendría el Contralor a constituirse “por medio del control jurídico de los actos del Poder Ejecutivo, en un verdadero administrador”<sup>25</sup> .

Valga hacerse cargo brevemente de la primera explicación: ¿sobre qué base puede afirmarse que ha de primar la voluntad del Presidente de la República respecto a la apreciación jurídica de un acto precisamente suyo, que CGR. —a quien por ley está confiado el “control jurídico preventivo” de “legalidad y constitucionalidad” de dichos actos —ha “representado”, esto es se ha pronunciado negativamente sobre su conformidad a Derecho, o sea ha estimado que es inconstitucional o ilegal? ; ¿qué sentido puede tener un control de juridicidad de los actos administrativos que dictan los órganos administrativos del Poder Ejecutivo, y hasta el propio Presidente de la República (supremo jerarca de la administración), si éste puede imponer su criterio “ordenando” precisamente al órgano controlante que lo estime conforme a Derecho? . ¿Puede haber sido ese el criterio del legislador? . ¿No significa acaso injuriarlo al solo pensar ello? . ¿A qué instituir un “control” semejante, que de tal no tiene nada? ; ¿que ha de primar la apreciación jurídica del Presidente de la República porque él es el que administra el Estado (art. 71 CPE.)? ; pero, ¿es que acaso CGR. “administra”? . ¿Es que los poderes jurídicos de “administración” no se diferencian en nada de los “poderes jurídicos de control jurídico”, o de “fiscalización”, sean preventivos (caso CGR. o Tribunal Constitucional —art. 78b, a—), sean represivos (caso Tribunales ordinarios o especiales)? . ¿La función de “control jurídico” es por ventura idéntica, análoga o semejante a la función de “administración”? ; y ¿En virtud de qué poderes jurídicos podría “imponer” el Presidente de la República su criterio, su voluntad orgánica, a otro órgano público cual es CGR.? . A nuestro conocimiento, en la función administrativa (la que por propia disposición de la CPE. está

confiada al Presidente de la República como órgano supremo) sólo existen dos tipos de poderes jurídicos que permiten a un órgano administrativo, (ejerciendo función administrativa) imponer su voluntad (“orgánica” entiéndase) a otro órgano: uno, el poder jurídico llamado “jerárquico”, que se da en la estructuración centralizada de una organización, cual la Administración Central<sup>26</sup>, y dos, el poder jurídico llamado “tutela” en la terminología francesa, y que más bien indica el poder de “vigilancia” que el jerarca posee respecto a aquellos órganos estructurados descentralizadamente en una organización, cual la Administración Descentralizada, en especial “funcionalmente”<sup>27</sup>. ¿Puede pensarse que CGR. sea un órgano público estatal subordinado al Presidente de la República e integrante de los cuadros administrativos de la Administración Centralizada, y que dependa jerárquicamente de él? . ¿Está sometido a un “poder de vigilancia”, a un “poder jurídico de tutela” que ejercería el Presidente de la República? . La sola lectura del art. 21 inc. 2º de la CPE, ahorra todo comentario, y el propio art. 1º de la ley orgánica de CGR. es lapidario<sup>28</sup>. Y no puede menos que ser así, ya que de la esencia del poder jurídico de control es precisamente el suponer una distinción tanto orgánica como funcional entre órgano controlante y órgano controlado, distinción que lleva a su vez implícitas la necesaria libertad e independencia del actuar del controlante frente a aquello que se controla<sup>29</sup>.

No parece posible, pues, sin entrar a mayores refutaciones, el sostener la explicación dada por la doctrina citada; lo dicho no permite aceptar tales formulaciones.

Pero es necesario preguntarse todavía el por qué de esta figura tan especial del DI. ya que es la única vía que puede permitir indagar sobre su naturaleza.

¿Tiene ella alguna explicación lógico-jurídica? . ¿Existe una explicación técnico-jurídica que de cuenta del ser del DI., de su naturaleza? , o ¿es que no hay dentro de nuestro ordenamiento institucional una razón que lo explique suficientemente? . ¿Será acaso, por ventura, extraño al ordenamiento constitucional? .

### III.- *Nuestra tesis.*-

Pareciera que para intentar desentrañar el “quid” del DI, fuera necesario cambiar de enfoque, variar la perspectiva dentro de la cual nuestra doctrina —escasa, además— se ha movido para analizar esta figura, y preguntarse sobre algo que creemos hasta ahora jamás ha sido puesto de relieve: ¿qué es lo que hace CGR. respecto a los actos jurídicos escritos de la Administración, al pronunciarse sobre su legalidad y constitucionalidad? : ¿en qué consiste el control preventivo de dichos actos que realiza CGR.? . Aún más, ¿qué es la llamada “toma de razón”? . Creemos que sólo dilucidando primeramente esto, podrá llegarse luego a una posición en que pueda dilucidarse el mencionado “quid” conceptual que nos ocupa, y de manera clara; dentro de un riguroso análisis de técnica jurídica, y no sólo exegetico positivo.

Puesto que finalmente el verdadero problema reside en determinar qué es, en qué consiste, ese mecanismo jurídico que ha ideado nuestro ordenamiento jurídico positivo para controlar preventivamente la legalidad y constitucionalidad de los actos jurídicos de la administración, cual es la “toma de razón”, es sobre ello que indagaremos.

Poco o nada existe en nuestra doctrina al respecto<sup>30</sup>, y fuera de describir sus exterioridades, salvo rara excepción<sup>31</sup>, no se llega a la médula central del problema.

Para mejor entender nuestra posición, que desarrollaremos en forma de tesis, brevemente por cierto dada la índole de estas notas, nos parece imprescindible analizar la función contralora, es decir, en qué consiste, qué es, cuál es la naturaleza de los llamados “poderes jurídicos de control”<sup>32</sup>.

Si se estudia cualquier ordenamiento jurídico positivo —aún en el Derecho comparado —aparecen como rasgos generales del poder de control jurídico ciertos elementos que permiten sostener que el llamado “control jurídico” no es sino un poder<sup>33</sup> que, destinado a salvaguardar la integridad del orden jurídico<sup>34</sup> tutelada por el órgano controlante<sup>35</sup>, consiste en un juicio que recae sobre el modo de actuar o sobre el modo de ser<sup>36</sup> del órgano controlado, y en una medida impeditiva en caso de juicio desfavorable del comportamiento o situación estructural organizativa del mencionado órgano controlado.

El efecto de mayor importancia viene a ser el carácter de necesaria conexión entre el poder jurídico de control y lo que se controla o fiscaliza, conexión que no significa de modo alguno “subordinación” o “dependencia” del órgano controlante a lo controlado<sup>37</sup>.

El objeto del poder jurídico de control, junto al fin que él persigue, y la manera de darse en lo concreto del obrar de este poder, son precisamente los elementos que permiten llegar a la noción que la doctrina general ha convenido en llamar como “poder de control jurídico” (poder obviamente “jurídico”).

Puede decirse que el carácter “jurídico” de un determinado control (control que, como es sabido, es una noción prejurídica) podrá predicarse en la medida de la “naturaleza del objeto” que es sometido a control y no sólo de una pretendida prefiguración normativa que hiciera el Derecho, ya que la norma jurídica prevé también otros tipos de control, y que son propiamente técnicos, v. gr. médicos, contables, mecánicos, químicos, etc., etc., como tampoco basta estarse a la sola naturaleza del criterio sobre el cual se basa el control, puesto que de aceptarse esta proposición sólo sería control jurídico el denominado de “legitimidad”, careciendo de tal carácter el que no asuma tal rasgo, como v. gr. el llamado de “mérito” (de “oportunidad”, en distinta terminología), lo cual aparece sin duda excesivo<sup>38</sup>.

De allí que quepa sostener que objeto del control jurídico, objeto del po-

der jurídico de control jurídico, sea la “actividad humana”, o el “comportamiento humano en cuanto productor de efectos jurídicos”; en otros términos, objeto de este tipo de poder jurídico contralor es o “un poder jurídico” (que se traducirá en el ejercicio de un procedimiento de elaboración de actos jurídicos), o “el comportamiento mismo” de lo que suele llamarse un “operador jurídico”, es decir en este caso un órgano. Por eso es que pueda afirmarse que el objeto del poder jurídico de control jurídico no es sino la actividad humana productora de efectos jurídicos, ya en cuanto tal<sup>39</sup>, ya en su modo de actuar<sup>40-41</sup>.

En cuanto al fin al cual tiende el ejercicio del poder jurídico de control es posible afirmar que más que determinar una mera conformidad o disconformidad de lo controlado a ciertas reglas preestablecidas<sup>42</sup>, lo que se trata de obtener a través del ejercicio del poder jurídico de control es la salvaguarda misma de normas, principios y valores jurídicos, precisamente sobre la base de la posibilidad de impedir el acceso a la vida jurídica de actos no conformes a Derecho, o inhibiendo de actuar a aquel comportamiento que aparece contrario al ordenamiento.

Como se señala, la finalidad del poder de control jurídico es no otra que la de servir de garantía de integridad del orden jurídico, para lo cual quien está provisto, dotado, de tal poder jurídico podrá impedir la actuación o impedir el nacimiento de actos jurídicos (fruto del poder jurídico correspondiente del órgano sometido a dicho control) contrarios al Derecho. De allí que pueda afirmarse que el fin del control jurídico<sup>43</sup> es el de garantizar el ordenamiento jurídico mismo en su propia integridad sobre la base de consentir o inhibir el comportamiento del órgano controlado en caso que éste sea contrario a las normas y principios/valores jurídicos contenidos en ellas, comportamiento inhibitorio que el propio ordenamiento otorga con tal objeto al órgano de contralor jurídico.

Es por esto que se dice que “control jurídico” no es sólo juicio (apreciación, verificación, examen, si se quiere), sino mucho más: él exige —como que emana de su propia naturaleza —lo que pudiera llamarse una “acción impeditiva”, para el supuesto de un “juicio desfavorable”, ya que sólo así podrá realizarse una actividad de verdadera “garantía de integridad” del ordenamiento jurídico, impidiendo el acceso mismo del acto contrario a Derecho a la vida jurídica.

Ya respecto al modo de realizarse esa necesaria conexión entre ejercicio del poder de control jurídico y lo controlado<sup>44</sup> puede reducirse a una doble manera de concebirse: a) el poder de control jurídico es parte (momento instrumental, como se dice) del procedimiento mismo de elaboración del acto controlado, o b) el citado poder contralor jurídico se articula a través de un procedimiento propio, procedimiento en el cual hasta es posible distinguir también actos procedimentales llamados de iniciativa, y actos procedimentales denominados de decisión<sup>45-46</sup>.

De cuanto hemos señalado respecto al objeto, fin y estructura del poder ju-

rídico de control puede afirmarse que la elaboración misma del acto administrativo en el ordenamiento jurídico chileno (de donde nace el análisis hecho) obedece a un procedimiento (administrativo, sin duda) en el que participan por lo menos —y siempre— dos órganos, uno de ellos administrativo (integrante del Poder Ejecutivo, ya en su administración centralizada, ya en su administración descentralizada), y el otro, de control (la CGR.), órganos que desarrollan y realizan una función diferente, uno “administrativa”, el otro “contralora jurídica”, y cuya intervención es indispensable para dar nacimiento a un acto administrativo<sup>47</sup>.

La “toma de razón”, en consecuencia, no sería sino la materialización del ejercicio del poder jurídico de control con el que ha dotado el propio legislador a CGR., acto trámite procedimental dentro del “procedimiento administrativo” de elaboración del acto administrativo, acto verdaderamente esencial —al igual que la propia declaración escriturada del órgano administrativo— y que permite efectuar no simplemente una adecuación o conformidad (de la cual hablaba la doctrina clásica del poder jurídico de control), sino una verdadera tutela de integridad del orden jurídico, una garantía, una salvaguarda de dicho orden —expresado en normas, principios y valores jurídicos— sobre la base de la posibilidad de impedir el acceso a la vida jurídica de actos no conformes a Derecho, a través de un poder jurídico impeditivo, de inhibición del proyecto de acto sometido a control jurídico, cual se traduce en la “representación”.

No sólo es un juicio la toma de razón, sino que de ser desfavorable la apreciación sobre la legalidad o constitucionalidad de ese “proyecto de acto”<sup>48</sup> será además una acción, no rectificadora, mas “impeditiva” del actuar antijurídico del órgano administrativo controlado.

Y ese “impedir” es de la esencia del poder de control jurídico, para lo cual precisamente se dota a todo órgano contralor de la debida independencia orgánica y funcional respecto al órgano controlado, sea en su comportamiento, sea en su actuar jurídico, independencia que implica obviamente libertad, es decir autonomía, frente al obrar del órgano controlado.

#### *IV.- Conclusión.-*

Y tal explicación sí que parece adecuada para comprender o entender ahora en qué consiste el DI., cuál es su naturaleza, y qué persigue.

Sintetizando al máximo estas reflexiones esquemáticas podría decirse que el DI. al constituir una orden, un mandato, del Presidente de la República a CGR. imponiéndole un actuar determinado, en forma perentoria, carece de explicación en nuestro ordenamiento constitucional, pues altera el procedimiento de elaboración del acto jurídico en el que participa un órgano del Poder Ejecutivo, transformando en ilusorio y absolutamente inoperante el poder de control jurídico de que está do-

tado CGR., y la función contralora jurídica misma que ella desarrolla por imperativo legal en orden a la juridicidad de dichos actos jurídicos. Por otra parte, si se analiza el poder de mando que implica el DI. aparece que el Presidente de la República está en una posición jurídica de superior jerárquico con respecto al Contralor General de la República, o ejerciendo un poder de vigilancia (“tutela”), que no aparece en parte alguna estipulado en el ordenamiento positivo, salvo en el art. 10, inc. 1º de la ley 10336/64, y lo cual no cabe ver sino como una expresión extraña del sistema institucional, especialmente atendido el art. 21, inc. 2º de la CPE. y el art. 1º de la citada ley 10336/64: el Presidente de la República no es si superior jerárquico de CGR. ni ejerce una “tutela administrativa”, o “poder de vigilancia” sobre ella<sup>49</sup>.

Ahora, si se pregunta sobre la finalidad que persigue el DI. tampoco tiene una explicación afirmativa dentro de un análisis de rigurosa técnica jurídica; después de lo dicho hasta este punto no parece necesario reiterar más en ello; baste indicar ¿cómo pretender que lo controlado se imponga, o pueda imponerse, sobre el controlante? , ¿a qué, entonces, un control? . Y si ese control es nada menos que un “control jurídico”, que recae sobre la juridicidad misma del objeto del control, ¿cómo pretender —sin caer en una ridícula farsa —que pueda imponerse la voluntad orgánica sometida a control en el caso mismo que ese control ha sido desfavorable por tratarse de una declaración orgánica administrativa precisamente antijurídica, contraria a Derecho? ¿No es acaso ello el imperio mismo de la ilegalidad?<sup>50</sup>.

Y si se analiza aún más a fondo, ¿no aparece acaso que ese contralor jurídico preventivo, que por habilitación expresa de la ley ésta ha conferido a CGR. en orden a pronunciarse sobre la legalidad y constitucionalidad de los actos jurídicos de la Administración (del Presidente de la República, ministros de Estado, jefes de servicios), es una labor propia de jurisdicción, de aquella función que tiene por misión “decir el Derecho”, “ius dicere”, es decir determinar la conformidad al Derecho, pero aún más, con la particularidad de ese poder jurídico de inhibición del actuar del órgano controlado, a través de ese poder impeditivo?<sup>51</sup>. Y, entonces, ¿cómo pretender una imposición a fin que desaparezca ese obstáculo impeditivo y se dé nacimiento forzosamente a un acto jurídico contrario a Derecho? .

¿No aparece acaso que ello atenta también contra el propio art. 80 de la CP. que prohíbe al Presidente de la República el “ejercer funciones judiciales”, o sea “función de jurisdicción”? . Y si la propia Constitución prohíbe el ejercer función jurisdiccional, o sea contralor jurídico represivo, al Presidente de la República ¿cómo puede sostenerse que pueda torcer y tornar ilusoria una función de contralor jurídico —como la de CGR. —a través de un DI.? . ¿No es ello una aberración? . ¿No será acaso abiertamente inconstitucional? .-

## Abreviaciones usadas

CGR	Contraloría General de la República
DFL	Decreto con fuerza de ley
DL	Decreto ley
DS	Decreto supremo
DI	Decreto de insistencia
CP o CPE	Constitución Política
RLA	Recopilación de Leyes Anguita
RLCE	Recopilación de Leyes Consejo de Estado
LOCGR	Ley orgánica de la Contraloría General de la República N° 10.336, de 10/7/1964 (texto refundido)
Trib. Const.	Tribunal Constitucional
Economía	Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción

## NOTAS

Ver abreviaciones usadas. Este trabajo fue terminado en octubre de 1972 y adicionado en su nota (2) en abril de 1973. Valga señalar que a diez meses de haber asumido el actual gobierno no ha dictado un solo DI, no obstante que CGR ha representado numerosas veces resoluciones y decretos supremos de las autoridades administrativas, y teniendo además en cuenta que por DL.38, de 2/10/1973 han sido ampliadas y reforzadas las funciones y facultades del órgano contralor.

( 1 ) Sobre requisación de industrias véase nuestros "Vigencia de las normas requisatorias de industrias y análisis de su aplicación", en Estudios Jurídicos (Fac. Derecho U. Católica), vol. I, N° 2 (1972), p. 178 ss, y "Sobre la legalidad de las requisaciones de industria", en Revista de Derecho Público (U. Chile), N° 13 (1972), p. 61 ss.-

( 2 ) Materias que han sido utilizadas como modo de intervenir directamente, a través de la administración misma de las industrias, en el sector industrial —especialmente con la requisación de industrias —en vez de traspasar el dominio de ellas al Estado por medio de la correspondiente expropiación, evitando la vía legislativa como prescribe expresamente la Constitución Política, pero transformando la requisación en una confiscación de hecho pura y simple, lo cual es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico.

Debe advertirse respecto a las requisaciones de industrias, que por un solo DI se han insistido numerosas resoluciones requisatorias, representadas por CGR por su ilegalidad, por no ser conformes a Derecho: valga citar DS. (Economía) N° 871, de 30/9/71 (D. Of. 5/10/71), por el cual se insisten 10 resoluciones requisatorias dictadas por Dirinco (N° 532, 533, 534, 535, 536, 537, 541, 542, 543 y 544, todas de 1971), o DS. (Economía) N° 443, de 13/7/72 (D. Of. 17/8/72), que insiste 8 resoluciones requisatorias de Dirinco (N° 718, 832, 877, 878, 1201 y 1257 de 1971, y n° 40 y 136, de 1972) o aún DS. (Economía) n° 206, de 16/4/73 (D. Of. 4/5/73) que insiste 42 resoluciones requisatorias de Dirinco (36 requisatorias de industrias, 1 requisatoria de un establecimiento comercial, 1 requisatoria de una bodega elaboradora de vino, y 4 requisando bienes y establecimientos industriales y comerciales indeterminados).

(3) Vid. E. CORREA F.. "La Contraloría. El presupuesto del Estado. Su control", Talleres Gráficos San Rafael. Santiago. 1928, p. 167 ss.; J.A. IRIBARREN: "Lecciones de Derecho Administrativo". Edit. Nascimento. Santiago. 1936, p. 159 ss.; M. JARA C.: "Derecho Administrativo". Imprenta Artes y Letras, Santiago. 1943, p. 38 ss.; E. SILVA CIMMA: "La Contra-

loría General de la República". Edit. Nacimiento. Santiago. 1945, p. 24, 31, 94, 133 y esp. 387 ss., "Tratado de Derecho Administrativo chileno y comparado", (2 vol.), 1a. ed. Edit. Jurídica de Chile. Santiago. 1954, vol. I, p. 219 ss., 2a. ed. 1962 p. 248 ss. y 3a. ed. 1968 p. 330 ss.; L. MACIAS C.: "Los decretos de insistencia". Talleres Simiente. Santiago. 1946, esp. cap. II, p. 40 ss.; H. CEBALLOS B.: "Estudio histórico y positivo de los decretos de insistencia". Imprenta Roland. Santiago. 1946, in totum; G. VARAS C.: "Derecho Administrativo", 2a. ed. Edit. Nacimiento. Santiago. 1948, p. 48 ss.; B. MORENO - C. LOMAOSORIO: "Los decretos", Edit. Universitaria. Santiago. 1958, p. 157 ss.; P. AYLWIN A.: "Derecho Administrativo", (3 vol.) Edit. Universitaria. Santiago. 1960, vol. I, p. 64 s.; E. CUEVAS C.: "La insistencia en las resoluciones de las autoridades inferiores", Edit. Universitaria. Santiago. 1962.-

Adviértase que en este trabajo nos referimos sólo a la llamada "insistencia presidencial", y no a la "insistencia municipal", prevista en el art. 86 de la ley orgánica de Municipalidades, ley Nº 11.860, de 14/9/1953, como tampoco a la insistencia de las Asambleas Provinciales, única "insistencia" consagrada en la Constitución Política —art. 100— y que lleva una adecuada solución en Derecho, como que si las "ordenanzas" o "resoluciones" de dichas Asambleas han sido estimadas contrarias a la Constitución o a las leyes por parte del Intendente, el conflicto —que es un conflicto jurídico— lo resuelve la Corte Suprema, es decir la suprema "jurisdicción" y no el órgano controlado (art. 100, inc. 1º y último).-

( 4 ) Véase nuestro "Sobre el origen de la teoría del fisco como vinculación privatista del príncipe", en Revista de Derecho Público Nº 12 (1971), p. 78 in fine y ss., sobre la función de los cuestores y la fiscalización que ejercían sobre el gasto público.

Sobre los orígenes en la España de la Reconquista del control contable público, y toda la tradición recibida por la Indias españolas, véase R. DE MENDIZABAL: "Función y esencia del Tribunal de Cuentas", en Revista de Administración Pública (Madrid), Nº 46 (1965), p. 13 ss., y "El Tribunal de Cuentas y el nacimiento de la Administración contemporánea", en id. Nº 49 (1966), p. 101 ss.-

( 5 ) RLA. vol. 1, p. 72 y 74, respectivamente; decreto por el cual se crea, por don B. O'Higgins, el Tribunal Mayor de Cuentas, y se aprueba su planta.-

( 6 ) Y en la que en su art. 4 del Nº 2 al determinar las obligaciones y atribuciones de la llamada "Inspección Jeneral de Cuentas", expresa: "Nº 4. Tomar razón de los decretos i órdenes del Gobierno que tengan relación con el tesoro público, si no están en oposición con la Constitución i las leyes; i si lo estuvieren, representar al Gobierno conforme a las disposiciones vijentes.".

( 7 ) RLA., id., p. 321 ss., texto que reorganizando los servicios de Hacienda, crea la "Contaduría Mayor" y el "Tribunal Superior de Cuentas", y dispone en su Título Primero, art. 3, Nº 6: "Tomar razón de las leyes, reglamentos, decretos, presupuestos de gastos, títulos i despachos de empleados, licencias temporales o absolutas, cédulas de retiros y jubilaciones y de cuantas disposiciones gubernativas tengan relación con la Hacienda pública, propios y arbitrios de pueblos i establecimientos que estén bajo la inmediata protección del Gobierno:." Y en su Nº 7 agregaba: "Representar con el debido respeto al Presidente de la República, antes de tomar razón de sus resoluciones, si fueren contrarias a lo que disponen la Constitución i leyes fiscales: en cuyo caso citará la lei i dirigirá su recurso por el Ministerio que haya despachado la resolución:." Señalando en su Nº 8: "Tomar razón de las resoluciones de que habla el párrafo anterior cuando por segunda vez le ordenare el Presidente de la República:." debiendo en tal evento el contador mayor, Nº 9: "Dar cuenta en los casos prevenidos en el artículo anterior, a los presidentes de las Cámaras lejislativas, acompañando copia de las representaciones que hubiere pasado al Gobierno, en uso de la atribución 7a. i de los decretos dados a su consecuencia (siempre

que no lo hubieren practicado los Ministros del Despacho en sus respectivas memorias o de cualquier otro modo oficial) a los treinta días siguientes a la apertura de las sesiones ordinarias del Congreso;”.-

Como se advierte, aparece en este texto citado de 1839 por primera vez la llamada “insistencia presidencial”, y en un clarísimo contexto haciendístico. Señala CEBALLOS: ob. cit., p. 33, que este texto de Prieto, en cuanto a la insistencia no tuvo aplicación alguna durante más de 50 años, precisamente hasta el gobierno de Jorge Montt - 1891 - en el cual hubo más de un centenar, según cita tomada de Z.A. DAROCH B.: “Potestad reglamentaria”. Imprenta Escuela de Leyes. Santiago. 1901, p. 21.- No aplicación que hace meditar acertadamente a CEBALLOS al decir que la insistencia introducida en el texto de 1839 no habría tenido “ninguna causa real y efectiva”, puesto que de haber sido así se habría encontrado “bien pronto con la aplicación del principio, en la práctica administrativa” (loc. cit.).

( 8 ) RLA. vol. 2, p. 394 ss., sobre organización de las oficinas de Hacienda, cuyo título I, art. 1º prescribe que “La administración jeneral de la Hacienda Pública estará a cargo de las siguientes oficinas: 1º Corte de Cuentas; 2º Dirección de Contabilidad Jeneral; 3º Dirección del Tesoro i de Amonedación; 4º Dirección de Impuestos i de Crédito Público; 5º Dirección de Aduanas; 6º Tesorerías provinciales y departamentales.”, y cuyo art. 2 expresa que “Corresponde a la Corte de Cuentas: 6º Anotar todo decreto de pago que el Gobierno espidiese con cargo a las partidas de gastos fijos, eventuales, variables e imprevistos, ordinarios i extraordinarios del presupuesto jeneral, así como las sentencias absolutorias o condenatorias de los Tribunales de Justicia en materia de Hacienda;”, y en su Nº 7 agrega: “Representar al Presidente de la República sobre todo decreto de pago que no sea conforme a la lei. Si no obstante esta representación, el Presidente de la República ordenase por segunda vez el pago, se anotará el decreto, quedando obligado el presidente de la Corte a dar cuenta a la Cámara de Diputados en su primera reunión para que se haga efectiva la responsabilidad personal del Ministro bajo cuya firma se hubiese espedido el decreto.”.-

Duda alguna puede existir, después de la lectura del texto transcrito, que la insistencia procede sólo y únicamente tratándose de “decretos de pago”.

( 9 ) RLA. vol. 3, p. 59 ss., Diario Oficial 3210, de 24/1/1888, que modifica una vez más el sistema orgánico de la administración haciendística, y en su art. 1º crea un “tribunal de Cuentas”, el cual según el art. 2º está dividido en dos secciones: una, encargada del examen de las cuentas, y la otra, “Corte de Cuentas”, a la cual —entre otras materias —corresponde según su art. 5º nº X “Representar al Presidente de la República todo decreto de pago que no esté conforme a las leyes. Si no obstante esta representación, el presidente ordenare su cumplimiento, se tomará razón del decreto objetado. Dentro de los treinta días siguientes a la fecha del decreto, dará cuenta de él al Congreso o durante su receso a la Comisión Conservadora.”.- El nº XI del citado art. 5º señalaba que también correspondía a dicha Corte de Cuentas el “Representar al Ministro respectivo la incorrección de todo gasto decretado por las autoridades administrativas de su dependencia, contrariando el artículo 155 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad de los empleados que hayan hecho el pago.”.-

Esta ley de 1888 es de un tífico contenido de fiscalización contable, como que crea un “tribunal de cuentas”, dividido en dos secciones “una, encargada del examen de las cuentas, i la otra del juzgamiento de ellas”, como señala el art. 2 inc. 1º. Y vuelve a usarse hasta las mismas expresiones de la ley de 1875, en su art. 5º nº X pues que esta ley de 1888 dice a la letra que es competencia de la Corte de Cuentas, el representar “todo decreto de pago que no esté conforme a las leyes”. Una vez insistido un decreto de pago representado previamente por ilegal por parte de la Corte de Cuentas, ésta debía comunicar dicha ilegalidad al Congreso, o a la Comisión

Conservadora en su receso. Esta exigencia que no aparece en el texto de 1839 tiene su explicación precisa en el cambio que la reforma constitucional de 1874 introdujo en la Constitución de 1833: no se olvide que en 1888 ya los Ministros de Estado eran responsables políticamente ante el Congreso, y por tanto "respondían" ante él de sus arbitrariedades; esta comunicación era consagrada como una manera de realizar una adecuada fiscalización parlamentaria de su gestión ministerial, sobre todo si se recuerda que la "malversación de fondos públicos" era una de las causas por las cuales se podía acusar a los Ministros ante la Cámara de Diputados, y la insistencia era precisamente un instrumento por el cual se usaban fondos públicos al margen de la ley, y en clara contravención a ella. Véase confirm. considerando 7º sentencia del Consejo de Estado de 19/11/1897, D. Oficial 30/11/1897, p. 3411, col 1.-

(10) RLCE, tomo IX (1921), p. 194 ss., Diario Oficial 12630, de 25/3/1920, texto que dentro de la misma vertiente de control contable, de control del gasto público, ya que además se trata de la fijación del personal de empleados del Tribunal de Cuentas, en su art. 11 reemplaza el nº X del art. 5º de la ley citada de 1888, substituyéndolo por el siguiente: "Representar al Presidente de la República todo decreto que no esté conforme con la Constitución o las leyes i que afecte o pueda afectar los intereses fiscales. Si, no obstante esta representación, el Presidente insistiere en su cumplimiento, por medio de otro decreto, firmado por todos los Ministros del despacho, se tomará razón del decreto objetado, i se dará cuenta de él al Congreso, o en su receso a la Comisión Conservadora, dentro de los treinta días siguientes a la fecha del decreto de insistencia.".-

Este texto de 1920 crea la exigencia de la firma de todos los ministros para dictar un DI., requisito destinado precisamente a evitar el uso precipitado e indiscriminado de este instrumento por medio del cual el Presidente de la República podía efectuar gastos no previstos en las leyes, provocando con ello problemas deficitarios al Presupuesto de la Nación, además de significar una clara malversación de fondos públicos.

Adviértase la frase del nº X art. 5 citado, "todo decreto que no esté conforme con la Constitución o las leyes i que afecte o pueda afectar los intereses fiscales": para el significado de "intereses fiscales" véase nota <sup>14</sup> y <sup>16</sup>.

(11) Es necesario señalar que ni el proyecto Kemmerer (que fuera redactado propiamente por el miembro de dicha comisión Kemmerer, sr. Joseph T. Byrne, y fechado 5/10/1925) ni el DFL 400 bis, citado, hecho sobre su base contenían la posibilidad de la insistencia presidencial respecto a los decretos supremos representados por CGR, por ser contrarios a Derecho (y sea cualquiera la materia sobre que recayere, financiera o no). Es más, la ley 4113 / 1927, sobre la base de la cual se dictara el DFL, indicado, en su art. 11 otorgaba facultades legislativas al Presidente de la República "para reorganizar al recaudación de las contribuciones fiscales", o sea para una materia estrictamente y absolutamente financiera contable, haciendística, lo que reitera una vez más que esta toma de razón y este control de los organismos de hacienda recaía sobre materia financiera, de gasto público, de fondos fiscales, es decir control típicamente financiero contable, y no de juridicidad (constitucionalidad y legalidad) de todo tipo de actos jurídicos, labor que es propia de otro tipo de órganos estatales, no precisamente integrados en la propia administración ni subordinados a un poder jerárquico o de tutela.-

Para la historia de la creación de CGR, y sus autores, véase E. CORREA: ob. cit., p. 15 ss.-

(12) DFL. 2960, bis, de 30/12/1927, que lleva las firmas de Ibáñez y P. Ramírez, fue dictado en virtud de la delegación legislativa efectuada por la ley 4156, de 4 de agosto del mismo año, y en su art. 8º dispone: "La Contraloría se pronunciará sobre la legalidad y constituciona-

lidad de los decretos supremos, dentro del plazo de veinte días, contados desde la fecha de su recepción, pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de sus Ministros. La representación se hará con la firma del Contralor y del Subcontralor, y, en casos de insistencia, se consignará en la Memoria Anual que la Contraloría debe presentar al Presidente de la República”.-

(13) DL. 258, dictado por un gobierno de facto, la llamada “república socialista”, de efímera duración, y que derrocara por medio de un golpe militar al Presidente J. E. Montero, autoridad legítimamente elegida.

(14) Se utiliza incluso la misma expresión de la ley 3620/1920, art. 11 al referirse a decretos que no estando conforme a la Constitución o las leyes, afecten o puedan afectar “los intereses fiscales”. Este tipo de “intereses” no son sino aquellos “haciendísticos”, “financieros”, y precisamente todos los textos que incluyen esta toma de razón se refieren explícitamente a materias de clarísimo contenido contable, y efectuado dicho trámite — que es típico de control contable — por órganos incluso, de indudable función haciendística, “servicios” u “oficinas” de Hacienda, integrados en la propia “administración de la Hacienda Pública” (como se puede ver en los textos del siglo pasado, antes citados), administración que obviamente dependía jerárquicamente del Presidente de la República, pues que era “Administración de Hacienda”, servicio dependiente del omónimo Ministerio. Véase v. gr. el interantísimo fallo del Consejo de Estado, sentencia de 13/11/1897, resolviendo una contienda de competencia entre el Tribunal de Cuentas y el Ministro de Marina, don Luis Barros Borgoño (D. Oficial N° 5867, de 30/11/1897, p. 3410 ss.), espec. el considerando 7° (D. Oficial citado, col. 1 de p. 3411) y el 10° en que textualmente se afirma por dicho Consejo, presidido por J. CL. FABRES, que el Tribunal de Cuentas “le esta subordinado” al Presidente de la República, y “le debe obediencia por el carácter de funcionario administrativo que reviste dicho Tribunal”. El cons. 13 señala: “Que el precepto que ordena al Tribunal de Cuentas observar los decretos que en su concepto fueron ilegales, no tiene por objeto conferirle alguna jurisdicción sobre dichos decretos, sino que es establecido en favor del Presidente de la República i de sus Ministros, para que con pleno conocimiento i con más acierto puedan deliberar i resolver sobre la legitimidad del pago i legalidad del decreto que lo ordena; resguardando así su responsabilidad para ante el Congreso, que es el único a quien compete dar sentencia sobre aquella legitimidad i absolver o condenar al Ministro”.-

La parte decisoria del mencionado considerando de la sentencia del Consejo viene a ser lapidaria, ya que declara en su N° 1 que el Tribunal de Cuentas (“Cortes de Cuentas”, precisamente) “es incompetente para juzgar de la legalidad de los decretos supremos que ordenen un pago a las oficinas fiscales i de la legitimidad de dicho pago”, (D. Of. citado, p. 3411, col. 2).

Por si aún no bastase el claro contenido financiero-contable sobre el cual recaía el DI —incluso bajo el texto citado de 1920, que retomara en su terminología el DS. citado, dictado por Ibáñez —valga señalar que de acuerdo al art. 11 de la citada ley 3620/1920, el Tribunal de Cuentas debía enviar una comunicación al Congreso Nacional (o Comisión Conservadora en receso de aquél) haciéndole saber la dictación del o los DI, por parte del Presidente de la República, y ello dentro de los 30 días siguientes contados desde la fecha de dictación. Ahora bien, esta comunicación era enviada al Senado, el cual la remitía a su “Comisión de Presupuesto” para su estudio y posterior informe: si se hubiera tratado de materias que incidían en otras que de gaso fondos públicos ¿por qué se enviaban a dicha Comisión de “Presupuesto”? . Si la insistencia presidencial hubiera procedido en cualquier asunto administrativo — como se ha sostenido (v. gr. CEBALLOS, SILVA, MACIAS, etc.) — ¿en virtud de qué motivo se dirigía el Senado a su Comisión de “Presupuesto” para que le informara respecto a la conducta presidencial, y su legalidad o ilegalidad correspondiente? . ¿No dice ello claramente que la “insistencia” era y es típicamen-

te una figura propia de la Administración financiera, incluso en el Derecho comparado, y que sólo allí ella encuentra su justificación? .

Si procedía en toda materia ¿no habría sido racional, lógico, pedir el Senado informe a la Comisión de Constitución, legislación y justicia, por ejemplo, en aquellos casos especialmente en que no hubiera incidido la insistencia en materia financiera? . Lo cierto e indiscutido es que todos los informes sobre la citada comunicación del Tribunal de Cuentas eran pedidos por el Senado a la referida "Comisión de Presupuesto", y no se encuentra uno solo que haya sido remitido a una Comisión diferente (confírmese en CEBALLOS: ob. cit., p. 67 s). Incluso más, de dichos informes se desprende clarísimamente que la insistencia procedía y se utilizaba únicamente en materia estrictamente financiera, de gasto público: véase (puesto que se haya impreso en una obra de fácil consulta como la de CEBALLOS, cit.) v. gr. el informe de fecha 4/8/1920 —CEBALLOS: ob. cit., p. 68 nota 1 —firmado nada menos que por don Luis Claro Solar, y en el cual se afirma a la letra: "para llegar a la correcta inversión de los dineros destinados a los gastos públicos es indispensable la estricta observación del precepto constitucional que exige la existencia de una ley especial o de un ítem de los presupuestos nacionales que autoricen un gasto. Los decretos de insistencia con la firma de los seis Ministros, aunque autorizados por la ley, deben reservarse para casos muy calificados en que no sea posible demorar el gasto, y aún por breve tiempo. El funcionamiento del Congreso se prolonga hoy por muchos meses en el año y lo natural es que se solicite su autorización cuando ocurran gastos que no puedan ser previstos". Valga recordar la frase antes transcrita "Los decretos de insistencia ... deben reservarse para casos muy calificados en que no sea posible demorar el gasto".

Véase en el derecho comparado, v. gr. el caso de Argentina, que la insistencia es

Véase en el derecho comparado, v. gr. el caso de Argentina, en que la insistencia es una institución netamente haciendística-contable: vid. art. 75 y 85a de la Ley de Contabilidad, decreto ley 23354/1956, ratificado por ley 14.467, de 8/1/1957, y modificaciones posteriores; cfr. S. RUSSOVICH: "La facultad de insistencia", en Revista de Administración Pública (Buenos Aires), nº 11 (1963), p. 94 ss., y C. A. YOUNG: "Los límites de las funciones de control del Tribunal de Cuentas, y los alcances de la facultad de insistencia del Poder Ejecutivo", en id., p. 98 ss. Véase todavía R. C. CARDON: "Los Tribunales de Cuentas en el control de los gastos públicos", en id. nº 25 (1967), p. 52 ss.

Para el origen español de los Tribunales de Cuentas véase nota 4.-

(15) Este DS (Hacienda) nº 5181, de 1928 (D. Of. 6/12/1928) fué derogado por Ibáñez por otro DS (Hacienda) nº 3785, de 2/9/1929 (D. Of. 6/9/1929), en que lisa y llanamente se suprimió la posibilidad de la representación misma.

El DS (Hacienda) 5181, citado, señalaba en sus considerandos: que el texto que reorganizó la Contraloría General de la República "con el objeto de mantener el control financiero del Estado" (DFL. 2960 bis, de 30/12/1927, de Hacienda) contenía en su art. 8 la atribución a CGR. de pronunciarse sobre la legalidad y constitucionalidad de los decretos supremos; ahora bien, este DS. 5181 expresa "que por consiguiente la facultad que el art. 8 del indicado decreto concede a la Contraloría de pronunciarse sobre la legalidad y constitucionalidad de los decretos supremos, no puede sino referirse a aquellos decretos que afecten los intereses financieros del Estado, que la ley de 20/1/1888 que creó el Tribunal de Cuentas otorgó a este organismo la facultad de representar al Presidente de la República los decretos de pago que no se conformaran con las leyes, y que la ley nº 3.620 de 25/3/1920, amplió el ejercicio de esta facultad respecto de aquellos decretos supremos que no se conformaran con la Constitución o las leyes o que afectarían o pudieran afectar los intereses fiscales; que la atribución que concede el art. 8 del decreto

orgánico 2.960 bis de 30/12/1927 no puede tener otro alcance que el señalado en el considerando anterior.” En virtud, entonces, de estos considerandos recién transcritos se decretaba en el sentido que “La facultad que concede a la Contraloría General el artículo 8 del decreto supremo con fuerza de ley expedido por el Ministerio de Hacienda el 30 de diciembre de 1927, sólo podrá ejercitarse respecto de los decretos supremos que comprometan los intereses fiscales; ...”.

(16) La índole misma de estas notas impide extendernos sobre este punto. Valga señalar las fuentes de nuestras afirmaciones: 1.) Acusación constitucional presentada contra “todos los Ministros de Estado” del Presidente A. Alessandri por parlamentarios del block parlamentario de izquierda (Boletín de Sesiones Ordinarias Cámara de Diputados 1935, vol. 1, sesiones 20, 21 y 22, p. 939 ss - 952 ss - 990 y 1032 respectivamente). En esta acusación los puntos principales fueron precisamente los referentes a la dictación indiscriminada —según los acusadores— de “decretos de insistencia”, el punto 1º señalaba la dictación de DI durante 1933 y 1934 por medio de los cuales se había gastado más de cien millones de pesos “sin autorización legal alguna y violando expresas disposiciones de nuestra Carta Fundamental” (p. 939). La comisión informante desechó este punto diciendo: “Se justifica la dictación de la mayoría de los decretos de insistencia, expedidos durante el año 1933, porque la ley de Presupuestos correspondiente a ese año, se aprobó el día 19 de junio de 1933, con el nº 5.205.”, y agregaba más adelante que “Los gastos efectuados por medio de los decretos de insistencia fueron financiados por medio de la dictación de la ley 5524, que aprobó suplementos para esos gastos.” (p. 940). Señalaba en su informe dicha Comisión que “Por más apremiantes que sean las necesidades que inspiren un decreto de insistencia que bien pudiera explicarse durante los períodos de receso del Congreso Nacional, no faltan medios para que el Poder Ejecutivo obtenga satisfacción de determinadas necesidades durante el funcionamiento de aquél, ejerciendo las atribuciones constitucionales que dispone, entre las cuales, vale citar la petición de urgencia para el despacho de los proyectos de ley.” (p. 943, col. 2).

El propio diputado informante señalaba: “Se trataba en todo caso de gastos totalmente indispensables, pues se destinaron a ... y otros gastos semejantes de urgente necesidad que no se podía postergar” (p. 948, col. 2), y los propios Ministros de Estado en su defensa ante la Cámara de Diputados —por oficio— dicen: “Conviene, no obstante, para afirmar la teoría de que el decreto de insistencia es un instrumento legal y constitucional, declarar que estos decretos conservan su original finalidad, cual era la de facilitar la administración o gobierno cuando leyes fiscales, es decir, leyes relativas a fondos, dificultaban por cualquier razón alguna resolución administrativa requerida por la urgencia o la necesidad.” (p. 970, col. 2).

(Los subrayados en esta nota son nuestros) (Véase, como dato curioso, en esta acusación constitucional la impugnación que Jenaro Prieto —diputado en aquella época— hace de la acusación, en un tono chusco y de sangrienta ironía: p. 1011-1018).- 2.) Mensaje del Ejecutivo proponiendo la Reforma Constitucional (promulgada el 23/11/1943) donde se señala —en lo que se refiere a la iniciativa parlamentaria en los gastos públicos— “Aprobado el proyecto por esa Corporación, el Honorable Senado consideró que era de necesidad limitar también la realización de gastos de iniciativa del Gobierno por medio de los decretos de insistencia —sistema que el actual Gobierno ha desterrado completamente de sus prácticas— y complementó sus disposiciones en el sentido indicado.”; y más adelante: “El Gobierno, inspirado en tales propósitos, pone toda su actividad al servicio de ellos, [tales propósitos eran la restricción del gasto público y el mejoramiento de la economía, bastante anarquizada por prácticas perniciosas, una de ellas precisamente el gasto de fondos no previstos en la ley a través de DI] y ya ha dado pruebas evidentes de su voluntad y de sus finalidades, al reclamar el despacho de la ley de emergencia, al buscar las fórmulas más acertadas para la solución de los problemas generales, al suprimir los gastos por medio de decretos de insistencia ...”.

Hemos tenido a la vista el Mensaje citado en la edición oficial que la Dirección General de Informaciones y Cultura realizó del texto de la Constitución Política con la reforma de 1943, conteniendo dicho Mensaje y la defensa que hizo de tal reforma el ministro de justicia de la época don O. Gajardo V., en sesión de 6/7/1943 en la Cámara de Diputados; las citas del Mensaje en ob. cit. Talleres Gráficos La Nación, Santiago, 1944, p. 57 s. y 61, respectivamente.- 3.) Intervención del Ministro de Justicia O. Gajardo en sesión citada, Cám. Diputados, quien sobre el particular señala: "Es al Presidente de la República a quien corresponde mantener el correcto ejercicio financiero, porque de su éxito o de su fracaso dependen para él: o el asenso de la opinión, o la censura de quienes son extraños a los detalles prácticos e íntimos dentro del plano en que se suceden estas cosas. Con un desequilibrio permanente en los Presupuestos, con ampliaciones de plantas, no se presta colaboración positiva: se sacrifican sus aspiraciones de mandatario, se conspira contra su Gobierno, se hace oposición al desarrollo de la obra de progreso que ha prometido; porque tratar de hacer prevalecer los intereses subalternos involucrados en el aumento constante de sueldos públicos, importa colocar las banderolas políticas sobre las grandes intereses del país. Así, con esta labor de disolución que muchas veces se realiza inconscientemente por quienes sirven a clientes electorales, se lleva al Presidente de la República a la impotencia y al país a la bancarrota. Ahora, señores diputados, ¿en que consiste la reforma que la opinión pública reclama? . Consiste en que los sueldos fiscales o semifiscales, las jubilaciones, las pensiones de gracia, en una palabra, todos los gastos de esta índole, sólo puedan ser aumentados por iniciativa del Presidente de la República. Naturalmente que pareada con esta reforma y como su corolario lógico, se consulta otra que consiste en que el Ejecutivo no pueda crear empleos de ningún género, otorgar jubilaciones, ni ninguna otra gracia que se traduzca en gastos pecuniarios con fondos obtenidos mediante "decretos de insistencia". Esta es la reforma en sus líneas esquemáticas." (ob. cit. p. 69 in fine y 70).

Nótese simplemente el contenido financiero del DI, su uso exclusivo para proveerse de fondos el Presidente de la República, en ausencia de ley que previera el gasto que se hacía; nótese su destierro de la práctica administrativa por J. A. Ríos, y su supresión lisa y llana por la reforma constitucional de 1943; nótese su reemplazo por la emergencia del art. 72 n° 10, y finalmente adviértase el no uso posterior de los DI precisamente por aquel mismo mandatario que propuso su supresión, y quien no usó de este arbitrio.-

(17) Que por expresa disposición constitucional le está prohibida (art. 80): vid. v. gr. el caso de DFL. 242, de 26/10/1953 (D. Of. 14/12/53), insistido por DI, de fecha 11/11/53, a pesar de su representación por CGR. (dictamen 55635, de 4/11/53), la que no podía menos que rechazarlo puesto que era abiertamente contrario no sólo a la expresa prohibición que la ley delegatoria (11.151, de 5/2/1953) estableció en orden a que el Presidente de la República no podría "Dictar disposiciones que modifiquen la organización y atribuciones del Poder Judicial y de los servicios que de él dependan, ni las normas que las leyes vigentes señalan para el desempeño y continuidad de sus funciones y ejercicio de sus atribuciones por parte de los miembros y empleados en servicio de dicho Poder, comprendiéndose también a la Judicatura del Trabajo" (art. 12, letra b), sino a la propia Constitución (art. 80 cit.).-

(18) Actitudes complacientes o muchas veces timoratas de los órganos públicos supremos —especialmente de aquellos que asumen poderes jurídicos de control —traen a la larga desastrosas consecuencias, que tal vez no se producen de inmediato pero que afloran años más tarde como cruel realidad, haciéndolas recaer en generaciones posteriores, absolutamente inocentes de aquellas desviadas complacencias; valga recordar al autor bíblico cuando señala "no siembres maldades en surcos de injusticia, no sea que tenga que cosechárselas después multiplicadas" ("Eclesiástico", 7, 3.).-

(19) V. gr. SILVA CIMMA: "Tratado" cit., vol. I, p. 221 párrafos 2 y 3 (1a. ed.) y ed. posteriores ya citadas; L. MACIAS: ob. cit., p. 47; etc.-

(20) Que el uso de los DI es un índice sensibilísimo para detectar el grado de respeto que un gobernante tiene del Derecho lo demuestra el estudio comparativo de la dictación de tales actos en los distintos sexenios; baste señalar que en el período de la presidencia de Ibáñez (1952/1958) se dictaron 355 DI; en el de J. Alessandri R. (1958/1964) solamente 3; en el correspondiente a E. Frei (1964/1970) fueron dictados 63, y en 30 meses del actual período ya se han dictado 32 DI.-

Para los sexenios anteriores al actual hemos tenido a la vista las "Memoria Anual de Contraloría General de la República", desde 1952 a 1970, respecto a los años 1970/XI-XII, 1971, 1972 y 1973 hemos realizado personalmente la investigación, ya que las Memorias citadas de 1971 y 1972 en este punto no mencionan todos los DI existentes según hemos comprobado teniendo a la vista copia de los DI omitidos.

Debe tenerse presente que a través de un solo DI pueden insistirse innumerables decretos o resoluciones representados por CGR, por ser ilegales: véase nota 2.-

(21) Véase nota 3.-

(22) Véase v. gr. SILVA CIMMA: "Tratado", vol. I, p. 220 ss. (1a. ed.); P. AYLWIN: ob. cit. p. 64 s.; L. MACIAS: ob. cit. p. 43 ss.; B. MORENO - C. LOMAOSORIO: ob. cit. p. 158 ss.-

(23) La unanimidad es —diría— total: vid. v. gr. MACIAS: ob. cit. p. 41; VARAS: ob. cit. p. 48; SILVA: "Tratado", vol. I, p. 219 s. (1a. ed.); "La Contraloría ...", p. 387 s; AYLWIN: ob. cit. p. 64; CEBALLOS: ob. cit. p. 57 ss.; etc ... Para más referencias vid. nota 3.-

(24) SILVA CIMMA: "Tratado", vol. I, p. 221 (1a. ed.); p. 249 (2a. ed.); p. 332 (3a. ed.). Es curioso que este distinguido maestro no haga mención alguna al caso —importantísimo— en que la citada controversia jurídica entre Ejecutivo y Contraloría no sea sólo de "legalidad" sino de "constitucionalidad" de un acto administrativo, en que se entiende aún menos su intento de explicación.

(25) B. MORENO - C. LOMAOSORIO: ob. cit. p. 158. En verdad la afirmación de estos autores no resiste el menor análisis; baste preguntarse ¿el hecho que un juez —sea especial u ordinario— fiscalice por medio de poderes jurídicos de control los actos jurídicos de la Administración (sean unilaterales o plurilaterales) a través de un proceso administrativo, ante la impugnación de un administrado en orden a anular uno de dichos actos, significa que su labor es de "administrar" si determina su "anulación" por ser antijurídico, contrario a Derecho, ya por ilegal, ya por inconstitucional? ¿Es que nuestra CGR, pone en movimiento al realizar su función contralora, de fiscalización, ya contable, ya de legalidad/constitucionalidad, poderes jurídicos de "administración"? ¿No será, más bien, que ejerce poderes jurídicos de "control jurídico", cosa por cierto bien diferente? ..

Para mayores explicaciones véase las conclusiones en el texto.-

Véase asimismo la fundamentación de P. AYLWIN: ob. cit. p. 64, donde afirma que la CGR, al pronunciarse sobre la legalidad y constitucionalidad de los actos de la Administración, y específicamente del Presidente de la República, tendría función de asesoría jurídica de este último: "En caso de desacuerdo entre el Presidente y el Contralor en la interpretación de una ley ¿cual opinión debe prevalecer? .. La del Presidente. Lo contrario sería sustituir el gerente por el contador; convertir en jefe al asesor jurídico".- Valga precisar al respecto que Contraloría desempeña variadas funciones, y, por tanto, ejerce poderes jurídicos de distinta naturaleza: v. gr. "jurisdicción" en cuanto se refiere a los juicios de cuenta (título VI LOCCR, espec. art. 107 ss.); "administración consultiva" (v. gr. art. 6 y 9, este último determina para las materias allí señala-

das el carácter vinculante de sus informes); "normación" (v. gr. art. 2 inc. 6, art. 5, 8, 24 etc.); y "contralor jurídico (legalidad y constitucionalidad) preventivo" (art. 10), objeto de este comentario. No cabe, pues, confundir cada función, ni mezclarlas, ya que ello conduce sólo a confusiones sin solución. Al ejercer poderes de "contralor jurídico preventivo" no está CGR. realizando o desarrollando función de "administración" (ni siquiera consultiva), obviamente ... Debe advertirse, sin embargo, que este distinguido profesor confirma cuanto decimos, en ob. cit. p. 169 y 171.-

(26) Poder jurídico que comprende normalmente el de dirección, de mando, de revisión, de sustitución, de avocación, de delegación, etc.-

(27) Poder de vigilancia que comprende normalmente los mismos enunciados que el poder jerárquico, salvo tal vez los dos últimos, sin embargo ha de estarse a los ordenamientos jurídicos positivos respectivos.-

(28) Recordamos el art. 21 inc. 2º de la CP.: "Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República .....", como señala su encabezamiento, y transcribimos el art. 1º de la LOCGR. (10,336/64): "La Contraloría General de la República, independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado, tendrá por objeto fiscalizar el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficiencia Pública y de los otros servicios que determinen las leyes; verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas o entidades que tengan a su cargo fondos o bienes de esas instituciones y de los demás servicios o entidades sometidos por ley a su fiscalización, y la inspección de las oficinas correspondientes; llevar la contabilidad General de la Nación; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicio, que deben tramitarse por la Contraloría General; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar, finalmente, todas las otras funciones que le encomiende esta ley y los demás preceptos vigentes o que se dicten en el futuro, que le den intervención. La Contraloría estará obligada a ejercer en forma preferente las atribuciones señaladas en el inciso anterior, en los casos de denuncias hechas o investigaciones solicitadas en virtud de un acuerdo de la Cámara de Diputados".-

Adviértase aquello de "organismo autónomo", e "independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado", que consagran las normas recién indicadas.-

(29) Libertad e independencia que no se da en aquellos órganos sometidos a control jerárquico, o sólo en cierta medida en aquellos sometidos al control de supervigilancia o tutela.

(30) Baste citar por vía ejemplar: VARAS: ob. cit. p. 50; AYLWIN: ob. cit. p. 55 s; SILVA CIMMA: "Tratado", vol. I, p. 168 ss, y 199 ss.; MANUEL DANIEL: "El control jurídico de la Administración. Nociones fundamentales.", Edit. Universitaria. Santiago. 1960, p. 31; B. MORENO - C. LOMAOSORIO: ob. cit. p. 126 ss.; OSVALDO MUÑOZ M: "El trámite de toma de razón frente a los DFL.", Edit. Universitaria. Santiago. 1962, p. 40 ss.; RICARDO RECABARRÉN D.: "La toma de razón de los decretos y resoluciones", Edit. Jurídica de Chile. Santiago. 1969.-

(31) V. gr. DANIEL: ob. cit. p. 31; MUÑOZ: ob. cit. p. 56 ss.; RECABARRÉN: ob. cit. p. 69 ss. Este último autor esboza en su tesis de licenciado citada una construcción jurídica (actitud digna de toda alabanza por lo poco frecuente en nuestra disciplina), pero que debe rechazarse de plano, pues hace revivir —tal vez sin advertirlo conscientemente el autor— la famosa teoría del "atto complesso", muy de moda a comienzos del presente siglo, bajo su célebre formulación hecha por D. DONATI: "Atto complesso, autorizzazione, approvazione", en "Archivio giuridico", vol. XXXI, 1903, p. 32 ss. (actualmente también en "Scritti di diritto pubblico").

Padova. 1966, vol. I, p. 389 ss.), pero totalmente superada en la década de 1930 (véase v. gr. U. FORTI: "Atto e procedimento amministrativo", en "Studi in onore di O. RANELLETTI". Padova. 1931, vol. I, p. 439 ss., y también en "Studi di diritto pubblico", Roma. 1937, vol. I, p. 455 ss.), y enterrada en la década de 1940 con el célebre estudio de A. M. SANDULLI: "Il procedimento amministrativo". Milano. 1940 (ristampa Giuffrè, Milano. 1959, vid. espec. p. 200 ss.).-

(32) O de "fiscalización" si se refiere este vocablo castizo en vez del galicismo "control" ("Contrôle", de "contre rolle"), y obviamente control o fiscalización "jurídicos".-

(33) "Poder-deber" en el caso de ser ejercido por un órgano público, dada la obligatoriedad que implica su ejercicio en el desempeño de una "función" estatal.-

(34) Expresado en normas de Derecho, principios jurídicos, y en último término en "valores jurídicos" contenidos en aquellas normas y en aquellos principios.-

(35) Habilitado normativamente para tal efecto por el propio ordenamiento.-

(36) Control sobre los actos ("proyectos de actos"), y sobre la actividad, respectivamente.

(37) Otras características que emanan de la naturaleza propia de todo poder de control jurídico son: el hecho de ser un poder-deber si tal control es ejercido por un órgano público (lo que no ocurre necesariamente si se trata de un sujeto de derecho privado), y la nota de irrevocabilidad del acto jurídico de control ("acto trámite" si se articula en un "procedimiento", como es el caso normalmente previsto en los ordenamientos positivos), es decir la no posibilidad de su retiro por el órgano de control, ya que en principio por la naturaleza peculiar de este poder jurídico, el órgano que lo ejerce carece de la disponibilidad de su propio acto (acto trámite). Existen otros rasgos característicos pero no vienen a nuestro análisis.-

(38) Esta distinción entre control de legitimidad y control de oportunidad (o mérito, en la terminología italiana), salvo que esté expresamente establecida en la ley positiva en un ordenamiento dado (lo que no ocurre en Chile) está siendo dejada de lado no sólo por la iniquidad que representa —al sostenerse que el segundo no sería posible realizarlo por la jurisdicción, dejando así sin control posible los actos en que se produzca por sí mismos o por su ejecución daños o perjuicios para los administrados —sino incluso por su falsedad conceptual, ya que la llamada "oportunidad" va inserta (y ello es innegable) en la propia norma y por tanto integra la "juridicidad" propia de la norma que la contiene. De allí que la oportunidad sea ya un elemento integrante de la propia legalidad del acto, y así lo han entendido jurisdicciones con un sentido fino y aguzado del control jurídico de los actos de la Administración: véase especialmente para la jurisprudencia del Consejo de Estado francés G. VEDEL: "Droit Administratif", 3e. éd. PUF, Paris. 1964, p. 234 ss.; R. DRAGO: "Le défaut de base légale dans le recours pour excès de pouvoir", en Etudes et Documents du Conseil d'Etat N° 14 (1960), p. 27 ss.; M. LETOURNEUR: "L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir", en EDCE, N° 16 (1962), p. 51 ss., espec. 56 ss.; véase ya más ampliamente E. GARCIA DE ENTERRIA: "La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo", en RAP, N° 38 (1962), p. 159 ss., espec. 167 ss.; M. MARTIN GONZALEZ: "El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos", en RAP, n° 54 (1967), p. 197 ss.- En el derecho administrativo inglés véase H. W. R. WADE: "Administrative Law", 2 nd. ed. Clarendon Press. Oxford. 1967, chapt. 3 in totum.-

(39) Y se dará el denominado "control sobre las personas", que en terminología más precisa llámase "control sobre la actividad".

(40) Que es el control jurídico que recae sobre el ejercicio de poderes jurídicos del órgano controlado, normalmente actos jurídicos, que podrán estar articulados en un "procedimiento"

con el ejercicio del poder jurídico de control del órgano controlante, como ocurre usualmente, recibiendo la denominación de "actos trámites".-

(41) Debe hacerse notar que si se afirma que objeto de control jurídico es la "conducta humana", el "comportamiento humano" y no simplemente "hechos" aún si jurídicos, es por la sencilla razón que sólo tal conducta, sólo tal comportamiento humano, son posibles de ser detenidos en su curso causal y centrarlos dentro de ciertos límites, adecuarlos a cánones preestablecidos, o evitar la perturbación del orden jurídico. Un hecho —aun si es jurídico— es algo pasivo, no actuante, si bien una norma puede contenerlo otorgándole ciertos efectos jurídicos (v. gr. el nacimiento, un terremoto, un aluvión, la muerte, el mero transcurso del tiempo, etc.); ellos podrán ser objeto de "certificación", podrán ser objeto de una verificación en cuanto a su existencia o inexistencia, o a la modalidad de su existencia misma, pero por sí tales hechos no producen efectos en Derecho, sino proque una norma ha determinado que los produzca, y de una manera y forma precisa. Objeto de control jurídico es, en cambio, algo que pueda ser susceptible de modificarse o detenerse en sus efectos, y tal solamente es la conducta o actividad humana, la cual es precisamente causalidad, en principio razón y voluntad. Si se relaciona, además, con el "fin" del control jurídico se advierte de inmediato que un hecho de la naturaleza en cuanto tal no aparece atentando contra un valor que el Derecho proteja, y para lo cual existen justamente los mecanismos normativos de control jurídico: contra tal o tales valores sólo puede atentar la conducta humana, única entidad capaz de "valorar". Véase en el texto lo dicho sobre el "fin" del poder jurídico de control.-

(42) Como se sostenía en la doctrina clásica (v. gr. U. FORTI: "I controlli dell'amministrazione comunale", en el "Trattato di diritto amministrativo", de V. E. ORLANDO, vol. II, parte 1a, Milano. 1915, p. 613 s.) y que confundía al poder jurídico de control con una operación de registro o de 'certificación', más propiamente hablando, poder jurídico de control que no agota, ciertamente, su esencialidad en ello ya que nada se obtiene con saber o conocer esa 'conformidad' o 'disconformidad', si el mero juicio que implica esa certificación de concordancia o no concordancia con reglas, cánones o principios preestablecidos, no es acompañado de una 'acción' destinada a impedir esa disconformidad, y evitar así que aquello controlado y encontrado anti-jurídico produzca efectos dañosos.-

(43) "Función contralora jurídica" más precisamente hablando.-

(44) Limitamos el análisis al control llamado sobre los actos jurídicos, o proyectos de actos

(44) Limitamos el análisis al control llamado sobre los actos jurídicos, o proyectos de actos jurídicos (según estén o no articulados en un procedimiento, deviniendo 'actos trámites'), puesto que ello dice relación con este trabajo.-

(45) Ello se da claramente v. gr. en el caso del control jurídico en vía jurisdiccional, que ciertamente es ejercicio de poderes jurídicos de contralor jurídico represivo, o a posteriori, o sucesivo, como se suele denominar en doctrina.

(46) Atendiendo al tiempo en que se realiza el control jurídico éste puede ser anterior al nacimiento del acto (cualquiera sea la manera de articularse con el ejercicio del poder jurídico sometido a control) y se llamará "control jurídico preventivo", el cual podrá hasta impedir el nacimiento mismo del acto, o podrá ser posterior a dicho nacimiento, y se denominará "control jurídico represivo", el cual impedirá (en el caso de ser el acto contrario a Derecho) la 'producción' de sus efectos jurídicos, o la 'continuación' de esa producción de efectos jurídicos: éste es el llamado propiamente contralor jurídico "jurisdicción", en contraposición con el control jurídico preventivo, denominado usualmente "contralor jurídico preventivo".-

(47) La única excepción que vemos como tal sería el caso de los "actos de aplicación inmediata" previstos en el inc. 9 del art. 10 de la LOGGR. 10.336/64, los que tienen un claro contenido de 'urgencia', y por lo tanto son de tipo excepcional, de estricta excepción al régimen normal, como lo ha entendido por lo demás frecuentemente la propia CGR en jurisprudencia constante: véase v. gr. en el tiempo reciente dictamen 14.656, de 28/2/72, 21.531, de 29/3/72, 14.348, de 21/2/73, 19.746, de 14/3/73, o aún 24.134, de 30/3/73. Véase además "La Contraloría General y los decretos de urgencia", de A. MECKLENBURG, en El Mercurio de 12/4/73, p. 5. Esta excepción mencionada es sin perjuicio de los poderes jurídicos atribuidos por ley al Contralor General de la República (art. 10 inc. 5º LOGGR) en orden a eximir del trámite de toma de razón a ciertas materias y substituir este control jurídico por otro: véase v. gr. resolución nº 522 del Contralor General, de 15/10/70 (D. Of. 30/10/70).-

(48) Hablo de "proyecto de acto" y no de "acto" por cuanto lo que se envía a CGR —salvo el caso excepcional señalado en nota anterior— no produce ningún efecto jurídico sin la "toma de razón" de CGR, y "acto jurídico" es precisamente aquel que "produce efectos jurídicos", o según otros aquel que "está destinado a producir efectos jurídicos", en cambio jamás producirá efectos jurídicos el que no es tomado razón. Aún en el citado caso de excepción, deberá ser enviado a CGR, para su toma de razón "dentro de los treinta días de dispuesta la medida", y de no ser tomada razón ella quedará sin efecto, sin perjuicio que ello afectará la responsabilidad administrativa del autor de la medida, e incluso penal y/o civil que correspondiere.

Y precisamente el DI es una orden presidencial para que CGR. "tome razón" de ese proyecto de acto jurídico —trámite procedimental de elaboración del acto administrativo sin el cual su ejecución no sería otra cosa que una vía de hecho, arbitraria, ya que sería una actuación no sometida al procedimiento que el legislador ha creado para la elaboración de los actos unilaterales de la Administración. Ver en igual sentido —aunque con terminología distinta SILVA CIMMA: "Tratado", cit. (1a. ed.), p. 200 s., quien advierte exactamente que sin la toma de razón, es decir sin el pronunciamiento de legalidad y constitucionalidad que CGR. efectúa sobre los actos jurídicos de la Administración, sea en forma de decretos o resoluciones, "Un Decreto Supremo no tiene valor legal", y más adelante (loc. cit.) agrega: "Es pues este pronunciamiento el que hace adquirir al decreto pleno vigor y obligatoriedad ...". "Naturalmente que a la inversa, si la Contraloría estima ilegal un decreto, deberá representarlo, es decir tacharlo de ilegal, y en tal caso, el decreto carecerá de fuerza y valor, a menos que sea insistido, en los casos en que tal insistencia es procedente, circunstancia que da obligatoriedad al decreto de insistencia a lo menos dentro de la Administración del Estado." (al decreto o resolución "insistido" habrá querido decir, sin duda, este maestro).-

Igual posición sostiene CGR.: véase recientemente dictamen 19.746, de 14/3/73, donde se afirma claramente "Conviene en esta parte recordar al señor Ministro que la regla general es que los actos administrativos sólo pueden producir efecto una vez íntegramente tramitados, y que ese trámite incluye la toma de razón por la Contraloría."; más adelante agrega CGR. que "una resolución no tomada razón [es] por ende, ilegal, mientras no se cumpla con este requisito que la ley exige".-

Sobre el error de enfocar este trámite procedimental —que es la toma de razón que realiza CGR.— como simple "eficacia" de un acto ya perfecto (v. gr. MORENO-LOMAOSORIO, MUÑOZ MIRANDA, RECARREN, loc. cit. nota 31), reenviamos a nuestro "L'entrée en application de l'acte administratif", en "Homenaje a Sayagués Laso", (Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX), IEAL, Madrid, 1969. (5 vols.), vol. IV, p. 681 ss., donde mostramos el origen del error —p. 687 ss.— y su contenido —p. 729 ss.— basados en la falsa distinción de "validez" y "eficacia" cuando es aplicada el acto administrativo unilateral.-

(49) Sí tenía justificación, y era claramente explicable, el decreto de insistencia, en su ordenación puramente haciendística-contable, de donde jamás debió salir ya que precisamente el Tribunal de Cuentas, la Corte de Cuentas, el Tribunal Superior de Cuentas o la Contaduría Mayor, dentro de nuestra historia, eran “oficinas de Hacienda”, es decir servicios administrativos dependientes directamente del Ministerio de Hacienda, y por tanto con una relación orgánica de subordinación jerárquica respecto al Presidente de la República, el cual —en consecuencia— podía “ordenarle” un determinado comportamiento, y el órgano subordinado había de obedecer. Y por cierto que allí se justifica, se entiende y es aceptable la explicación que la doctrina (v. gr. espec. SILVA CIMMA y AYLWIN) da respecto a esta “imposición” presidencial (véase también fallo citado del Consejo de Estado, considerando 10).

Pero CGR, no es ni un servicio dependiente del Presidente de la República ni es una institución descentralizada funcionalmente de la Administración (léase el art. 1º ley 10336 LOCGR, y art. 21 inc. 2 CP); como muy bien señala SILVA CIMMA (“La Contraloría ...”, cit., p. 398 ss.) CGR es un Poder del Estado, agregando nosotros el hecho de que su específica función es muy distinta de las otras funciones comúnmente conocidas en la organización estatal, cual la legislativa y la administrativa: su específica función es la contralora jurídica que en nuestro ordenamiento constitucional la integran no solamente CGR —que realiza el control jurídico preventivo de los actos de la Administración, sino también el Tribunal Constitucional —encargado del contralor jurídico preventivo de la constitucionalidad de las leyes, de los DS, de convocatoria a plebiscito, etc.—, el Tribunal Calificador de Elecciones —quien realiza el contralor jurídico de la legalidad electoral, y los Tribunales, sean ordinarios o especiales —contralores jurídicos represivos de la juridicidad del ordenamiento jurídico residual.

Y tal posibilidad de imposición, entonces, ya no es posible, por cuanto CGR al ser un organismo autónomo e independiente de todo otro Poder, es a su vez Poder del Estado, y tal imposición, en consecuencia, aparece contrariando la función contralora misma que la CP, y la ley han entregado a CGR.-

Tan cierto es cuanto aquí afirmamos que en la única norma que la CP, establece en relación con un caso semejante (esto es una controversia sobre la “legalidad” o “constitucionalidad” de los actos jurídicos dictados por las Asambleas provinciales —ya “ordenanzas”, ya “resoluciones”— que hayan sido representadas (“suspender su ejecución” señala el art. 100, inc. 1 y final) por el Intendente respectivo por estimarlas contrarias a Derecho, e insistidas por aquéllas) no decide la controversia el propio autor del acto jurídico controvertido (a través de la insistencia) sino que los antecedentes deberán ser remitidos por el propio Intendente “a la Corte Suprema para que resuelva en definitiva.” (art. 100, inc. final).-

(50) Comp. SILVA CIMMA: “Tratado”, cit. p. 221, párrafos 2 y 3, y p. 223 supra; CEBALLOS: ob. cit. p. 94.-

(51) “Control jurídico” no es sino un “juicio” seguido de una “acción impeditiva” en el caso que aquél sea desfavorable, como decíase en páginas anteriores.-