

## COMENTARIO A LA DECLARATORIA DE INCOMPETENCIA

1. Comentaré la declaratoria de incompetencia del Tribunal para ejercer el control de constitucionalidad del proyecto de ley presentado por la Junta de Gobierno, en cuanto dicho proyecto interpreta disposiciones de la Constitución de 1925 y del Acta Constitucional N° 3. A mi juicio, esta actitud reconoce implícitamente una facultad exorbitante a la Junta, a saber, “la de interpretar por vía legislativa no sólo la Constitución de 1980 sino cualquiera otra en el pasado”<sup>1</sup>.

Cuando la Constitución de 1980 (disposición transitoria decimooctava C) entrega a la Junta de Gobierno, por la unanimidad de sus miembros, la atribución de “dictar las leyes interpretativas de la Constitución que fueren necesarias”, le entrega una facultad precisa: “dictar leyes interpretativas de la Constitución de 1980 que fueren necesarias”.

<sup>1</sup> No es el primer caso en la historia jurídica de la República en que un órgano de control jurídico “crea” potestades al Ejecutivo no derivadas de los textos normativos, sino producidas por la propia inercia del órgano contralor. Un ejemplo claro es la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República al negarse a considerar el examen de los hechos como parte del examen de legalidad de la actividad de la Administración. Otro es el reiterado empleo de “vías indirectas” por los tribunales ordinarios para el control de legalidad de los decretos supremos y su negativa a la declaración directa de nulidad de los actos administrativos ilegales. Las funestas consecuencias de estas abstenciones parecen haberse borrado demasiado pronto.

El sistema constitucional se manifiesta formalmente equilibrado desde el momento en que dicha facultad de la Junta se encuentra sometida al control del Tribunal mencionado, el cual por el artículo 82, atribución primera de la Constitución, “ejerce el control de la constitucionalidad . . . de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución”.

El fallo del Tribunal Constitucional se ajusta plenamente a derecho cuando sigue esta doble vía de interpretación:

— debe tratarse de *leyes interpretativas*, es decir, “leyes que interpreten el sentido y el alcance de una determinada norma” (considerando 21°).

— debe tratarse de leyes interpretativas de la *Constitución de 1980*: “... para el Constituyente la expresión” la Constitución que usa en numerosos preceptos la Carta Fundamental de 1980 está referida a “esta Constitución” (considerandos 2°, 4°, 5°, 6°, 7° y 8°).

Precisamente, el Tribunal Constitucional puede ejercer esa facultad de control de las leyes interpretativas, porque la ley interpretativa Constitucional de la Junta de Gobierno sólo puede versar sobre “esta” Constitución.

2. Ahora bien, supuesto que la Junta de Gobierno envía un proyecto que no es una ley interpretativa o supuesto que la interpretación verse sobre leyes ordinarias, o supuesto que la facultad interpretativa se ejerza sobre otras Constituciones distintas de la de 1980, sólo cabe al Tribunal declarar la inconstitucionalidad del proyecto.

No lo ha entendido así su Excelencia el Tribunal Constitucional (artículo 1° Ley 17.997, inciso 3°) *quien se ha declarado doblemente incompetente*:

— en el número 3° de la declaración: “Que el Tribunal carece de atribuciones para pronunciarse sobre el inciso segundo del artículo único del proyecto de ley en referencia, por estimar que su contenido no es materia propia de una ley interpretativa de la Constitución”.

— en el número 2° de la declaración: “Que el Tribunal carece de atribuciones para pronunciarse sobre el referido inciso primero del proyecto de ley remitido, en la parte que interpreta la garantía constitucional del derecho de propiedad contemplada en los artículos 10, N° 10 de la Constitución Política de 1925 y 1°, N° 16 del Acta Coconstitucional N° 3 de 1976”.

Por el contrario, en este sentido, el fallo de minoría del Ministro Correa me parece más consecuente: “la interpretación sólo puede referirse a preceptos constitucionales, como claramente lo expresa el texto de la Carta Fundamental y lo ha dicho este Tribunal en anteriores fundamentos; y no puede, por tanto, interpretar Constituciones, ni Actas Constitu-

cionales fenecidas o derogadas, como tampoco puede hacerlo respecto de decretos leyes ni de otras disposiciones de semejante naturaleza que derogaron los regímenes de reajustabilidad de pensiones e indemnizaciones de carácter previsional, como lo hace el proyecto en estudio” (considerando 2° del voto de minoría).

Sin embargo, no comparto otra de las opiniones del Ministro Correa. Si bien como lo dice en el considerando 6° del voto de minoría es exacto “que, por otra parte, la Junta de Gobierno usando de la potestad legislativa, tiene libertad absoluta para enviar el proyecto de ley que considere o califique de interpretativo constitucional, sin perjuicio de la resolución definitiva que dicte el Tribunal sobre la constitucionalidad de alguno o de todos sus preceptos”, no es perfectamente claro que pueda dar lugar la incompetencia del Tribunal a un menoscabo de las facultades de la Junta de Gobierno para enviar el proyecto de ley interpretativa como se afirma en el considerando 8° del voto de minoría: “Que, aparte de lo anterior, el control de la materia que ejerce el Tribunal sin pronunciarse sobre el fondo en su dictamen de incompetencia, puede interpretarse como un menoscabo de las atribuciones de la Junta de Gobierno para usar de su Potestad Legislativa, porque, en el fondo, se sienta el principio de que sólo puede dictar un pronunciamiento mediante sentencia, respecto de los proyectos de ley interpretativos constitucionales que el propio Tribunal considere que corresponden a materias sobre las cuales esos proyectos pueden versar, privando a la Junta de la libertad absoluta y de la facultad a que se ha hecho referencia en el fundamento sexto de este voto”. La única explicación que encuentro en este considerando 8° del voto de minoría es que, al no practicar el examen de si se trata o no de una ley “interpretativa” por medio del Control de Constitucionalidad, el Tribunal causa menoscabo a las atribuciones de la Junta al hacer dicho examen mediante un procedimiento no contemplado en el ordenamiento jurídico.

3. Queda en claro, pues, en todo caso, que el examen de constitucionalidad debe versar sobre si dicha ley es o no interpretativa. Pero ¿por qué afirma este comentario que el tribunal carece de facultad para declararse incompetente, al contrario de la decisión del Tribunal?

Las razones se expresan a continuación:

El artículo 82, atribución primera de la Constitución de 1980, dice: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 1° Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución”.

Esto es concordante con el artículo 35 de la Ley N° 17.997 orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional que dispone: “Oída, la relación, el Tribunal *resolverá* sobre la constitucionalidad del proyecto”.

Nótese que jurídicamente es más correcta la expresión del legislador (“proyecto”) que la expresión del constituyente (“ley interpretativa”), pues que de lo que verdaderamente se trata es de un proyecto de ley interpretativa. Aún más, el propio constituyente no comete ese error en el mismo artículo 82, inciso 3º que dispone “en el caso del N° 1, la Cámara de origen enviará al Tribunal el Proyecto respectivo”. Se refiere pues, sin duda alguna, a ambos casos del N° 1 del artículo 82, tratándose sea de un proyecto de ley orgánica constitucional, sea de un proyecto de ley interpretativa de la Constitución.

Ahora bien, si el Tribunal no dice nada o se declara incompetente: ¿qué sucede? Sabemos que por el artículo 83, inciso segundo: “Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trata”.

A contrario sensu: ¿los preceptos no declarados inconstitucionales pueden promulgarse como ley?

Estimamos que no: negándose el Tribunal a pronunciarse sobre el proyecto, no puede el proyecto de ley interpretativa ser promulgado como ley interpretativa de la Constitución.

En efecto, la declaratoria de incompetencia y el silencio del Tribunal no autorizan al Ejecutivo a promulgar como ley, lo no expresamente aprobado como constitucional por el Tribunal.

El silencio de un órgano público se produce cuando esta autoridad no resuelve expresamente una petición, reclamación o recurso interpuesto sea por otro órgano público, sea por un administrado.

El silencio no dice nada, a menos que el sistema jurídico le atribuya un cierto valor, sea positivo, sea negativo. Nótese que la Ley Orgánica Constitucional en comentario no prevé el caso de no pronunciamiento del Tribunal o de pronunciamiento fuera del plazo de 5 días del artículo 34, ni tampoco prevé la incompetencia.

Por lo tanto, a través del silencio o lo que es lo mismo, genéricamente, a través de la declaratoria de incompetencia, el Tribunal puede paralizar las atribuciones constitucionales de la Junta.

La única salida jurídica es la obligatoriedad de pronunciamiento del Tribunal en dicho caso y ello tiene asidero positivo, porque el artículo 83 de la Constitución de 1980 debe entenderse complementado por la ley orgánica del Tribunal Constitucional en su artículo 35, inciso 3º que dispone que “Resuelto por el Tribunal que el proyecto respectivo es constitucional... el Tribunal así lo declarará y su Presidente lo comunicará a la Cámara origen”.

En conclusión: Ni la Junta de Gobierno puede remitir al Presidente de la República un proyecto de ley interpretativa constitucional no de-

clarado expresamente constitucional por el Tribunal, ni puede el Presidente de la República promulgarlo como ley.

En efecto, el artículo 35 precitado es la base del artículo 36 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional: "Ejercido el control de constitucionalidad por el Tribunal, la Cámara de origen enviará el proyecto al Presidente de la República para su promulgación, con exclusión de aquellos preceptos que hubieren sido declarados inconstitucionales por el Tribunal".

4. Si como en la situación en estudio, el Ejecutivo promulgare como ley un texto sobre el cual no hay pronunciamiento expreso del Tribunal, promulga contra derecho y no existe tal ley (arts. 6° y 7° de la Constitución Política).

Cabe entonces un nuevo requerimiento ante el Tribunal Constitucional.

En efecto, el Ejecutivo promulgó la ley interpretativa N° 18.152, publicada en el Diario Oficial de 2 de agosto de 1982, cuyo texto es idéntico al del proyecto de ley sometido al Tribunal Constitucional.

Lamentablemente la Contraloría General de la República no representó el decreto promulgatorio de la ley interpretativa constitucional, como era a nuestro juicio su deber.

En efecto, debe aplicarse al caso el artículo 88 inciso tercero de la Constitución ya que el texto aprobado por el Tribunal Constitucional no corresponde al texto promulgado.

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

He afirmado que cabe un nuevo requerimiento al Tribunal. Es lo que se deduce del artículo 82, N° 5 de la Constitución que establece que es de la competencia del Tribunal: "Resolver los reclamos en caso que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, *promulgue* un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional".

Esto es plenamente concordante con el artículo 37: "Habiéndose pronunciado el Tribunal sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley orgánica constitucional o de ley que interprete algún precepto de la Constitución Política en los términos señalados en los artículos anteriores, no se admitirá a tramitación en el Tribunal ningún requerimiento para

resolver cuestiones sobre constitucionalidad de dichos proyectos o de uno o más de sus preceptos”.

En este caso, el Tribunal no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la interpretación que se hace de la garantía constitucional del derecho de propiedad contemplada en los artículos 10, N° 10 de la Constitución Política de 1925 y 1°, N° 16 del Acta Constitucional N° 3 de 1976.

Esto sucede pese a que este pronunciamiento es exigido por el artículo 82, N° 1 de la Constitución, el Párrafo 1 del Título II de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional y en el artículo 3° de la misma ley, dada su competencia. Lo mismo puede deducirse del artículo 88 inciso tercero de la Constitución Política de 1980; “y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberán remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, *a fin de que éste resuelva la controversia*”.

De la misma manera, queda abierta la vía al pronunciamiento de los tribunales que no deberán aplicar una ley interpretativa inexistente, por promulgación antijurídica. Cabe, en especial, el recurso de inaplicabilidad, ya que a la Corte Suprema le está vedado por el artículo 83 intervenir sólo en el caso de que un precepto legal determinado haya sido declarado constitucional, lo que no es el caso: “Resuelto por el Tribunal *que un precepto legal determinado es constitucional*, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue objeto de la sentencia”.

5. El Tribunal incurre en una inexactitud en la parte considerativa de su fallo. Dice el considerando 6° en su parte final: “. . . la Corte Suprema ha resuelto reiteradamente que para que pueda ser admitido a tramitación un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de algún precepto legal, éste debe encontrarse en oposición con el texto constitucional vigente en la época en que se reclama la inaplicabilidad”.

Es cierto que la Corte observó durante muchos años ese criterio. Un ejemplo de ello lo encontramos en su fallo de 8 de julio de 1967, recurso de *inaplicabilidad*, *Esso Standard Oil Co.*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 64, sec. 1ª, pág. 223: “la congruencia entre la Constitución y las leyes ha de mantenerse a través de los sucesivos cambios que aquéllas y éstas experimenten como norma esencial de la organización del Estado para que no existan pugnas entre la Carta Política y las leyes comunes . . . las citas de los textos legislativos se entienden hechas a las vigentes (al tiempo del recurso) si nada se ha dicho en contrario”.

Pero, con posterioridad, la jurisprudencia ha variado y en un sentido que me parece mucho más correcto: la inconstitucionalidad o constitucionalidad de un precepto legal debe medirse en relación al texto constitucional vigente al momento de que dicha ley entró en vigencia y no con

la Constitución existente al tiempo de interponer el recurso. En efecto, los conflictos entre una ley anterior y una Constitución posterior no plantean una cuestión de inconstitucionalidad, sino de derogación.

“En sentencia pronunciada por esta Corte el 9 de junio de 1978, conociendo de un recurso de inaplicabilidad se llegó a la conclusión de que toda Constitución importa una Ley Fundamental que debe ser respetada por el Legislador al aprobar una determinada ley. Este es un marco o límite que está fijado por la Constitución vigente en el momento de dictarse una norma legal, pero si una ley contiene preceptos contrarios a una Carta Fundamental dictada con posterioridad, las disposiciones de ésta derogan las de aquélla en lo que se contrapongan al nuevo texto de la Constitución. Por tanto, la materia de que una ley anterior sea contraria a una Constitución posterior, no es propia del recurso de inaplicabilidad, sino que se trata de un problema de derogación de leyes que corresponde estudiar a los jueces sentenciadores”.

Esta doctrina ha sido reafirmada en el Fallo *Empresa Nacional de Electricidad*, recurso de inaplicabilidad, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* T. 75, sección 1ª, pág. 238 y en la sentencia *Domingo Velásquez Saldivia contra Corte de Apelaciones de Puerto Montt*, Queja, 15 de noviembre de 1979 y en el Fallo *Mario Fernández Luco*, inaplicabilidad, 12 de diciembre de 1980.

6. Finalmente, la declaración de incompatibilidad del Tribunal mantiene un peligroso vacío jurídico y causa un menoscabo muy preocupante a la seguridad jurídica, mucho más si se examina —cosa que no hacemos en esta nota— su impacto en la teoría doctrinal de los derechos adquiridos.

La trascendencia social del fallo, sobre todo en el campo de la inversión extranjera y en la propiedad minera, parece haber escapado al Excelentísimo Tribunal.

No escapa, sin embargo, al voto de minoría en el considerando 7º): “Que, además, el proyecto ha sido presentado por la Junta de Gobierno como un solo todo encuadrado, a su juicio, en una ley interpretativa constitucional, y sobre esta totalidad debe recaer el pronunciamiento del Tribunal, declarando la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos sometidos a su dictamen, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 82 de la Carta Fundamental.

Si el Tribunal procede de este modo, delimita claramente el campo reservado a la ley interpretativa constitucional y el que corresponde a la ley ordinaria, velando, de esta manera, por la pureza legislativa y evitando que se produzca incertidumbre respecto a la categoría de la ley, en la parte que no se pronuncia por incompetencia o por falta de atribuciones”:

La *inversión extranjera* se apoya en el D.L. 600 por el cual se garantiza al inversionista extranjero derechos similares al inversionista nacional y la posibilidad de efectuar libremente remesas de utilidades. Pero este edificio encuentra sus cimientos en la Constitución de 1925 y en las Actas Constitucionales anteriores a la Constitución de 1980, en particular en los referente a las garantías del derecho de propiedad. Es precisamente esta garantía y estas normas constitucionales las que vienen siendo interpretadas por la Junta de Gobierno con efecto retroactivo ante la declaratoria de incompetencia del Tribunal Constitucional.

La situación es aún más precaria en lo referente a la *propiedad minera*.

“En efecto, la propiedad minera está protegida por el artículo 19 N° 24 inciso 7° al 10, que establece que “el dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número” y que “las concesiones (de exploración o explotación), se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley expresa, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de dicha obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión”.

Toda la protección de la concesión está entregada a una Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras.

Mientras ella no se dictare se aplica con dicho carácter el Código de Minería de 1932 por aquello de la disposición transitoria quinta: “Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”. El 21 de enero de 1982, se publicó la ley orgánica sobre concesiones mineras N° 18.097. Parecía terminar el largo período de incertidumbre sobre derechos mineros nacido con la Reforma Constitucional de 1971.

Pero allí sale al camino esa extraña disposición transitoria segunda y que un ex Ministro de Minería llama “inadvertencia”: “Mientras se dicta el nuevo Código de Minería que deberá regular, entre otras materias, la forma, condiciones y efectos de las concesiones mineras a que se refieren los incisos séptimo al décimo del número 24 del artículo 19 de esta Constitución Política, los titulares de derechos mineros seguirán regidos

por la legislación que estuviere en vigor al momento que entre en vigencia esta Constitución, en calidad de concesionarios”.

Así, pues, una ley orgánica constitucional queda supeditada por disposición de la Constitución a una ley ordinaria en cuanto al tiempo de su vigencia.

Y mientras no se dicte el nuevo Código, el propietario minero sigue regido por el Código de 1932. Las disposiciones de ese Código han constituido en el pasado los derechos mineros basados en la garantía del derecho de propiedad de la Constitución de 1925 y la mayor parte de las disposiciones innovadoras de la Constitución de 1980 en estas materias pierden la vigencia de la Ley orgánica, supeditada ésta a la dictación de un nuevo Código.

Esta construcción jurídica alambicada y precaria, se ve a través de la sentencia en comentario aún más erosionada.

Porque hay que tomar en cuenta que la Junta de Gobierno se atribuye hoy la facultad de “interpretar” la Constitución de 1925 afectando retroactivamente derechos patrimoniales y el Tribunal Constitucional ha fallado que “este Tribunal carece de atribuciones para ejercer el control de constitucionalidad del proyecto de ley de que se trata, en cuanto interpreta la garantía constitucional del derecho de propiedad regulada por los artículos 10 N° 10 de la Constitución Política de 1925 y 1° N° 16 del Acta Constitucional N° 3 de 1976, por no constituir preceptos de la actual Constitución”.

*Jorge Precht Pizarro*

Profesor de Derecho Administrativo