Artículo: Los decretos con fuerza de ley en la Constitución
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 208
AÑO LXVIII
JULIO - DICIEMBRE 2000
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTECA

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Los decretos con fuerza de ley en la Constitución
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

LOS DECRETOS CON FUERZA DE LEY EN LA CONSTITUCION

HERNAN MOLINA GUAITA
Profesor de Instituciones Políticas
y Derecho Constitucional
Universidad de Concepción

1. CONCEPTUALIZACION

El principio de división de poderes de Montesquieu, hoy comúnmente denominado de separación orgánica de funciones, puede caracterizarse como aquel en que el único poder estatal que se manifiesta a través de distintas funciones en que éstas se distribuyen de modo normal y prevalente, aunque no exclusiva, entre diferentes órganos estatales, independientes unos de otros, pero con las excepciones debidas que permitan una adecuada coordinación mutua.

Concebido aquel principio en forma flexible, es posible entonces que el Parlamento habilite por un breve plazo al Gobierno para que éste ejerza potestades legislativas en materias precisas, por tiempo determinado y sujeto a control.

Sin embargo, en casos de estado de necesidad y urgencia, la Constitución puede radicar directamente la potestad legislativa en el Gobierno, no existiendo habilitación previa del Parlamento. Si hay intervención del Parlamento, será con posterioridad a la entrada en vigencia de la legislación dictada por el Gobierno.

Podemos decir entonces, que el decreto con fuerza de ley (D.F.L.) es una norma dictada por el Gobierno sobre una materia propia de ley, habilitado previamente por el Congreso o directamente por la Constitución.

Lo normal es que la habilitación comprenda materias precisas. Absolutamente excepcional es la habilitación de plenos poderes.

En nuestra historia encontramos un ejemplo de habilitación de plenos poderes en la ley de 31 de enero de 1837 que señalaba: "El Congreso Nacional declara en estado de sitio el territorio de la República por el tiempo que dure la actual guerra con el Perú, y queda en consecuencia autorizado el Presidente de la República para usar de todo el poder público que su prudencia hallare necesario para regir el Estado, sin otra limitación que la

Artículo: Los decretos con fuerza de ley en la Constitución
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de no poder condenar por sí, ni aplicar penas, debiendo emanar estos actos de los tribunales establecidos o que en adelante estableciere el mismo Presidente".

La Constitución francesa de 1958 establece una habilitación de plenos poderes en el art. 16. Dispone que el Presidente de la República, previa consulta con los presidentes de las Asambleas y del Consejo Constitucional, puede poner en vigor esos plenos poderes cuando las instituciones de la república, la independencia de la nación, la integridad de su territorio o la ejecución de sus compromisos internacionales se encuentren amenazados de una manera grave e inmediata; puede tomar las medidas que tales circunstancias exijan, inspiradas por el deseo de asegurar a los poderes constitucionales, en el menor plazo posible, los medios para cumplir su misión[1].

Si bien el art. 16 citado no menciona la función legislativa, no cabe duda que ella queda comprendida. Expresa Duverger: "Los poderes del Presidente de la República son así prácticamente ilimitados en razón del carácter vago de la fórmula empleada"[2]. André Hauriou llama dictadura temporal en período de urgencia al estado de excepción que surge del art. 16[3]. Y agrega: "El recurso al artículo 16 implica la fusión momentánea y parcial de la ley y el reglamento, dado que el Presidente de la República tiene la facultad de adoptar por vía reglamentaria todas cuantas medidas considere necesarias para, en los plazos más breves posibles, asegurar a los poderes públicos constitucionales los medios de cumplir su misión"[4].

2. EN LA CONSTITUCION DE 1980

La Constitución de 1925, con la reforma de 1970, contempló la materia en el art. 44 Nº 15, en el art. 78 letra b), el art. 78 c) inciso segundo y art. 78 inciso cuarto. En cambio, en la Constitución de 1980 las normas que regulan esta materia son las siguientes. El *art. 61* que contiene la normativa orgánica de la habilitación por ley al Presidente de la República; el *art. 50 atribución 1) inciso 3* que faculta al Congreso para que en el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, pueda autorizar al Presidente de la República para dictar disposiciones con fuerza de ley para su cabal cumplimiento; el *art. 32 Nº 3* que señala como atribución especial del Presidente de la República "dictar, previa delegación de facultades del Congreso, decretos con fuerza de ley sobre materias que señala la Constitución"; el *art. 82 Nº 3* que establece como atribución del Tribunal resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley: el mismo *art. 82 inciso 7* que establece quiénes pueden requerir al Tribunal Constitucional para ejercer esa competencia, en qué casos y plazos; el *art. 83 inciso 2* que establece que las disposiciones que el Tribunal Constitucional "declare inconstitucionales no podrán

[1] Maurice Duverger, *Elements de Droit Public*, págs. 112-113. Thémis, París, 1995.
[2] Idem, pág. 113.
[3] André Hauriou, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, pág. 549. Ediciones Ariel, traducción de José Antonio González B. Barcelona, 1970.
[4] Idem, pág. 621.

Artículo: Los decretos con fuerza de ley en la Constitución
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate"; el *art. 88 incisos 2 y 3* en cuanto al trámite de toma de razón que corresponde al contralor general de la república y los efectos que se producen en el caso de representación de un decreto con fuerza de ley.

Claramente el texto constitucional vigente le ha dedicado a la materia un mayor desarrollo normativo.

3. LEY O ACUERDO AUTORIZANTE O HABILITANTE

La habilitación de potestades legislativas o autorización para dictar decretos con fuerza de ley puede hacerse de dos formas. Primero mediante una ley. Así lo señala el art. 61 inciso cuarto: *"La ley* que otorgue la referida autorización señalará las materias precisas sobre las que recaerá la delegación"...

Y segundo, mediante un acuerdo aprobatorio de un tratado. En efecto, el art. 50 en su numeral 1) señala que es atribución exclusiva del Congreso aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. Y en su inciso tercero indica que *"en el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado,* podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento"...

El tratado no es ley, y el rol del Congreso es aprobarlo o rechazarlo, mediante un acuerdo. Y en el acuerdo, que tampoco es ley, se contiene la autorización para dictar decretos con fuerza de ley.

4. LEY AUTORIZANTE O HABILITANTE

La autorización o habilitación al Presidente de la República regulada en el art. 61 es mediante ley.

Es una ley ordinaria o común, ya que el inciso 4 del precepto citado sólo menciona "la ley", sin ninguna calificación.

En la Carta del 25 con la reforma de 1970, era indubitable que la ley autorizante podía iniciarse por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquier parlamentario. Señalaba el art. 44 que "sólo en virtud de una ley se puede": "15º Autorizar al Presidente de la República para que dicte disposiciones con fuerza de ley..."

En la Carta de 1980, el art. 61 en su inciso primero dispone que "el Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley"... Es decir, el único órgano a quien el Congreso puede autorizar para ejercer facultades legislativas es también el único mencionado en el precepto señalado para solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley.

El proyecto puede tener origen en cualquiera de las Cámaras. La aprobación del proyecto, tratándose de ley ordinaria, es de mayoría de miembros presentes de cada Cámara,

Artículo: Los decretos con fuerza de ley en la Constitución
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

o las mayorías que sean aplicables conforme a los artículos 65 y siguientes.

En el anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución se señalaba expresamente: "Dicha ley requerirá necesariamente la aprobación de la mayoría de los miembros presentes de ambas Cámaras". Sin embargo, esa norma no fue conservada ni por el Consejo de Estado ni por el texto fijado por la Junta de Gobierno.

Por tanto nada impide que se apruebe una ley autorizante conforme al mecanismo de las insistencias regulados en los artículos 67 y 68 de la Constitución.

Se le aplica las demás normas de las urgencias, del veto, sanción, promulgación y publicación de la ley.

5. MATERIAS QUE PUEDE Y QUE NO DEBE COMPRENDER LA LEY AUTORIZANTE

El método seguido en la Carta de 1925 reformada en 1970, era hacer una enumeración taxativa de las materias que la ley podía autorizar al Presidente de la República para dictar decretos con fuerza ley (art. 44 Nº 15 inciso 1).

Y en seguida en los incisos 2 y 3 del art. 44 Nº 15 señalaba las materias a las que no podía extenderse esa autorización.

El método ha cambiado parcialmente en la Constitución vigente. En efecto el art. 61 inciso primero señala que el Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley "sobre materias que correspondan al dominio de la ley". Se ha reemplazado la enumeración por una fórmula amplia, las materias propias del dominio legal, señalado en el artículo 60 de la Constitución. Pero, a su vez, se ha conservado el método de señalar en dos incisos del art. 61 las materias a las que no podrá extenderse ni comprender tal autorización.

Señala el art. 61 inciso 2: "Esta autorización no podrá extenderse a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni al plesbiscito, como tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado".

La primera parte del inciso reproduce la norma pertinente de la Carta del 25, exceptuadas las frases a) "salvo en lo concerniente a la admisión a los empleos y funciones públicas, al modo de usar, gozar y disponer de la propiedad y a sus limitaciones y obligaciones, y a la protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social" que no fue contemplada en la Carta vigente; y b) "o que deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado", que no contemplaba la Carta del 25 y que agrega la Carta del 80.

En relación a la frase suprimida, significa que las garantías constitucionales no pueden ser reguladas por decretos con fuerza ley, sin excepción alguna. Y en relación a la frase agregada, recordemos que hay dieciséis (16) materias que la Constitución ha reservado a la regulación de leyes orgánicas constitucionales y no menos de doce (12) materias que exige que sean reguladas por leyes de quórum calificado.

Artículo: Los decretos con fuerza de ley en la Constitución
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El art. 61 inciso tercero de la Carta vigente completa la lista de materias interdictas: "La autorización no podrá comprender facultades que afecten la organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial, del Congreso Nacional, del Tribunal Constitucional ni de la Contraloría General de la República".

El inciso transcrito reproduce el antiguo inciso 3 del Nº 15 del art. 44 salvo que ahora se agrega al Tribunal Constitucional.

Todo lo anterior nos lleva a concluir, en este aspecto, que bajo una apariencia de amplitud del art. 61 inciso primero, lo que en verdad hay es una mayor restricción de materias susceptibles de ser reguladas por D.F.L. en virtud de ampliarse las prohibiciones considerablemente aumentadas del art. 61.

Así por ejemplo, en materia de tributos, la Carta de 1925 en el art. 44 Nº 15, numeral agregado por la reforma constitucional de 1970, hacía mención expresa para autorizar al Presidente de la República para que mediante D.F.L. en conformidad al art. 44 Nº 1 pudiera "imponer contribuciones de cualquiera clase o naturaleza, suprimir las existentes, señalar en caso necesario su repartimiento entre las provincias o comunas, y determinar su proporcionalidad o progresión".

En la Carta de 1980, al no contemplarse esas normas de excepción, queda excluida la posibilidad de semejante habilitación.

Materias precisas

Señala el art. 61 inciso cuarto de la Constitución vigente, reproduciendo la oración final del inciso cuarto del art. 45 Nº 15 de la Carta de 1925, que "la ley que otorgue la referida autorización señalará las materias precisas sobre las que recaerá".

En consecuencia deben señalarse de un modo específico, concreto; autorizaciones generales, genéricas, están excluidas por el texto.

Limitaciones, restricciones y formalidades

Agrega el art. 61, reproduciendo el texto de la Carta del 25, que la ley otorgue la referida autorización "podrá establecer o determinar las limitaciones, restricciones y formalidades que se estimen convenientes".

Es una facultad que el constituyente otorga al legislador para que, si lo estima conveniente, señale las condiciones, los límites, las formas a las que debe ajustarse el ejercicio de las potestades autorizadas.

5.1. Plazo

Establece el art. 61 inciso primero que la autorización es "para dictar disposiciones con fuerza de ley *durante un plazo no superior a un año*". La Carta del 25 reformada señalaba que la autorización "sólo podrá darse por un tiempo limitado, no superior a un año".

Artículo: Los decretos con fuerza de ley en la Constitución
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Luego la ley puede señalar cualquier otro inferior a ese lapso. El plazo se cuenta desde la vigencia de la ley habilitante. Si la ley no lo ha prohibido, vigente el plazo, pueden dictarse decretos con fuerza de ley para modificar o dejar sin efecto, otros dictados con anterioridad.

Los decretos con fuerza de ley podrán dictarse y enviarse a la Contraloría antes del vencimiento del plazo establecido en la ley autorizante. Recibido el decreto con fuerza de ley por la Contraloría dentro del plazo, se seguirán los procedimientos de control por la Contraloría y por el Tribunal Constitucional en su caso. El plazo es para que dentro de él se dicten los D.F.L. no para que se cumplan dentro de él los distintos procedimientos de control de legalidad y constitucionalidad[5].

5.2. Control de constitucionalidad de la ley autorizante

Como toda ley común u ordinaria, la ley autorizante está sometida a un control eventual de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. En efecto, el Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio pueden requerir a ese tribunal para que resuelva las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante su tramitación.

Queda también sujeta al control represivo de constitucionalidad de la Corte Suprema mediante la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en conformidad al art. 80 de la Constitución.

6. ACUERDO DEL CONGRESO AUTORIZANTE O HABILITANTE

La Carta de 1980 lo establece entre las atribuciones exclusivas del Congreso, art. 50 atribución primera inciso tercero.

La Carta del 25 no contempló este mecanismo. La Comisión de Estudio tampoco lo establecía en su anteproyecto. Fue el Consejo de Estado quien lo incorporó, y la Junta de Gobierno sólo sustituyó la frase final que decía: "Siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo, quinto y sexto del artículo 61". Es decir, le hizo aplicable todo el art. 61, con la sola excepción de su inciso primero.

Como conductor de las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, le corresponde al Presidente de la República llevar a cabo las negociaciones, concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes, los que deberán ser sometidos a la aprobación previa del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50 Nº 1.

Al solicitar la aprobación del tratado, el Presidente de la República también podrá solicitar que, en el mismo acuerdo aprobatorio, el Congreso lo autorice para que durante "la vigencia de aquél" dicte las disposiciones con fuerza ley que estime necesarias

[5] Vid. Alejandro Silva Bascuñán, ob. cit., tomo VII, pág. 76. 2ª edición. Santiago.

Artículo: Los decretos con fuerza de ley en la Constitución
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del art. 61.

Lo único que se excluye en la referencia es el inciso primero del art. 61, que es el que establece el plazo no superior a un año para dictar disposiciones con fuerza de ley sobre materias que correspondan al dominio legal.

En consecuencia podrá la autorización ceñirse al tiempo de la vigencia del tratado que puede ser superior a un año, o a un plazo inferior que se señale en el acuerdo del Congreso.

La autorización del acuerdo es para dictar disposiciones con fuerzas de ley para el "cabal cumplimiento" del tratado. Esto obliga al acuerdo a señalar las materias precisas que comprende la autorización.

En todo lo demás, rige el art. 61 incisos 2 y siguientes.

No obstante, surgen otras diferencias derivadas de la naturaleza jurídica de la ley y del acuerdo aprobatorio de un tratado.

Ya vimos que a la ley autorizante se le aplican en su tramitación todas las normas sobre formación de la ley, incluidos los arts. 65, 67 y 68 que establecen especiales mecanismos de insistencias, que pueden dar lugar a que una ley autorizante haya sido aprobada con mayoría calificada en una Cámara y con la oposición no calificada en la otra..

Esta situación no se puede dar tratándose de un acuerdo aprobatorio de un tratado.

En efecto, el art. 50 atribución primera dispone que al Congreso le corresponde "aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley". Se aprueba o se rechaza mediante acuerdo del Congreso, es decir, mediante la aprobación de ambas Cámaras, no mediante una ley en cuya tramitación caben las insistencias.

En cuanto al quórum de aprobación del acuerdo aprobatorio, es de mayoría de presentes en ambas Cámaras habilitadas para adoptar acuerdos, esto es, en sesión que cuente con la concurrencia de al menos la tercera parte de sus miembros en ejercicio.

No obstante, cuando el tratado verse sobre materias que la Constitución exige sean reguladas por leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, el acuerdo aprobatorio deberá ceñirse al quórum de aprobación pertinente, debiendo sí recordarse que no podrá autorizarse al Presidente de la República para dictar disposiciones con fuerza de ley sobre estas materias ni las demás prohibidas en los incisos 2 y 3 del art. 61 de la Constitución.

6.1. Control de constitucionalidad del tratado y de constitucionalidad y juridicidad del acuerdo aprobatorio

En conformidad a lo dispuesto en el art. 82 Nº 2 "los tratados sometidos a la aprobación del Congreso" quedan sujetos al control eventual de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, para resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante su tramitación.

Artículo: Los decretos con fuerza de ley en la Constitución
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Están habilitados para hacer el requerimiento el Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

Elemento esencial de la validez del tratado es la aprobación del Congreso que se manifiesta en el acuerdo aprobatorio del tratado. De modo que controlará la constitucionalidad del acuerdo aprobatorio, como asimismo, su constitucionalidad y juridicidad en cuanto a la autorización al Presidente de la República para que dicte disposiciones con fuerza de ley para su cabal cumplimiento, en el caso de contemplarse en el acuerdo aprobatorio tal habilitación.

En efecto, la habilitación o autorización debe guardar conformidad con la Constitución y con el tratado.

7. LOS DECRETOS CON FUERZA DE LEY

Las disposiciones que dicta el Presidente de la República en virtud de una ley autorizante o de un acuerdo aprobatorio de un tratado que lo autoriza para ejercer estas potestades legislativas para su cabal cumplimiento, la Constitución los denomina decretos con fuerza de ley. Así los menciona en el art. 61 incisos 5 y 6; en el art. 32 Nº 3, en el artículo 82 Nº 3 y en su inciso 7; en el art. 83 inciso 2; y en el art. 88 incisos 2 y 3.

Señala el art. 61 inciso final que "los decretos con fuerza de ley estarán sometidos en cuanto a su publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley".

En consecuencia deben ser publicadas en el *Diario Oficial*. Entran en vigencia desde su publicación a menos que indiquen reglas diferentes para ello. Producen los mismos efectos que la ley ordinaria o común. Son normas legales, aun cuando no son leyes en sentido formal. Regulan materias propias del dominio legal. Su contenido preceptivo es de jerarquía legal, pero su estructura formal es decretal.

7.1. Control de los decretos con fuerza de ley

Dispone el art. 61 inciso 5 que "a la Contraloría General de la República corresponderá tomar razón de estos decretos con fuerza de ley, debiendo rechazarlos cuando ellos excedan o contravengan la autorización referida".

En la Contraloría General de la República

El primer control de los D.F.L. es encomendado por el constituyente a la Contraloría y con carácter preventivo y obligatorio. Todos y sin excepción deben cumplir con él. Se refiere también a ello el art. 88 inciso segundo que señala: "Corresponderá, asimismo, al contralor general de la república tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución".

Con más precisión el art. 88 que el 61 nos dice que es el contralor general de la

Artículo: Los decretos con fuerza de ley en la Constitución
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

república quien toma razón de los D.F.L. No puede delegar esa función en el subcontralor.

En el trámite de toma de razón de los D.F.L. se examinará si cumple los requisitos de forma y de fondo. Si los reúne tomará razón. Si tuviere errores de forma o de hecho, puede ser "observado" y devuelto para su corrección puesto que formalmente es un decreto supremo.

En cuanto al fondo, el examen versa sobre la juridicidad. El examen del contralor versa en primer término respecto del D.F.L. si se encuadra o excede o contraviene la autorización concedida. Deberá examinarlo en relación a la ley autorizante o al acuerdo aprobatorio del tratado autorizante, en su caso.

Ese examen comprenderá: a) si se ha dictado en el tiempo autorizado; b) si se refiere a las materias precisa señaladas; c) si se ha encuadrado dentro de las limitaciones, restricciones y formalidades que eventualmente se hubiere establecido; y d) si se han dictado para el cabal cumplimiento del tratado, en el caso del acuerdo aprobatorio del Congreso.

Hemos visto que la autorización necesariamente ha de señalar las materias precisas sobre las que recae y si el D.F.L. se extendiera a otras materias, obviamente debería ser rechazado por exceder la autorización.

Si se establecen limitaciones, restricciones y formalidades, y si el D.F.L. las infringe, deberá ser rechazado por contravenirlas.

En segundo término, el examen del contralor deberá comparar el D.F.L. con la Constitución. Si contraviene cualquiera de sus normas deberá representar su inconstitucionalidad.

Dispone el art. 88 inc. 3 que "si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley... 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".

En el Tribunal Constitucional

Señala el art. 82 que es atribución del Tribunal Constitucional: "3 Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley".

Y el mismo art. 82 en su inciso séptimo dispone que "en el caso del número 3, la cuestión podrá ser planteada por el Presidente de la República dentro del plazo de diez días cuando la Contraloría rechace por inconstitucional un decreto con fuerza de ley". El precepto limita expresamente el requerimiento del Presidente de la República al caso de la representación por "inconstitucional" de un D.F.L. Queda por tanto impedido de accionar en el caso de representación por ilegalidad o simple antijuridicidad.

Están también legitimados para requerir la intervención del Tribunal Constitucional cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio "en caso de que la Contraloría hubiere tomado razón de un decreto con fuerza de ley que

Artículo: Los decretos con fuerza de ley en la Constitución
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

se impugne de inconstitucional. Este requerimiento deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días contados desde la publicación del respectivo decreto con fuerza de ley".

En el requerimiento formulado por el Presidente de la República, el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional es preventivo, puesto que el D.F.L. fue representado por inconstitucional y no fue publicado en el *Diario Oficial*.

En el requerimiento de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, el control es represivo puesto que el D.F.L. fue publicado en el *Diario Oficial*.

Y establece el art. 83 inciso segundo que "las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate".

En el caso del control represivo, el D.F.L. declarado inconstitucional desaparece del ordenamiento jurídico, adolece de nulidad de derecho público. ¿Qué ocurre con los actos celebrados durante los días de su vigencia? Nada dice la Constitución. Pero nos parece que declarada la nulidad de derecho público del D.F.L. caen de igual modo los actos realizados bajo la norma írrita.

El art. 83 en su inciso final señala que "resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia".

En la Corte Suprema

Dispone el art. 80 de la Constitución que la "Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento".

La jurisprudencia uniforme ha interpretado que en la expresión "precepto legal" quedan comprendidos los D.F.L. No obstante, esa misma jurisprudencia excluyó el control de la constitucionalidad de forma.

Ante cualquier tribunal

Pero si sólo se plantea la ilegalidad o antijuridicidad del mismo, no su constitucionalidad, se lo impugna por exceder o contravenir la ley autorizante o el acuerdo aprobatorio del tratado, en estos casos cualquier Tribunal que esté conociendo el asunto es también competente para resolver si el D.F.L. ha infringido la autorización concedida al Presidente de la República. En tal caso, bajo la apariencia de un D.F.L. sólo existe un decreto supremo con la sola fuerza normativa de la potestad reglamentaria. Y en tal evento el tribunal aplicará la norma legal y prescindirá de la norma reglamentaria contradictoria.

Artículo: Los decretos con fuerza de ley en la Constitución
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

8. ¿DELEGACION O AUTORIZACION?

En la Carta del 25, con la reforma de 1970, en su art. 44 Nº 15 se empleaba cuatro veces la palabra "autorización", y una vez "autorizar" y "delegación".

La Carta de 1980 ha empleado para referirse a este mecanismo dos veces la expresión "delegación" y una vez "ley delegatoria". Y en cuatro oportunidades ha empleado la palabra "autorización", y una vez la expresión "autorizar".

Surge entonces la cuestión, ¿son ellas expresiones sinónimas? Si no lo son, ¿cuál es la naturaleza del mecanismo jurídico?

"Delegar" es "dar una persona a otra la jurisdicción que tiene por dignidad u oficio para que haga sus veces o conferirle su representación". "Autorizar" es "dar alguien autoridad o facultad para hacer alguna cosa" //5. "Permitir" es "dar su consentimiento, el que tenga autoridad competente, para que otros hagan o dejen de hacer una cosa"[6].

Si bien ambas expresiones son muy próximas, no son sinónimas, al menos en algunas de sus acepciones.

El tenor literal de las normas constitucionales dan base para interpretar que la autorización constituye una delegación.

Por nuestra parte, estimamos que la expresión "autorizar" "autorización", es la dominante en los arts. 61 y 50 atribución 1) inciso tercero. Y que la acepción que más se aviene con la institución estudiada es la de "permitir", esto es, de dar su consentimiento, el que tenga autoridad competente para que otros hagan una cosa.

Esta interpretación armoniza con la concepción de los órganos del Estado acogida en los artículos 5, 6 y 7 de la Constitución. Y "los órganos del Estado" deben someter su acción a la Constitución, que en la institución estudiada son los indicados en los artículos 61 y 50.

Tiene también esta interpretación la ventaja de la simplicidad, evitando las complejidades a que conduce la delegación[7]. Por tanto, el Presidente de la República dictará D.F.L. una vez obtenida la autorización pertinente. Sólo la autorización lo habilita para hacerlo en materias, con las limitaciones, restricciones y formalidades que expresamente se le señalen. La falta de autorización afecta de nulidad de derecho público al acto.

9. NATURALEZA JURIDICA DEL DECRETO CONSTITUCIONAL DE EMERGENCIA ECONOMICA

El decreto constitucional de emergencia económica introducido en la Constitución de 1925 por la reforma constitucional de 1943 fue recepcionado en la Constitución de 1980, con la agregación de la causal de "grave daño o peligro para la

[6] *Diccionario de la Real Academia Española*, ed. 1992.
[7] Vid. Eduardo García de Enterría. *Legislación delegada. Potestad reglamentaria y control juridicial*, págs. 99 y sgtes. Editorial Cívica, 3ª edición, Madrid, 1998.

Artículo: Los decretos con fuerza de ley en la Constitución
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

seguridad nacional" y con la supresión de la palabra "sólo" que precedía a la frase "para atender necesidades impostergables".

De conformidad al art. 32 Nº 22: "El Presidente de la República con la firma de todos los ministros de Estado, podrá decretar pagos no autorizados por ley, para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, de agresión exterior, de conmoción interna, de grave daño o peligro para la seguridad nacional o del agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no puedan paralizarse sin serio perjuicio para el país. El total de los giros que se hagan con estos objetos no podrá exceder anualmente del dos por ciento (2%) del monto de los gastos que autorice la Ley de Presupuestos".

La doctrina ha señalado su fundamento en el "estado de necesidad"; que se puso término a los decretos de insistencia para ordenar pagos no autorizados por ley.

Señala el profesor Silva Cimma que "los decretos constitucionales de emergencia no son, por lo tanto, de insistencia, aun cuando deban ser firmados por todos los ministros, por la sencilla razón de que tratándose de ellos, no hay una representación previa del organismo contralor"[8].

La doctrina se enmarca en lo indicado[9].

Nuestra opinión

Debemos señalar que no ha agotado el examen de la naturaleza jurídica de este mecanismo que consagró la reforma constitucional de 1943 en el art. 72 Nº 10 de la Constitución de 1925, y el art. 32 Nº 22 de la Constitución de 1980, con las modificaciones señaladas.

El decreto de emergencia económica dispone sobre una materia de ley y lo hace habilitado por el art. 32 Nº 22 de la Constitución.

Es ésta una particularidad excepcional. Sin embargo el art. 32 Nº 22 no nos indica que se trate de un D.F.L. Pero debemos tener en cuenta lo que dispone el art. 89 de la Constitución: "Las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedido por autoridad competente, en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto".

Luego si conforme al art. 89 el decreto o resolución debe expresar la ley o la parte del presupuesto que autoriza aquel gasto, el decreto de emergencia para estos efectos es "la ley" que autoriza el gasto, que señala cuál es el estado de necesidad que origina las necesidades impostergables, cuál es el monto global del gasto autorizado, con más propiedad es el decreto con fuerza de ley que autoriza aquel gasto.

[8] Enrique Silva Cimma, *Derecho administrativo chileno y comparado. Introducción y fuentes.* Pág 254, Cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
[9] Vid Gabriel Amunátegui, *Manual de Derecho Constitucional*, pág. 465, Santiago, 1995. Alejandro Silva B. *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo III, págs. 322 y sgtes., 1ª edición, Santiago, 1963. Carlos Andrade Geywitz, *Elementos de Derecho Constitucional chileno*, págs. 583 y sgtes. Carlos Estévez Gazmuri, *Elementos de Derecho Constitucional chileno*. pág. 288, Santiago, 1949. Jorge Mario Quinzio Figueiredo.

Artículo: Los decretos con fuerza de ley en la Constitución
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En consecuencia, la relación de esos dos preceptos es la que necesariamente nos conduce a la conclusión ineludible que el decreto de emergencia es un D.F.L.

En el art. 32 Nº 22 no se efectúa una deslegalización de los gastos. El principio constitucional sigue vigente. La materia de gastos es de naturaleza legislativa.

Lo que ocurre es que el Constituyente ha habilitado al Presidente de la República para dictar un decreto en materia legislativa y aunque la disposición expresamente no lo diga, ese decreto tiene fuerza de ley.

La materias establecidas en el art. 60 sólo pueden ser reguladas por la ley. Una interpretación coherente de los artículos 32 Nº 22, 60 y 80 de la Constitución nos lleva a rechazar la deslegalización y a aceptar que el decreto constitucional de emergencia regula una materia de ley habilitado por la Constitución en un estado de necesidad y urgencia. Y en consecuencia, jurídicamente es un decreto con fuerza de ley.

Un argumento extraído del derecho comparado

La Constitución española de 1978, en su art. 86.1 establece: "En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de decretos–leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título Primero, el régimen de las Comunidades Autónomas, ni al derecho electoral general".

Son disposiciones legislativas provisionales, por cuanto el Congreso de los Diputados habrá de pronunciarse sobre su ratificación o derogación según lo señalado en el mismo art. 86 citado, en sus apartados siguientes.

La Constitución francesa de 1958, en su art. 16 que establece que el Presidente de la República, en el estado de necesidad en ella descrito, asume plenos poderes que lo habilitan para tomar "las medidas exigidas por tales circunstancias", en las condiciones señaladas en esa disposición. Es decir, puede adoptar decisiones de naturaleza legislativa[10].

En Italia, la Constitución de 1947 en su art. 77 inciso 2 señala: "Cuando en casos extraordinarios de necesidad y urgencia el Gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas el mismo día para su conversión a las Cámaras, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán debidamente convocadas y se reunirán dentro de los cinco días siguientes".

Agrega el inciso tercero: "Los decretos perderán todo efecto desde el principio si no fueren convertidos en ley dentro de los sesenta días de su publicación. Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan resultado convertidos"[11].

[10] Vid Michelle Ameller, *Parlaments*, pág. 153, Presses Universitaires de France, 1966. Jacques Cadart, *Institutions Politiques et Droit Constitutionel*, págs. 986-987, L.G.D.J. París, 1980.
[11] Vid. Pablo Viscaretti di Ruffia. *Derecho Constitucional*, págs. 495-496. Tecnos. Madrid 1965.

Artículo: Los decretos con fuerza de ley en la Constitución
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Hernán Molina Guaita

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En definitiva, los decretos, las ordenanzas o decisiones adoptadas por el Gobierno en los estados de necesidad y urgencia, sus decisiones provisionales o no, tienen durante el tiempo de su vigencia, fuerza de ley.

Control

Establecido que la naturaleza jurídica del decreto constitucional de emergencia económica es la de D.F.L., debemos en consecuencia aplicarle todas las normas de control establecidas para ello en la Constitución. En especial las siguientes

En primer lugar el art. 82 Nº 3 que encomienda al Tribunal Constitucional resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley.

En segundo lugar, el art. 80 que encomienda a la Corte Suprema declarar inaplicable para casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución, quedando comprendido en la expresión precepto legal, todo D.F.L.