

COMENTARIO

EL DECRETO DE INSISTENCIA Y LA DOCTRINA MEWES:  
LÍMITES DEL DECRETO SUPREMO Y LA NULIDAD DE DERECHO  
PÚBLICO *IPSO JURE* EN LA CONSTITUCIÓN DE 1925

*Iris Vargas Delgado*  
Magíster en Derecho Público  
Pontificia Universidad Católica de Chile

Latamente discutida en nuestra doctrina ha sido la institución de la insistencia, históricamente ligada a las materias financieras y posteriormente extendida, primero por la práctica y luego por la normativa, a otras áreas.

En esta oportunidad interesa el análisis de juridicidad que ha correspondido a la Contraloría General de la República respecto de los decretos de insistencia, especialmente en cuanto al ejercicio de la toma de razón de aquellos actos insistidos por el Presidente de la República con la firma de todos sus Ministros. No se trata en esta ocasión de hacer un estudio de carácter general sobre la materia, sino de efectuar un análisis de un caso en particular, a propósito de un oficio devolutorio emitido por dicho Organismo Contralor en el año 1950.

Como antecedente previo, conviene recordar que la doctrina nacional ha sostenido que la insistencia pretende hacer primar el criterio del Ejecutivo cuando un proyecto de acto admi-

“toma de razón” o la “representación” de los decretos supremos, según que el Contralor los tenga por conformes o por contrarios a la constitución o a las leyes.

Pero, agrega el artículo 8º, el Contralor deberá dar curso a los decretos supremos (tomar razón de ellos) cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus ministros.

Como se ve la insistencia contemplada en el artículo 8º en resumen se refiere a los decretos supremos y según se demostrará ella no puede ser aplicada al decreto de Educación N° 1769 porque se trata de una orden nula de pleno derecho y no propiamente de un decreto supremo.

Ordinariamente son llamadas “decretos supremos” todas las órdenes escritas del Presidente de la República firmadas por él y por el Ministro del departamento respectivo o firmadas solo por el Ministro “por orden del Presidente” (artículo 75 de la Constitución).

Pero no todas esas órdenes son propiamente decretos supremos. Lo son solo cuando además de revestir aquel aspecto formal, disponen sobre materia perteneciente a la función que la Constitución y las leyes han conferido al Presidente de la República, es decir, sobre materia de la competencia del Poder Ejecutivo o Administrativo.

El artículo 4º de la Constitución Política previene que ninguna magistratura, ninguna persona ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes. Y agrega que todo acto en contravención a este artículo es nulo.

Por esto es que una orden del Presidente de la República aunque revista el aspecto formal de Decreto Supremo, no es tal, si por ella se atribuye una autoridad o derechos que pertenecen a otro Poder Público.

Así sería nula de pleno derecho y no constituiría Decreto supremo una orden del Presidente de la República que, aunque revestida de las formalidades de tal, importara juzgar en causa civil o criminal, porque esta materia es función de los Tribunales de Justicia conforme a los artículos 80 de la Constitución Política y 1º de la Ley Orgánica de Tribunales.

Así tampoco es decreto supremo, sino una orden nula de pleno derecho el Decreto del Ministerio de Educación N° 1769 cuya materia –suspensión por el término de seis meses de ciertas disposiciones del DFL. N° 4129– es función del Poder Legislativo, de acuerdo con los artículos 45 de la Constitución Política y 52 del Código Civil.

Un decreto supremo propiamente tal puede ser inconstitucional o ilegal porque el Poder Eje-

---

nistrativo ha sido representado por la Contraloría, poniendo a esta última en la necesidad jurídica de cursar el acto de que se trate.

Sin embargo, tal argumento adolece de serias contradicciones con lo que es la vigencia misma del Estado de Derecho. Entonces, la pregunta de rigor es: ¿en virtud de un decreto de insistencia, puede obligarse al máximo órgano de control de la administración a soslayar la ilegalidad o incluso la inconstitucionalidad de un acto, dejando de cumplir, en el fondo, el rol de control jurídico y garantía del Estado de Derecho que le ha sido conferido?

En respuesta, se ha querido rescatar una valiosa doctrina sustentada en 1950 por el entonces Contralor General de la República, don Humberto Mewes Bruna, a propósito de un decreto de insistencia presentado con el fin de que se tomara razón de un decreto que, en su opinión, regulaba materias reservadas al dominio legal.

En la especie, por el Decreto 1.769, de 6 de abril de 1950, del Ministerio de Educación, se ordenaba la suspensión, por el término de 6 meses, de las disposiciones del Decreto con Fuerza de Ley N° 4.129, de 12 de mayo de 1949, que aprobó el Estatuto de la Carrera Profesional de los Funcionarios de la Educación. Representado por la Contraloría General de la República el citado decreto, en razón de tratar una materia que era función del Poder Legislativo, de acuerdo con los artículos 45 de la Constitución de 1925 y 52 del Código Civil, el Presidente de la República, con la firma de todos sus Ministros, ordena mediante Decreto N° 2.773, de 6 de mayo de 1950, del mismo Ministerio, dar curso al acto representado.

Frente a la insistencia ejercida de conformidad a lo dispuesto en el artículo 8º del DL N° 258, Orgánico de la Contraloría General de la República, el Contralor devuelve ambos decretos sin tramitar por oficio N° 22.042, de 10 de julio de 1950, sustentando su decisión en principios de vital importancia para la vigencia del Estado de Derecho, cuales son el principio de reserva legal o dominio máximo legal, el principio de especialidad de la competencia de los órganos públicos, el principio de juridicidad de los actos de los órganos del Estado y, en

cutivo, sin invadir funciones de otros Poderes puede no haberse ajustado a la Constitución o a las leyes que rijan las materias de su competencia.

Para estos casos, representado el decreto (y siempre que tampoco se trate de uno de los señalados en el artículo 21 inc. 3º de la Constitución Política) se explica la institución de la insistencia, por razones que no se reproducen aquí, por estar consignadas en todos los tratados de derecho constitucional y administrativo.

Pero la insistencia no tiene justificación posible respecto de decretos que el Ejecutivo dictare

arrogándose atribuciones propias de otros Poderes, pues, como lo dicen también los tratadistas, tales actos son inexistentes sin que sea menester que su nulidad sea declarada por una autoridad pública.

Por estas consideraciones el Contralor General infrascrito devuelve a US. sin tramitar los mencionados decretos N<sup>os</sup>. 1769 y 2773.

Dios guarde a US.

AL SEÑOR MINISTRO DE EDUCACION  
PRESENTE

definitiva, en la “regla de oro del derecho público”, modernamente llamado “principio de la vinculación positiva del actuar de la administración”.

En efecto, el oficio en comento señala que si bien la insistencia está contemplada en el artículo 8º del citado DL N<sup>o</sup> 258, ella “se refiere a los decretos supremos” y agrega que “según se demostrará ella no puede ser aplicada al decreto de Educación N<sup>o</sup> 1.769, porque se trata de una orden nula de pleno derecho y no propiamente de un decreto supremo”.

Para acreditar que se está ante un acto nulo se comienza por determinar qué debe entenderse ordinariamente por decreto supremo y la materia sobre la cual estos pueden recaer.

La primera cuestión se resuelve a la luz del artículo 75 de la Constitución Política de 1925, conforme al cual, son decretos supremos todas las órdenes escritas del Presidente de la República firmadas por el Ministro del departamento respectivo; se trata aquí de los requisitos formales del acto.

En el aspecto sustancial, segunda cuestión analizada, es necesario además que el acto disponga “sobre materia perteneciente a la función que la Constitución y las leyes han conferido al Presidente de la República, es decir, sobre materia de la competencia del Poder Ejecutivo o Administrativo” para así cumplir con lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución Política de 1925, referido a la juridicidad de fondo y, concretamente, al requisito de competencia que debe ser cumplido por todo acto administrativo y analizado por la Contraloría General de la República al momento de ejercer el control jurídico que supone la toma de razón.

De allí que la Contraloría afirme que “una orden del Presidente de la República aunque revista el aspecto formal de Decreto Supremo, no es tal, si por ella se atribuye una autoridad o derechos que pertenecen a otro Poder Público”, lo que efectivamente ocurre en la especie al pretender regular en virtud del decreto supremo que se viene insistiendo una materia que es función del Poder Legislativo. Así, en el criterio del Contralor Mewes, tal decreto supremo no es sino una orden nula de pleno derecho.

Hasta aquí, el análisis efectuado en el dictamen N<sup>o</sup> 22.042, de 1950, opera sobre la base del respeto de un principio fundamental del ordenamiento jurídico nacional que se arrastra desde la Constitución de 1833, en cuyo texto la norma del artículo 160 correspondía al actual artículo 7º inciso 2º de la Constitución de 1980 y al antiguo artículo 4º de la Carta de 1925. El referido principio se habría concebido originalmente sobre la base de una nulidad ipso jure que es aplicada directamente por la Contraloría para proceder a la devolución de unos documentos que en su concepto son inexistentes.

El Contralor se ocupa además de aclarar el ámbito de aplicación de la insistencia. En este sentido, concluye que esta ha sido prevista para los decretos supremos propiamente tales –con lo cual excluye a lo que antes había reconocido como “orden nula”– y para el caso de que ellos adolezcan de inconstitucionalidad o ilegalidad, “porque el Poder Ejecutivo, sin invadir funciones de otros Poderes puede no haberse ajustado a la Constitución o a las leyes que rijan las materias de su competencia. Para estos casos, representado el decreto –y siempre que

tampoco se trate de uno de los señalados en el artículo 21 inciso 3° de la Constitución Política— se explica la institución de la insistencia”.

Por el contrario, “la insistencia no tiene justificación posible respecto de decretos que el Ejecutivo dictare arrogándose atribuciones propias de otros Poderes, pues, como lo dicen también los tratadistas, tales actos son inexistentes sin que sea menester que su nulidad sea declarada por una autoridad pública.”

Valorada en su contexto histórico esta decisión tiene enorme trascendencia. Por una parte, por la aplicación que hace el Contralor Mewes de la nulidad de derecho público de pleno derecho ante la transgresión de lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución de 1925, que contempla expresamente dicha sanción. Por otra parte, el llamado Decreto con Fuerza de Ley N° 4.129 de 12 de mayo de 1949, que aprobó el Estatuto de la Carrera Funcionaria de los Funcionarios Dependientes del Ministerio de Educación, fue dictado en virtud de lo dispuesto en el artículo 4° transitorio de la Ley N° 9.230 de 17 de febrero de 1949, que facultó al Presidente de la República para fijar los requisitos necesarios para los nombramientos, ascensos, traslados y permutas y para establecer los cursos de perfeccionamiento y las normas a que se sujetarán las calificaciones anuales del personal.

En la época se entendió que el cuerpo normativo así aprobado era un decreto con fuerza de ley, figura jurídica que no estaba contemplada en el texto original y entonces vigente de la Constitución Política de 1925 y que solo fue incorporada por la modificación introducida a dicha Carta por la Ley N° 17.284, de 1970. Dicha práctica no resistía ningún análisis desde el punto de vista constitucional; sin embargo, fue usual la delegación al Ejecutivo para que regulará determinadas materias, a pesar de la crítica generalizada.

Así las cosas, cuando el Ejecutivo quiso suspender la aplicación de las normas contenidas en el señalado Estatuto, intentó hacerlo tanto por la vía legal como por la vía del decreto. Consta de las Actas de la Sesión 10ª Ordinaria del Senado, del día martes 4 de julio de 1950, que por indicación del Ministro de Educación de la época, señor Leighton, fue aprobado por unanimidad en la Comisión de Hacienda la introducción, entre otros, del artículo 76 al llamado “Proyecto Económico” que a la sazón se tramitaba en el Congreso.

Por el referido artículo 76 se autoriza “al Presidente de la República para que, dentro del plazo de 6 meses, contados desde la publicación de esta ley en el diario oficial, proceda a la revisión, corrección y modificación del DFL 4.129, de 12 de mayo de 1949, del Ministerio de Educación, siempre que no signifique mayor gasto”, norma que perseguía la misma finalidad del decreto insistido N° 1.769, que paralelamente a la tramitación de dicho proyecto de ley se estudiaba en la Contraloría y que fuera, finalmente, devuelto sin tramitar conjuntamente con su respectivo decreto de insistencia, el día 10 de julio del mismo año.

Sin embargo, la cuestión no termina con esta devolución, ya que siguió pendiente la aprobación del señalado proyecto de ley. En la Sesión 15ª Ordinaria de la Cámara de Diputados, del día martes 11 de julio de 1950, se procede a la discusión y votación particular del citado artículo 76 a la que concurre el Ministro de Educación, señor Leighton, apoyando la aprobación de dicha norma, asegurando que “el gobierno está dispuesto a no usar la facultad que se le confiere por la modificación introducida en el Honorable Senado, pero declara, al mismo tiempo, que presentará, oportunamente, un proyecto que reforme el Estatuto Orgánico del Magisterio al cual se refiere este inciso”, poniendo énfasis en el interés de que se apruebe la norma propuesta por su “importancia para la marcha de los servicios, ya que se refiere a la suspensión de algunos artículos del mencionado Estatuto”. Así, el Gobierno se compromete a presentar un proyecto para reformar el Estatuto Orgánico del Magisterio.

A lo señalado por el Ministro se opone el diputado señor Correa Letelier, quien aclara que en su concepto se ha entendido “equivocadamente que este es un Decreto con Fuerza de Ley”, en circunstancias que “los decretos con fuerza de ley no caben en nuestra legislación, pues la facultad legislativa radica en el Parlamento y no hay ninguna disposición expresa que autorice a este para delegarla en el Presidente de la República”. Agrega, entonces, que lo que corresponde para modificar las disposiciones de dicho cuerpo estatutario es enviar por el Ejecutivo el Mensaje respectivo si ellas versan sobre materias de ley. En votación económica,

el polémico artículo 76 fue aprobado en la Cámara por 56 votos contra 33, en la misma forma en que aparecía en el proyecto que enviara el Senado.

En consecuencia, por la Ley N° 9.629, de 18 de julio de 1950 se aprobó el llamado "Proyecto Económico" y en él la norma en referencia, que vino a surtir, por una vía de dudosa constitucionalidad, el mismo efecto que el Presidente de la República quiso lograr con su decreto de insistencia N° 1.769 y que fuera tan magistralmente objetado mediante el criterio aplicado en el Oficio N° 22.042, de 1950, por el destacado Contralor General señor Humberto Mewes Bruna.

La decisión adoptada por el Contralor Mewes ofrece un gran interés histórico, en primer lugar, porque supone cuestionar el poder entregado al Presidente de la República para insistir un acto administrativo que ha sido representado, ya que en ningún caso esta facultad puede servir para que la más alta autoridad política y administrativa infrinja abiertamente la Constitución y las leyes, poniendo en peligro la vigencia misma del Estado de Derecho, especialmente cuando con ello transgrede el principio de especialidad de la competencia y de separación de funciones, que constituyen verdaderas bases de nuestra institucionalidad al ser consagrados por la propia Constitución en sus artículos iniciales.

De esta forma, la Contraloría interpreta en forma sistemática y armónica las normas constitucionales, al reconocer que la facultad de insistir —otorgada en la época en virtud de una norma de rango legal y no constitucional, como es en la actual Carta de 1980— no puede significar para el Presidente de la República el derecho a arrogarse facultades que la propia Constitución ha encomendado a otros órganos del Estado. Para el evento que así suceda se prevé la más grave sanción del ordenamiento jurídico, cual es la nulidad, sanción que es aplicada —para el caso en comento— directamente por el Contralor, en base a un razonamiento estrictamente jurídico a la luz de las normas constitucionales vigentes, ejerciendo de modo efectivo la función de control que el ordenamiento le entregaba, lo que en la época tuvo mayor importancia si se tiene presente que en relación al principio de reserva legal no se conferían facultades de control al Tribunal Constitucional y la práctica parlamentaria había usado frecuentemente la delegación de facultades al Ejecutivo, nunca prevista por el constituyente y, como se ha tenido oportunidad de ver, a pesar de las críticas que ella recibía.

Bajo la vigencia de la Carta Fundamental de 1980, si bien la facultad de insistir está reconocida expresamente, ella debe ser entendida, extendida e interpretada teniendo especialmente presente los principios básicos de nuestro Estado de Derecho y consagrados en el Capítulo I. No obsta a esta afirmación el hecho de que la insistencia se limite a vicios de legalidad, por cuanto la transgresión a los requisitos, formalidades o atribuciones determinados por la ley, puede ser considerada también como una transgresión al mismo Estado de Derecho, especialmente, si pugna con principios consagrados en la Constitución.

Por último, cabe agregar que hoy los conflictos que puedan presentarse entre el Contralor General y el Presidente de la República, en virtud del ejercicio del control de juridicidad que opera respecto de los decretos cuando estos versan sobre materias de ley, están especialmente previstos y solucionados por la Constitución en el artículo 82 N°s. 6 y 12.

Por el artículo 82 N° 6 se entrega competencia al Tribunal Constitucional, en su calidad de máximo garante de la supremacía constitucional, para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad de un decreto. Esta facultad que opera como un verdadero control interorgánico supone que el decreto haya sido representado por ser contrario a la Constitución y precisamente una de las causas de inconstitucionalidad puede ser el que se pretenda ejercer una función que la Carta Fundamental ha reservado expresamente al Poder Legislativo, como es la de dictar normas generales y obligatorias que sean materias de ley. En tal caso, el Presidente de la República no puede insistir y solo le queda recurrir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie en definitiva sobre la controversia.

Si el decreto es cursado con tamaño vicio, la Constitución prevé además un control a posteriori, también ejercido por el Tribunal Constitucional en virtud de lo dispuesto en el N° 12 del artículo 82, que le permite resolver sobre la constitucionalidad de los decretos

supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60. Esta atribución opera a requerimiento de cualquiera de las Cámaras dentro de los 30 días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado.

Para terminar, baste agregar que la minuciosa regulación que ha dado la Constitución Política de 1980 a estos conflictos deja de manifiesto lo acertado de la doctrina sustentada por el Contralor Mewes. La actual normativa constitucional no se conforma con la consagración de la sanción de nulidad prevista en el artículo 7° inciso 2° para los decretos que excedan la competencia del Presidente de la República e invadan el campo legal, sino que ha reforzado la norma citada, entregando facultades expresas de control al Tribunal Constitucional, facultades que bajo la vigencia de la Carta Fundamental de 1925 no existían y que, por lo tanto, dan mayor mérito a la decisión adoptada por la Contraloría General de la República en el Oficio N° 22.042, de 10 de julio de 1950, apareciendo esta como un órgano capaz de restaurar el respeto del principio de juridicidad, especialmente en lo que respecta a su vinculación positiva, como condicionante de las actuaciones de los órganos del Estado, las cuales requieren habilitación legal previa y expresa para enmarcarse dentro del Estado de Derecho.

#### BIBLIOGRAFIA

1. Constitución Política de 1980.
2. Ley N° 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.
3. Memoria Anual de la Contraloría General de la República de 1996.
4. Eduardo Soto Kloss.  
El recurso de Protección. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1982.
5. Eduardo Soto Kloss. Ordenamiento Constitucional. Editorial Jurídica de Chile, 1980.
6. Enrique Silva Cimma. Administrativo Chileno y Comparado, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1968.
7. Fernando Carmash Cassis. Principio de legalidad y toma de razón. Tesis Universidad Católica de Chile, 1985.
8. Gustavo Fiamma Olivares. El control de constitucionalidad de los actos administrativos. Santiago, Universidad de Chile, 1985.
9. La Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1977.
10. Revista de Derecho Público. Universidad de Chile. Volumen N° 49, año 1991, y Volumen N° 59, año 1996.
11. Diario de Sesiones del Senado y de la Cámara de Diputados, 1950.