

LA AUSENCIA DE ANÁLISIS DEL MÉRITO EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: UN OBJETABLE LEGADO DEL CASO “CATALÍTICOS”

ARTURO FERMANDOIS VÖHRINGER
Pontificia Universidad Católica de Chile

I. INTRODUCCIÓN

El mérito de un acto es, según una de las acepciones del Diccionario, el “conjunto de pruebas y razones”, que lo justifican¹. ¿Puede revisarse “el mérito” de un acto, con ocasión de controlar su constitucionalidad? Veamos los contradictorios antecedentes que nos ofrece el Tribunal Constitucional chileno.

Con fecha 26 de junio de 2001, el Tribunal Constitucional pronunció su sentencia en el famoso caso “Catalíticos”, rol 325, en requerimiento interpuesto contra el Decreto Supremo N°20, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que dispuso a restricción vehicular de esa clase de automóviles.

Cumpliendo un deber de abstención que nos hemos impuesto en la materia, en razón de habernos correspondido actuar como abogado patrocinante en ese requerimiento, no comentaremos el fallo en sí, ni sus alcances prácticos o jurídicos.

Empero, hemos considerado lícito explorar una temática netamente dogmática que emerge del fallo “Catalíticos”, que, desvinculada de los hechos que motivaron el requerimiento, estimamos que por su trascendencia debe necesariamente ser colocada en el debate del derecho público chileno. Para ello nos hemos considerado autorizados.

Se trata de la doctrina que emana de los considerandos 37° y 38° de la sentencia rol N° 325. Allí se aborda el cuestionamiento del mérito de la medida de restricción de catalíticos, en cuanto infractora del principio de interdicción de la arbitrariedad, por la vía de tratarse de una medida no apta y poco adecuada para los fines que se propone.

¹ *Diccionario de la Real Academia*, 1991, p. 1360.

El Tribunal rechaza el planteamiento aludido y desarrolla brevemente una doctrina que –al no graduarse por el juez, ni distinguirse eventos, circunstancias ni situaciones– configura a nuestro entender una doctrina constitucionalmente atrasada, incompatible con lo que universalmente se entiende por Jurisdicción Constitucional.

En efecto, el Tribunal rehusa el análisis del mérito del acto administrativo impugnado, negándose a toda ponderación de conveniencia o “raciocinio factual” que lo justifique, por considerar que ello es impropio del control de la constitucionalidad. Se postula así en este fallo una jurisdicción constitucional jurídicamente desnuda, incapaz de ponderar el uso de facultades discrecionales, de apreciar los fenómenos constitucionales más básicos (arbitrariedad, error manifiesto, vulneración esencial de derechos) y que, para colmo de pesadumbres, contradice la propia jurisprudencia del Tribunal.

II. LA DOCTRINA QUE REHUSA EL ANÁLISIS DEL MÉRITO

Expresó el Tribunal Constitucional en el considerando 37° del rol 325, “Catalíticos”: *“Que, como se dejó testimonio en la parte expositiva, el segundo capítulo de impugnación se hace residir en que la norma en cuestión no sería adecuada para los fines que se propone, con lo cual caería en la arbitrariedad y en la irracionalidad técnica, vulnerando consecuentemente los principios constitucionales, disposiciones y derechos que se señalan. Se afirma que se estaría recurriendo “a un medio altamente gravoso para las personas, con exiguos o nulos resultados reales de descontaminación”. En este capítulo se desarrolla “in extenso” la tesis que la restricción vehicular impuesta por el decreto censurado, no es idónea para el fin descontaminante perseguido, instando por otras medidas que, a decir de los recurrentes, serían más eficaces”.*

A continuación, en el considerando 38°, se agrega el pasaje medular de esta radical doctrina del Tribunal (subrayado es nuestro): *“Que, como se advierte, estas alegaciones miran al mérito de la norma, lo que claramente excede la órbita de competencia de este Tribunal. Como reiteradamente se ha declarado en esta sede, dichos juicios de mérito, oportunidad o conveniencia, se encuentran radicados en los órganos de los cuales emana la respectiva regulación. No es en consecuencia procedente que un requerimiento enderezado a este Tribunal se aboque a analizar y decidir más allá de su esfera de atribuciones, que en esta materia importa sólo un examen jurídico de constitucionalidad del impugnado decreto, debiendo prescindir de cualquier consideración o raciocinio factual”.*

Hasta aquí entonces la doctrina del que llamaremos “control constitucional formal o atribucional”, es decir, aquel que se reduce a verificar si el acto sometido a juicio ha sido ejecutado dentro de las facultades o atribuciones formales del órgano del cual emanan.

III. COMENTARIO CRÍTICO

Resulta escasamente convincente esta reflexión del Tribunal, que se autocercena facultades intrínsecas a la jurisdicción constitucional que se le ha confiado por la Carta. Desde luego los juicios de mérito, conveniencia y oportunidad que motivan los actos de gobierno o administración están radicados primeramente en el órgano administrativo o legislativo que los dispone. Esto es innegable: resulta una redundancia reiterarlo en una sentencia. Lo que ocurre es que jamás esta circunstancia podrá precluir, excluir o eliminar las atribuciones del Tribunal Constitucional para revisar, posteriormente y en sede judicial, si las valoraciones originales del administrador o legislador se han ajustado a la Carta Fundamental o, como aquí se imputó, infringen derechos fundamentales.

¿Gobierno de los jueces? En absoluto; más bien esencia del principio de revisión judicial, base de un estado de derecho.

En fin, expondremos a continuación el cómo la tesis de “Catalíticos”, en cuanto rehusa el control del mérito de un decreto supremo, contradice la doctrina constitucional comparada más respetable, la lógica esencial de nuestro Código Máximo y la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Finalmente, nos haremos cargo de algunos argumentos en contrario que la doctrina ha esbozado tibiamente para respaldar el control constitucional meramente formal.

IV. PRECEDENTES EN EL CONTROL DEL MÉRITO
EN LA JURISPRUDENCIA DEL T. C.

En el considerando N° 38 del fallo que comentamos, “Catalíticos”, el Tribunal declaró: “...*como reiteradamente se ha declarado por esta sede, dichos juicios de mérito...*”, exceden el control a que está facultado ese órgano.

Es probable que el Tribunal haya declarado tal cosa numerosas veces, pero de lo que no hay duda es que otras tantas veces ha entrado de lleno en análisis de mérito para justificar la constitucionalidad de un proyecto de ley o Decreto Supremo en revisión.

1. Caso “Cesiones gratuitas”, de 1997. Apreciación sobre el mérito económico del Decreto Supremo Impugnado.

El Tribunal se abocó a apreciar el mérito de un acto administrativo en el llamado caso “Cesiones Gratuitas”, sentenciado el 15 de abril de 1997². Aquí, con ocasión de validar constitucionalmente el DS N° 171 del Minvu, impug-

² Sentencia rol N° 253, de 15 de abril de 1997, que resuelve requerimiento contra Decreto Supremo N° 171, de Ministerio de Vivienda y Urbanismo, 1997.

nado en aquel caso, que disponía el aumento sustantivo de la extensión de las cesiones gratuitas a que se obliga a un loteador en favor de la respectiva Municipalidad, aplicó el Tribunal un análisis doble: de forma y de mérito.

En la forma, el juez constitucional recogió la tesis de la indisolubilidad ontológica que se pretendía para ley y reglamento. Comprobando que el artículo 70 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones facultaba al administrador para disponer cesiones gratuitas, concluyó que declarar la inconstitucionalidad del decreto envolvía un juicio a una ley vigente, lo que excedía la esfera de sus facultades³.

Pero la sorpresa vendría con las fuertes consideraciones de mérito y conveniencia con que el Tribunal reforzó el razonamiento anterior. Cito fragmentos del considerando 10° de este pronunciamiento: *“las cesiones de terrenos gratuitas razonables, y éstas lo son, como se verá más adelante, inherentes a toda urbanización, lejos de constituir un daño patrimonial para el dueño procura un beneficio pecuniario para él, pues el valor de los terrenos urbanizados es superior al valor de dichos terrenos sin urbanizar...”*.

Más adelante agrega el fallo, en el mismo considerando: *“las cesiones gratuitas se efectúan o entran en escena en el caso que el titular del dominio, por su propia y libre voluntad resuelva urbanizar, mal podría entonces siquiera pensarse que afecten el derecho de propiedad que la Constitución le asegura...”*

Me pregunto: ¿qué son éstas sino evaluaciones del todo fácticas, razonamientos de mérito, y conveniencia, basadas en especulaciones meramente

³ Para construir esta doctrina, reflexionó el Tribunal: “...una –la ley– y otro –el reglamento– conforman un todo jurídicamente armónico, están indisolublemente unidos y en conjunto versan sobre la materia relativa a las cesiones o destinaciones gratuitas de terrenos...”. En consecuencia, bajo la lógica de esta sentencia, si el DS N° 171 del Minvu, impugnado en aquel caso, disponía el aumento sustantivo de la extensión de las cesiones gratuitas a que se obliga a un loteador en favor de la respectiva Municipalidad, pero lo hizo por obra de una delegación inserta en el artículo 70 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, anterior a la Carta de 1980, entonces en virtud de la “indisolubilidad normativa” ley-reglamento, el Tribunal no está habilitado para juzgar la constitucionalidad del Decreto, porque no lo está hacerlo respecto de una ley vigente.³ Así, queda evadida la frase precisa del N°24 del artículo 19, en cuanto exige, con insistencia, que sólo una ley puede imponer limitaciones de esta clase al dominio, típicas de su función social (“sólo la ley puede establecer...las obligaciones y limitaciones que deriven de su función social”). Lo grave de “cesiones gratuitas” en definitiva, es que por primera vez se valida ya no la regulación reglamentaria de derechos fundamentales, sino su limitación.

El fallo entrega no obstante una escapatoria hipotética a esta regla para casos graves: *“en el evento que el reglamento se apartara de la ley en consonancia con la que se dicta, produce una desvinculación de uno y otra, ya que dejan de constituir un todo jurídicamente armónico...”*.(Considerando 9°).

“factuales”? Constituyen en realidad exactamente lo que el Tribunal, con la prudencia y el rigor económico que escaseó un tanto en este fallo, está en definitiva llamado a aplicar en su control, so pena de dejar sin aplicación conceptos trascendentales de nuestro Código Político. Piénsese que aquí el Tribunal elucubró sobre la base del impacto en los precios de los inmuebles que causa el Decreto Supremo impugnado, lo que constituye, precisamente, en una valoración del mérito del acto sometido a control.

No puede el estudioso resultar satisfecho, entonces, con la invocación al hecho de que en el pasado el Tribunal “reiteradamente” ha afirmado que le está vedado enjuiciar el mérito, porque sí lo ha hecho, también reiteradamente.

Pero hay más. Revisemos otros pronunciamientos en que el Tribunal, a la hora de acoger requerimientos de inconstitucionalidad, o de declarar tal inconstitucionalidad por vía de control forzoso (N°2 del artículo 82), se luce apreciando el mérito de los proyectos de ley.

2. Rol N° 53, 1988: Evaluación sobre el mérito de una sanción penal por equivalencia.

Por sentencia de 5 de abril de 1988, el Tribunal se pronunció preventivamente respecto del “Proyecto de Ley orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios”, hoy ley 18.700.

Este fallo es conocido porque inauguró una serie de conceptos relativos a la igualdad que se han venido reiterando por el Tribunal desde entonces, siendo medular en este proceso las citas al tratadista argentino Segundo Linares Quintana⁴.

En mérito de las nociones constitucionales de igualdad, que exigen tratar distinto a quienes se encuentren en diversa situación, el Tribunal invalidó el artículo 146 del proyecto. Este precepto establecía una pena sustitutiva de multa, consistente en apremio y prisión, equivalente *“a un día por cada treintavo de multa impuesta”*.

El Juez Constitucional, en fino y acertado análisis, evaluó el mérito, midió y sopesó esta disposición. Concluyó: *“lo anterior implica que todas aquellas personas condenadas a pena de multa, cualquiera sea su monto, en el evento de que no pudieren o no quisieren pagarla sufrirán por vía de sustitución y apremio la misma pena, esto es la de prisión por treinta días”*.

Y agregó: *“En efecto, si la pena se regula a razón de un día de prisión por cada treintavo de la multa impuesta, cualquiera que sea el monto de ésta, el resultado será el mismo: el sentenciado deberá cumplir treinta días de prisión en el evento propuesto”*⁵.

⁴ Las citas a Linares Quintana, contenidas en los considerandos 72° y 73° de la sentencia, son, en realidad, una reiteración de las citas que en la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (CENC) se hicieron al tratar la garantía de la Igualdad.

⁵ Considerando 71°, rol 53.

Llama la atención la sofisticación del juicio sobre el mérito aflictivo de la pena sustitutiva en ese proyecto. Estuvo acertado el Tribunal, que duda cabe, y para arribar a su acierto, se internó de lleno en el mérito del proyecto sometido a su conocimiento. Tampoco cabe duda.

Pero revisemos jurisprudencia más reciente sobre el análisis del mérito, que la hay a raudales.

3. Juzgamientos al mérito de las regulaciones del derecho de propiedad: casos “Playas”, 1996, y “Rentas vitalicias”, 2001.

Permitásenos recurrir a dos sentencias –pronunciadas en épocas distintas– en que el Tribunal Constitucional se concentró con particular aplicación a evaluar el mérito de las regulaciones al derecho de propiedad, una en un Decreto Supremo (rol 245 - 246) y la otra en un Proyecto de Ley (rol 334).

En “Playas”, los requirentes objetaron el Decreto Supremo N° 1, del Ministerio de Bienes Nacionales, de 1996, que estableció normas de procedimiento para la fijación de accesos a playas de mar, ríos y lagos. Se le imputó el materializar administrativamente una verdadera “privación parcial del dominio” del propietario ribereño, que quedaba con su facultad de uso y goce esencialmente afectada.

El Tribunal debió evaluar si la regulación impuesta era de tal intensidad que asfixiaba esas facultades esenciales del dominio. Resolvió: *“Que, esta vía de acceso es evidente que causaría una privación parcial significativa de los atributos del ejercicio del derecho de propiedad, como son especialmente el uso y goce del terreno. Al no establecer el decreto cómo se puede hacer uso de la vía de acceso, ello puede permitir un tránsito peatonal y de vehículos y obligará a dichos propietarios colindantes a adoptar una serie de medidas que no hay duda que causarán daño y además, si bien no les priva del dominio del terreno de la vía de acceso, se les limitan las facultades de uso y goce de tal forma que estas pasan a constituir en la práctica más que una limitación, una privación parcial del uso y goce del derecho de dominio”*.

Tenemos entonces que el Juez Constitucional reprocha al Presidente de la República el no haber indicado en su decreto *“cómo se puede hacer uso de la vía de acceso”* a las playas. Pero va más allá y elabora sobre las consecuencias de esta omisión: *“obligará a los propietarios colindantes a adoptar una serie de medidas... que causarán daño”*.

Una vez más el tribunal se introduce legítimamente en el mérito de la regulación: elabora acerca la aptitud o conveniencia de la obligación impuesta al regulado y sus consecuencias prácticas. Precisamente aquello a que se negó en “Catalíticos”.

Pero la mayor sorpresa –por su actualidad– se aprecia en la última sentencia del Tribunal en materia de propiedad, llamada del caso de “Rentas vitalicias”, de 21 de agosto de 2001. El sentenciador se enfrentó a un requerimiento deducido en contra del proyecto de ley que modificaba el Decreto

Ley 3.500, proyecto que pretendió regular rígidamente el sistema de venta de las “rentas vitalicias” por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Los jueces no tienen prejuicios en calificar el mérito del proyecto; es decir, en apreciar si las regulaciones producen el fin de ordenar el mercado y tutelar los derechos del afiliado, o bien, si llegan a privarlos de la esencia de su dominio sobre los fondos previsionales.

Los considerandos 16° y 17° son elocuentes en la materia. Los cito: “16°. *Que de lo relacionado se infiere, con nitidez, que el conjunto de normas contenidas en los artículos cuestionados del proyecto en examen, sintetizados en el considerando precedente, imponen a los afiliados que resuelvan pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia un severo sistema regulatorio que importa, como consecuencia, privarlos de su facultad de disposición del dominio sobre sus fondos previsionales en el ámbito del Decreto Ley N° 3.500, ya que lo despojan de uno de los atributos esenciales de su propiedad sobre dichos fondos como lo es el escoger con quien pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia. La modificación propuesta le impide así elegir aquella alternativa que más convenga a sus intereses, suplantando, en último término, por este sistema cerrado de opciones, la voluntad del afiliado por la establecida en normas legales que, en definitiva, ejercen por él la facultad de disposición, inherente al dominio; 17°. “Que, en efecto, como se puede apreciar de un estudio de los nuevos incisos tercero y cuarto del artículo 61 y artículos 61 bis, que se proyectan incorporar al Decreto Ley N° 3.500, mediante los numerales 5, letra b), y 6 del artículo 1° del proyecto en estudio, el afiliado que decida pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia debe recurrir a un sistema sellado de alternativas, que si éste no desea seguir, no le permite otra posibilidad que desistirse de su derecho a pensionarse, ya que no otra cosa importa tener que postergar su decisión, u optar por otra modalidad que tampoco desea y que es la única que le ofrecen las modificaciones en proyecto, cual es el “retiro programado” (inciso noveno del nuevo artículo 61 bis). En segundo lugar, el inciso cuarto del mismo precepto le impide ejercer su derecho a señalar un beneficiario distinto de los indicados en el artículo 5° del Decreto Ley N° 3.500, norma con la cual, además, lo priva de su legítimo derecho a disponer de sus bienes, con motivo de su fallecimiento”.*

El fallo en “Rentas Vitalicias” es contundente, sofisticado y sorpresivamente contradictorio con la doctrina de “Catalíticos”. ¿Cómo fue posible esto en menos de tres meses?

V. CONCLUSIÓN

Creemos que el análisis del mérito de los actos sometidos al control del Tribunal Constitucional es consustancial a la Jurisdicción Constitucional. Recurrir al argumento de que la apreciación del mérito excede la competen-

cia del Tribunal Constitucional, por estar radicado en los órganos de los que emanan las regulaciones, es peligroso, anquilosado y ajeno a la función esencial que se le confió al Tribunal por la Carta de 1980.

Peligroso, porque la apreciación de conceptos constitucionales como “igualdad”, “tributos manifiestamente desproporcionados o injustos”, “esencia del derecho”, “sentencia manifiestamente errónea o arbitraria”, y otros, exigirá siempre análisis fácticos de medios y fines. Así lo ha entendido el Tribunal en los casos citados y en tantos otros que no alcanzamos a comentar.

Anquilosado, porque el control constitucional –aún el control, abstracto– en el derecho comparado incorpora *per sé* el análisis de mérito. En el Derecho europeo, el desarrollo del “Principio de Proporcionalidad” o el de la “interdicción de la arbitrariedad”, ha llevado a las Cortes Constitucionales a evaluar rigurosamente el mérito de los actos legislativos y gubernativos. El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, ha dicho *“para poder apreciar la presencia de arbitrariedad ha de existir falta de proporción entre los fines perseguidos y los medios empleados que implique un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución española garantiza”*⁶.

Por último, la renuncia a la apreciación del mérito contrasta con la propia jurisprudencia que, desde 1988, ha aplicado interrumpidamente el propio juez constitucional que, en el rol 325, pretendió sorpresivamente eximirse de tan alta responsabilidad.

⁶ Sentencia 99/ 87 del Tribunal Constitucional español, citada en JIMÉNEZ BLANCO - MAYOR - OSORIO, *Comentario a la Constitución*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1995, p. 41.