

CONFERENCIA INAUGURAL LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y EL RECURSO DE PROTECCION

PEDRO PIERRY ARRAU
Universidad Católica de Valparaíso

Constituye un gran honor hacer uso de la palabra en esta sesión inaugural de las XXII Jornadas de Derecho Público, que se iniciaron hace exactamente 30 años el año 1961; siendo la quinta vez que a la Universidad Católica de Valparaíso le corresponde organizarlas.

Este evento forma ya parte de la tradición de los juristas chilenos. Año a año, ininterrumpidamente desde 1976 en que se llevaron a cabo en esta Universidad las séptimas Jornadas, los profesores de derecho constitucional, derecho administrativo y derecho internacional público, nos reunimos para intercambiar puntos de vista sobre las materias de nuestra especialidad, discutir nuevas ideas y comunicarnos el fruto de nuestras investigaciones.

Las Jornadas de Derecho Público se han desarrollado en un estricto orden de sucesión entre las Facultades de Derecho hoy llamadas tradicionales, y que corresponden a las cinco que existían hasta hace diez años. Ahora, en que el número de Escuelas de Derecho alcanza a alrededor de cuarenta y dos, y decimos alrededor, por cuanto es difícil estar al día en su creación, ya que aparecen con una rapidez sorprendente, en los lugares más insólitos, es importante sostener, para mantener la tradición, que sin perjuicio de la participación, como siempre se ha hecho, de todos los profesores de derecho público del país, la organización de estas Jornadas debe continuar en manos de las Facultades de Derecho que siempre lo han hecho; y que las nuevas busquen otra forma de exteriorizar sus inquietudes académicas, llevando a cabo otro tipo de eventos.

En las Jornadas de Derecho Público los profesores exponen sus puntos de vista con absoluta libertad, incluso permitiéndonos ciertas licencias,

exagerando a veces nuestros puntos de vista y desatando en nuestros colegas airadas reacciones, las que en un ambiente de amistad, formada a través de los años, contribuye a aumentar el interés de las discusiones.

Continuando con el precedente de las Jornadas llevadas a cabo el año 1990, esta exposición constituirá en realidad el desarrollo de nuestra ponencia, y por lo tanto rogamos a los profesores de derecho constitucional y derecho internacional público nos disculpen, si ella puede resultar demasiado restringida al ámbito del derecho administrativo.

Hemos sugerido el tema de las relaciones entre los poderes del Estado para estas Jornadas, por cuanto pensamos que a casi dos años de funcionamiento pleno de las instituciones establecidas en la Constitución Política de 1980, se hace necesario reflexionar sobre la forma en que ellas interactúan y señalar los problemas más relevantes que se han presentado, y que influyen en la relación entre los poderes públicos.

No ha sido posible quizás, prever el desarrollo que han tenido algunas instituciones constitucionales. Sólo el correr del tiempo permite apreciar en toda su extensión las bondades y defectos de algunas normas que las regulan. Otras no alcanzaron a ponerse en práctica y fueron objeto de reforma el año 1989. ¿Qué habría ocurrido, por ejemplo, si no se hubiera modificado aquel año el artículo 65 de la Constitución Política, que permitía al Poder Ejecutivo, disponiendo de mayoría en una sola rama del Congreso, haber aprobado las leyes que hubiere deseado, presentando el proyecto en el Senado y eventualmente rechazado, pasando a la Cámara de Diputados, donde su aprobación por mayoría de votos hubiera requerido de dos tercios del Senado para evitar que se convirtiera en ley?

Nuestra exposición la deseamos ubicar en el control ejercido por los Tribunales. Sobre algunos aspectos del control del Tribunal Constitucional, y sobre todo, por los Tribunales Ordinarios a través del recurso de protección.

El Tribunal Constitucional, contemplado en el Capítulo VII de la Constitución Política, es un organismo poderoso; y, en el último tiempo, ha demostrado que en realidad su peso, en el funcionamiento del ordenamiento jurídico, es mucho mayor aún de lo que muchos imaginaron.

A diferencia de lo que ocurre en otros países, en que un órgano semejante está integrado por miembros designados por el Poder Legislativo y Ejecutivo, como en Alemania, en que son designados por mitades por el Parlamento Federal y por el Consejo Federal; como en Francia, en que tres de sus nueve miembros son designados por el Presidente de la República, tres por el Presidente del Senado y tres por el Presidente de la Cámara de Diputados; o como en España, en que de sus doce miembros, 8 son propuestos por el Parlamento, 2 por el Gobierno y 2 a propuesta del

Consejo General del Poder Judicial, que a su vez lo integran representantes del Senado y de la Cámara de Diputados; en Chile, de sus siete miembros únicamente dos corresponden a personas designadas por los poderes Ejecutivo y Legislativo y, en cambio, tres de ellos son miembros en ejercicio de la Corte Suprema, lo que da a este alto Tribunal una preeminencia incuestionable en el Tribunal Constitucional.

Con la libertad que otorga la función académica nos permitimos poner en duda la conveniencia de haber creado un Tribunal Constitucional. Compartimos la opinión de Karl Lowenstein en su obra "Teoría de la Constitución" en el sentido que: "el control de la constitucionalidad es, esencialmente, control político y cuando se impone frente a los otros detentadores del poder es en realidad una decisión política". Continúa la cita: "Cuando los Tribunales proclaman y ejercen su derecho de control dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por propio derecho en un detentador del poder semejante, cuando no superior, a los otros detentadores del poder instituidos".

Es probable, entonces, que el Tribunal Constitucional tenga justificación precisamente cuando se encuentra integrado por representantes de los poderes Legislativo y Ejecutivo, lo que no ocurre en Chile.

En fallo de 3 de diciembre de 1990 el Tribunal Constitucional conociendo del proyecto de ley que modificaba la ley N° 18.892 sobre Pesca y Acuicultura determinó que las leyes que establecían una organización de los servicios públicos diversa de la señalada en la ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, debían serlo también a través de leyes orgánicas constitucionales y que la referencia de los artículos 24 y 29 de aquella ley, que permitían excepcionalmente una organización diversa, impedía hacerse por ley ordinaria.

Por otra parte, señaló que toda norma que alterara la competencia de los Tribunales tiene también el carácter de Ley Orgánica Constitucional.

En este ejemplo se aprecia el criterio del Tribunal Constitucional, de ampliar al máximo el alcance de la ley orgánica constitucional, mucho más allá de lo que probablemente se pensó al establecer esa categoría. En todo caso al redactarse la ley de bases y establecerse su estructura, nunca se pensó que la organización excepcional diversa de algún servicio público tenía ese carácter. Si se tiene presente, por otra parte, que la gran mayoría de las normas para su cumplimiento requieren contemplar sanciones para quienes las infrinjan y ellas deben ser conocidas por un Tribunal, resulta que casi todas las leyes tendrán normas de carácter orgánico constitucional al otorgar competencia a los Tribunales. Se trata de una interpretación sumamente extensiva del artículo 74 de la Constitución que

entrega a la ley orgánica constitucional la organización y atribuciones de los Tribunales.

Deseamos, sin embargo, centrar estos comentarios en los controles ejercidos sobre los actos del Poder Ejecutivo.

En sentencia de 27 de diciembre de 1990 conociendo del reclamo interpuesto en contra de determinados aspectos de un Decreto Reglamentario N° 140 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, determinó que el número 5 del artículo 82 de la Constitución, que establece entre las atribuciones del Tribunal la de 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, le otorgaba atribuciones para: "velar por la supremacía normativa de la Constitución sobre los actos propios del Poder Ejecutivo". Esta atribución no queda subordinada a la Contraloría General de la República, cuando curse sin observación un decreto supremo, pues "tiene la supremacía constitucional sobre la materia".

Este fallo que pudo haberse interpretado restringido únicamente al control de la potestad reglamentaria del Presidente de la República no lo fue así, ya que en sentencia de 18 de junio del año en curso, que rechazó el requerimiento formulado contra el Decreto Supremo del Ministerio de Justicia N° 143 que declaró disuelta la personalidad jurídica "Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad", refiriéndose a la presentación del Presidente de la República en el sentido que en este caso no se trata del examen de la constitucionalidad de un reglamento sino que de pronunciarse sobre un decreto particular, el Tribunal Constitucional en su considerando 27 señaló que se estima conveniente reiterar lo expuesto en la parte resolutive del fallo de 27 de diciembre de 1990 en cuanto a que es competente "para resolver los reclamos de inconstitucionalidad de los decretos que dicte el Presidente de la República, cuando la cuestión sea promovida por cualquiera de las cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado".

Muchas son las consideraciones que pueden hacerse en torno al criterio del Tribunal Constitucional. Las actas de la Comisión Redactora de la Constitución no son en absoluto claras al respecto y si bien a nuestro juicio no hay antecedentes que puedan hacer llegar a una conclusión definitiva en materia de control sobre la potestad reglamentaria, pensamos que de ellas se desprende con claridad que sí queda excluido de la competencia el control de los actos administrativos particulares.

Hay, sin embargo, argumentos poderosos para rechazar el control del Tribunal sobre estas materias, que se agregan a lo ya señalado acerca de

la naturaleza del control constitucional. ¿Qué ocurre con los actos administrativos no dictados por el Presidente de la República? ¿También son susceptibles de control aun cuando el artículo 82, número cinco se refiere únicamente a éstos? ¿Puede la ley ordinaria desconcentrar las facultades del Presidente de la República, traspasándolas a autoridades inferiores y sustrayéndoles de este modo el control del Tribunal Constitucional? ¿Se entiende que todo acto de la Administración del Estado cae dentro de los actos del Presidente de la República? Si un acto ha sido declarado constitucional por el Tribunal, ¿podrá con posterioridad ser objeto de una acción de nulidad ante los Tribunales Ordinarios; o podrá discutirse su inconstitucionalidad en un juicio declarativo de derechos?

Por último y a pesar que el Tribunal Constitucional en el caso de Colonia Dignidad no lo hizo, puede perfectamente ocurrir, ya que es un principio en la doctrina del derecho administrativo, que con ocasión del conocimiento -en este caso de la constitucionalidad- de un acto particular, se conozca la inconstitucionalidad de un precepto de rango superior, no para dejarla sin efecto, ya que los plazos se encontrarían vencidos, sino para dejar sin efecto el acto de aplicación; todo lo cual permitiría hipotéticamente al Tribunal conocer siempre de la constitucionalidad de preceptos legales dictados en cualquier tiempo anterior.

Lo más importante, sin embargo, es que no es razonable ni conveniente en un sistema jurídico que sean tantos los órganos de control de los actos, que impide una jurisprudencia uniforme y dificulta la interpretación. Contraloría General de la República, Tribunal Constitucional, Cortes de Apelaciones a través del recurso de protección; jueces de primera instancia; todos ellos competentes para conocer de las mismas materias.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sin embargo, no reviste a nuestro juicio la gravedad, como factor de alteración del equilibrio entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, como una segunda institución que deseamos analizar, el recurso de protección, contemplado en el artículo 20 de la Constitución Política.

Por todos es sabido que este recurso ha sustituido en la práctica al contencioso administrativo, interponiéndose contra todo acto de las autoridades políticas y administrativas. Mediante un procedimiento inadecuado, que no ofrece garantías procesales ni a la autoridad recurrida, ni a los terceros interesados en la mantención del acto, ni tampoco al propio recurrente, que no tiene criterios estables o permanentes en qué fundar su acción, los Tribunales de Justicia proceden a dejar sin efecto actos del Poder Ejecutivo, a dar órdenes a la Administración, lo que en doctrina es al menos discutible y; en general, a realizar por esta vía el control jurisdiccional de la misma. Como no discutimos que es al Poder Judicial a quien

corresponde este control jurisdiccional, aunque debiera hacerlo a través de jueces especializados y con un procedimiento idóneo, nos limitaremos a resaltar dos aspectos en que el recurso de protección ha alterado la relación de los poderes públicos, más allá de lo que un contencioso administrativo podría haberlo hecho. Nos referiremos a la ampliación del ámbito del control jurisdiccional y en segundo lugar a la situación de la Contraloría General de la República.

En fallo de fecha 16 de mayo de 1991, en recurso de protección interpuesto por don Luis Angel Rosas Díaz y otros contra el Director de la Policía de Investigaciones de Chile, la Corte Suprema califica de arbitrario el uso de la facultad discrecional del Presidente de la República, concedida por el artículo 90, letra B, del Decreto con Fuerza de Ley 1 de 1980, al no motivar la decisión de llamar a retiro a personal de la institución; exigiendo para ello, como requisito previo, un sumario administrativo, que se encuentra contemplado en otro capítulo de la ley, relativa a la responsabilidad del personal que infrinja sus obligaciones o deberes; dando por infringida la garantía del artículo 19, número 3 de la Constitución que dispone que "nadie puede ser juzgado por comisiones especiales". El fundamento del fallo se encuentra en la doctrina española y en sentencias del Tribunal Supremo de España, que cita.

Somos fervientes partidarios de la reducción del ámbito de la discrecionalidad administrativa. Al respecto hemos presentado ponencia sobre tal materia en las XIV Jornadas de Derecho Público. Pero desconocer absolutamente la discrecionalidad administrativa y exigir para la remoción de funcionarios de Investigaciones la existencia de un sumario, interpretando en esa forma la facultad de "disponer el retiro", que es similar para todas las instituciones dependientes del Ministerio de Defensa, es simplemente terminar con el concepto.

Este fallo, que puede dar lugar a muchos comentarios, e incluso podría discutirse en doctrina, en cuanto a su conclusión, a partir del problema de la motivación, demuestra sin embargo que el recurso de protección no es la institución más adecuada para la formación de la jurisprudencia contencioso administrativa, ya que el campo del control jurisdiccional de la discrecionalidad es un problema extremadamente delicado que sólo puede abordarse a partir de una evolución jurisprudencial con gran contenido jurídico y precisando en forma muy detallada los casos en que procede y las excepciones que aceptan.

El recurso interpuesto por la Fiscal de la Corte de Apelaciones de Concepción contra el Sr. Presidente de la República y los Sres. Ministros de Hacienda y de Justicia tuvo por fundamento la amenaza al derecho de propiedad al presentar un proyecto de ley interpretativo del Decreto Ley

Nº 3058 de 1978, sobre el beneficio de asignación de zona cuyo alcance había sido establecido en un recurso de protección anterior interpuesto en representación de varios miembros del Poder Judicial.

El fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 8 de agosto pasado declaró inadmisibile el recurso, después de señalar en su considerando séptimo, "debemos suponer que la inconstitucionalidad que cree ver en ese proyecto va a ser compartida no sólo por los poderes colegisladores sino también por el Tribunal Constitucional, todo lo cual aleja el temor cierto y razonable de que se hace referencia en el fundamento anterior".

A pesar de la gravedad que encierra una afirmación semejante en un fallo judicial, lo más trascendental de la sentencia que comentamos está en el considerando tercero que enfáticamente declara que no puede aceptarse la posición del Poder Ejecutivo en cuanto a que es improcedente el recurso contra un proyecto de ley..." nadie ni aún a pretexto de ejercitar potestades propias y privativas de los otros poderes del Estado, en sus actos, puede inhibir a este Tribunal para que dé cumplimiento al mandato constitucional de resguardar los derechos amparados con el recurso, restableciendo el imperio del derecho y dando la debida protección al afectado"...

Reconociendo que existen opiniones de distinguidos juristas, participantes de estas Jornadas, que sostienen que el recurso de protección puede intentarse incluso contra los actos legislativos, nosotros estimamos que la presentación de un proyecto de ley constituye un acto de gobierno que no es susceptible de control jurisdiccional por no estar comprendidos en la competencia genérica para conocer causas civiles y criminales que el artículo 73 de la Constitución confiere a los tribunales en la ley.

Los actos de gobierno, propios de la actividad política de la función ejecutiva quedan fuera del ámbito de competencia de los Tribunales de Justicia. Lo mismo cabe señalar de los actos que son propios de la función legislativa y de las actuaciones que la integran entre las que se cuentan aquellas en que interviene el Poder Ejecutivo en la gestación y tramitación de la ley. Así como ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos, al Poder Judicial le está vedado inmiscuirse en las materias que son propias de ley o impedir, entabrar, coartar o restringir las atribuciones que constitucionalmente corresponden a la función legislativa.

Llevada al absurdo la aceptación de la procedencia del recurso de protección contra un proyecto de ley, se podría presentar la situación en que las Cortes de Apelaciones inhibieran no sólo al Presidente de la República, sino que en general a los miembros del Parlamento de presen-

tar proyectos de ley, cercenando de esta forma la función de los otros dos poderes del Estado. Podría también ocurrir que las Cortes de Apelaciones sustituyeran la función que la Constitución encomienda al Tribunal Constitucional, ya que el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley, o bien impediría que se transformara en ley o, por el contrario, impediría ser declarado posteriormente inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

Podría incluso darse el caso en que la Corte Suprema declarara constitucional un proyecto de ley y el Tribunal Constitucional, en cambio, lo declarara inconstitucional.

En recurso de protección rol 5169-91 de la Corte de Apelaciones de Santiago, ingresado con fecha 20 de agosto pasado, un grupo de abogados del Servicio de Impuestos Internos, disconformes con la calidad de fiscalizadores que el Decreto con Fuerza de Ley Nº 4 publicado en el Diario Oficial el 6 de agosto de 1992, asignó a los profesionales ubicados entre los grados 5 al 13 de la Planta de Profesionales del Servicio, solicitaron a la Corte de Apelaciones que dejara sin efecto el trámite de toma de razón de dicho precepto legal, por vulnerar la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad al someter a los funcionarios a un estatuto diverso de aquel que los regía con anterioridad. El recurso de protección se interpuso contra el Vice Presidente de la República por haber dictado el Decreto con Fuerza de Ley y contra el Contralor General de la República por haber tomado razón del mismo. Al hacerse la presentación, se encontraba pendiente el plazo que contempla el artículo 82 de la Constitución Política, o sea, cualquiera de las Cámaras o la cuarta parte de sus miembros podía aún haber recurrido ante el Tribunal Constitucional.

El Decreto con fuerza de ley, como todos sabemos, es un precepto legal, susceptible de ser revisado por el Tribunal Constitucional y por la Corte Suprema a través del recurso de inaplicabilidad. De seguirse la argumentación de los recurrentes, no sólo los Decretos con Fuerza de Ley, sino que las propias leyes, podrían ser objeto del recurso de protección.

Nosotros nos preguntamos si existiendo los mecanismos de control de las leyes establecidos en la Constitución, será razonable, conveniente, y ajustado a derecho, sostener una posición que puede producir tal alteración en las instituciones constitucionales, sin que necesariamente ello se vea como la única forma para resguardar los derechos de los particulares, que en último término podría justificar una posición semejante.

La ley también ha contribuido a alterar los sistemas de control jurisdiccional del ordenamiento jurídico en algunos casos. El artículo 10 del Decreto Ley 600 de 1974 dispone que si se dictaren normas jurídicas que

los titulares de inversiones extranjeras estimaren discriminatorias, podrán solicitar que se elimine la discriminación, debiendo pronunciarse sobre la solicitud el Comité de Inversiones Extranjeras... "denegándola o adoptando las medidas administrativas que correspondan para eliminar la discriminación o requiriendo a la autoridad pertinente la adopción de éstas, si dichas medidas excedieren las facultades del Comité".

La ley establece que el Comité, integrado por Ministros de Estado, o sea, por miembros del Poder Ejecutivo, debe pronunciarse eventualmente acerca de si una ley es o no discriminatoria y solicitar su modificación.

Si no existe pronunciamiento o en caso de una resolución denegatoria, los titulares de inversiones extranjeras o las empresas en cuyo capital participen... "podrán recurrir a la justicia ordinaria a fin de que esta declare si existe o no discriminación, y en caso afirmativo, que corresponde aplicarle la legislación general".

Si se entendiera que el alcance de la ley al referirse a "normas discriminatorias" incluye al Decreto con Fuerza de Ley y a la ley misma, ello significaría que la inaplicabilidad de un precepto legal puede ser revisada por un juez de primera instancia, alterando de este modo todo el sistema de control de las leyes establecido en la Constitución.

Así ocurrió en fallo recaído en recurso de protección interpuesto por Carter Holt International Limited y otros en contra del Comité de Inversiones Extranjeras. La Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 28 de mayo de este año, acogiendo el recurso, dispuso que el Comité debía pronunciarse derechamente acerca de si el artículo 120 de la ley 18.892 sobre Pesca y Acuicultura, cuya vigencia estaba suspendida, contenía disposiciones discriminatorias, no bastando únicamente con oficiar al Congreso Nacional poniendo en su conocimiento los argumentos de la reclamante, como había hecho el Comité.

La evolución que ha tenido el recurso de protección ha producido un debilitamiento de la institución de la Contraloría General de la República.

Por una parte el Tribunal Constitucional ha invadido un campo que le era hasta entonces principalmente suyo, cual es el control de la constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo; y, por otro, el recurso de protección ha transformado a sus dictámenes, resoluciones sancionatorias y acciones en general, en un mero trámite administrativo, del que siempre puede recurrirse ante la respectiva Corte de Apelaciones para declararlo ilegal o arbitrario.

De mantenerse esta situación, habrá que redefinir el rol de este órgano, que, hasta su inclusión en un capítulo especial de la Constitución Política, tenía la última palabra en muchos aspectos concernientes a la Administración del Estado y sus funcionarios. Resulta irónico que al

adquirir un rango constitucional destacado, haya visto limitado en forma tan considerable su esfera de acción.

Si en un comienzo los Tribunales de Justicia fueron cautos para aceptar los recursos de protección contra la Contraloría General de la República y si fue posible distinguir entre las diversas funciones que ejerce para los efectos de calificar la procedencia del mismo, el hecho es que hoy el recurso de protección puede intentarse contra cualquier acto del Contralor General de la República. Por tomar razón de resoluciones consideradas ilegales; contra dictámenes; contra resoluciones sancionatorias, etc. Revisemos algunas de las situaciones presentadas en el último tiempo:

Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 16 de enero de 1989, confirmado por la Corte Suprema el 20 de abril del mismo año, recaído en recurso interpuesto por la Sociedad Contractual Minera Toqui contra Dictamen número 38.262 de 7 de octubre de 1988 que confirmó otro de la Contraloría Regional de Aysén que dispuso que el recurrente debía pagar patente municipal por su actividad extractiva.

El fallo declaró que la Sociedad minera no estaba obligada a pagar patente municipal.

Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 13 de septiembre de 1989, confirmado por la Corte Suprema el 3 de octubre de 1989. Recurso de protección interpuesto por don Guillermo Arturo Cofré Silva en contra del Sub Contralor subrogante.

El considerando 13 del fallo de primera instancia confirmado señala "...Que, conforme a lo anteriormente expuesto la Contraloría General de la República debió acceder a la solicitud del recurrente y dar curso a su jubilación".

En la parte declarativa expresa: "Por estas consideraciones... "se declara que se acoge el recurso de protección interpuesto a fojas 7 por don Guillermo Arturo Cofré Silva, y que, consecuencialmente, la Contraloría General de la República deberá reconsiderar su negativa a dar curso a la Resolución Nº 1.594, del Departamento de Pensiones de la Dirección General de Carabineros, de fecha 26 de octubre de 1977 que concedió pensión de retiro al recurrente".

Recurso de protección interpuesto por doña Celia Hidalgo Jurado contra Dictamen 20.520 de 19 de julio de 1990 y Decreto Alcaldicio del Alcalde de Santiago por los que se puso término a sus funciones. Por el dictamen se estableció que la funcionaria había cesado en sus funciones al haberse acogido al beneficio de renta vitalicia con una Institución Administradora de Pensiones, por existir incompatibilidad. El Contralor sostuvo en su informe que el dictamen lo hizo en cumplimiento de obligaciones que le son privativas en relación a informar sobre materias como las

relativas a los estatutos administrativos de la Administración Pública, los que no pueden ser objeto de un recurso de protección; y que el informe se fundamenta en una interpretación reiterada de las normas legales aplicables. La Corte en su fallo de 14 de septiembre de 1990, confirmado por la Corte Suprema el 13 de octubre de 1990, señala que si bien la Contraloría debe interpretar los textos legales pertinentes, en este caso se ha sobrepasado el límite que corresponde a un intérprete señalando que "un dictamen evacuado en tal sentido necesariamente resulta arbitrario".

Se dispone finalmente que se deja sin efecto el decreto del Alcalde de la I. Municipalidad de Santiago, "y que la recurrente debe ser integrada de inmediato a sus funciones en esa I. Municipalidad".

Recurso de protección interpuesto por don Mario Mosquera Ruiz en representación de varios integrantes del Escalafón Primario del Poder Judicial, en contra del Contralor General de la República al emitir el Dictamen Nº 10.955 de 11 de abril de 1990 en que sostuvo que la asignación de zona del personal del Poder Judicial debía calcularse en la misma forma que se hacía hasta la entrada en vigor del Decreto Ley Nº 3.058 de 1979.

En fallo de 2 de agosto de 1990 la Corte de Apelaciones de Santiago declaró formalmente que la asignación de zona debía calcularse en forma distinta de lo señalado por la Contraloría General de la República, acogiendo el recurso y señalando que la interpretación de la Contraloría sobre la forma de calcular la asignación "constituye una privación del derecho de propiedad". El fallo confirmatorio de la Corte Suprema de 5 de noviembre de 1990 agregó "que la negativa de la Contraloría General de la República a aplicar el Decreto Ley 3.058 de 29 de diciembre de 1979 en la forma que se ha explicitado en el fallo de primer grado, constituye un acto ilegal que implica una privación del derecho de propiedad..."

La particularidad de este recurso de protección, que abrió la puerta a numerosas demandas en contra del Fisco en juicio de hacienda, es que el dictamen de 11 de abril de 1990 que motivó el recurso, era la reiteración de otros emitidos con varios años de anterioridad. En esta forma, el transcurso del tiempo carece de relevancia ante este recurso en lo que a la Contraloría General de la República se refiere, ya que sus dictámenes podrán siempre ser revisados, solicitando un nuevo pronunciamiento al órgano contralor y recurriendo a este último.

Paralelamente a recursos interpuestos contra la Contraloría General de la República y que ha sido acogidos, existen muchos otros que han sido rechazados; a veces por extemporáneos; otras entrando al fondo del asunto, y otras también, señalando que las materias sobre las que versa el recurso escapan a la verdadera finalidad y naturaleza del recurso cautelar,

no siendo el medio para obtener declaraciones relativas al establecimiento o constitución de un derecho. Así lo señala un fallo de la Corte Suprema de 12 de septiembre del año en curso revocando el de primera instancia que acogió el recurso interpuesto por don Alejandro Ossandón Tamaya en su carácter de Presidente de la Asociación de Fiscalizadores de Impuestos Internos, en contra del Contralor General de la República y que declaró que determinadas prestaciones adeudadas a los funcionarios debían ser pagadas con reajustes, lo que había sido negado por dictamen 6.659 de 13 marzo de 1991.

El hecho que los recursos de protección en ocasiones sean rechazados, no modifica la tendencia que hemos venido comentando. Agrega, sin embargo, un elemento de incertidumbre a esta institución, cuyos perfiles no han podido nunca establecerse con claridad, proliferando de esta forma los casos en que se utiliza. En esta forma, ningún funcionario sancionado por un sumario administrativo del que la Contraloría tome razón, quedará conforme sin intentar un recurso de protección. También instituciones de la Administración del Estado, a quienes la Contraloría debe fiscalizar y para quienes sus dictámenes son obligatorios, emplearán esta vía que se les ofrece, como ocurrió en el recurso interpuesto el 29 de agosto de este año por don Jaime Lavados Montes, Rector de la Universidad de Chile, por ordenar pagar una indemnización a un funcionario exonerado. En la parte petitoria el Sr. Rector solicitó: "...y en definitiva acogerlo, disponiendo lo pertinente para restablecer el imperio del derecho dando protección a la Universidad de Chile, para lo cual desde ya solicito a VS. que declare que el mandato contenido en el oficio N° 19.617 de 1991, del señor Contralor General de la República carece de validez jurídica y que, en consecuencia, mi representada no se encuentra obligada a acatarlo".

Desconocemos las gestiones realizadas y que culminaron con el desestimiento del recurso, aprobado con fecha 25 de septiembre último, por lo que no sabemos qué resultado habría tenido en definitiva. Lo que sí está claro es que si la Universidad de Chile, que es una institución integrante de la Administración del Estado utiliza este recurso constitucional, pueden hacerlo también otras instituciones mal denominadas autónomas, que tengan personalidad jurídica propia. Extremando las cosas, ¿por qué no podrían hacerlo incluso los órganos de la Administración Central?

Nos llevaría por otro camino hablar de la posibilidad de entablar recursos por parte de los entes autónomos, con personalidad jurídica de derecho público. En principio no repugna; pero en Chile, con la desaparición de los Colegios Profesionales prácticamente no encontramos ejemplos de organismos de derecho público no estatales, los que sí podrían recurrir en contra de los organismos estatales de control. Este sector,

público no estatal, que podría haber tenido un gran desarrollo, es inexistente hoy en Chile. A esa actividad se refirió ya el Decano de nuestra Facultad al inaugurar las VII Jornadas de Derecho Público en esta Casa de Estudios. Que los órganos del Estado recurran ante los Tribunales reclamando en contra de sus órganos de control destruye precisamente el mecanismo de control y no contribuye para nada a la buena marcha de las instituciones públicas.

La Contraloría General de la República concentra en sí misma atribuciones que en otros países corresponden a varias instituciones, cada una de ellas de gran importancia y gravitación. La Constitución Política le encomienda el control de la legalidad de los actos de la Administración; la fiscalización del ingreso e inversión de fondos públicos, ser tribunal de cuentas; llevar la contabilidad general de la Nación. Por su parte su ley orgánica aumenta sus atribuciones particularmente en lo que se refiere a la emisión de dictámenes y a la aplicación de las normas que regulan la función pública.

Podría sostenerse que los artículos 87 y 88 de la Constitución, al encomendar a la Contraloría la función de control de la legalidad y explicitarla a través de la toma de razón, se la entrega en forma exclusiva y excluyente. Sin embargo, como el control jurisdiccional es irremplazable como garantía para los administrados y para el análisis de los hechos, siendo el control de la Contraloría un control esencialmente a priori, debemos descartar de plano esa posibilidad; reconociendo, a pesar de ello, que a través de la evolución de nuestra institucionalidad pudo en algún momento ese órgano suplir la ausencia de un contencioso administrativo, en ciertas circunstancias y estableciendo un procedimiento para entrar al estudio y ponderación de los hechos que fundamentan las decisiones administrativas, lo que en estos momentos ya no resulta posible.

El Estatuto Administrativo vigente, dictado el año 1989, contempla en su artículo 154 un recurso ante la Contraloría General cuando los funcionarios vieren afectados los derechos conferidos por este estatuto. Dicho recurso, que podría haber dado lugar a un verdadero contencioso administrativo de la función pública al interior del órgano contralor, lo habría transformado en un Tribunal para conocer de aquellas materias. Resulta dudosa la conveniencia de que todo el contencioso administrativo de la función pública en este momento esté en la práctica a cargo de los Tribunales Ordinarios a través del recurso de protección o de las acciones que interponen los funcionarios ante el juez civil ordinario. Esta materia constituye por sí sola una especialidad dentro del derecho administrativo. Baste pensar que en España, por ejemplo, una sala del Tribunal Supremo

se dedica exclusivamente al contencioso de los funcionarios, para vislumbrar su dimensión.

Algún efecto habrán de tener los dictámenes de la Contraloría que evite que puedan ser anulados -ya que eso es verdaderamente lo que ocurre- en cualquier tiempo por el recurso de protección. Toda la situación que se vive en estos días con los miles de juicios llamados previsionales, en que cada jubilado o pensionado se ve impulsado a tentar suerte frente a los tribunales en demanda del reconocimiento de derechos que nunca pensó que tenía, con el consiguiente menoscabo para la hacienda pública, se podría haber evitado con la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, si ella hubiera tenido la suficiente fuerza para haberse impuesto y ser respetada, por el recurso de protección.

En el fallo del Tribunal Constitucional relativo a la constitucionalidad del reglamento de programas de viviendas progresivas, ya comentado, en el capítulo primero, considerando octavo, se cita como antecedente a las actas de la Comisión Redactora de la Constitución, donde se expresó para justificar la atribución del Tribunal para conocer de los Decretos Supremos, el que ... "bastaría que el Presidente de la República y el Contralor estuvieran de acuerdo para burlar al Parlamento". Nosotros estimamos que ese no es argumento suficiente, ya que si de acuerdos se trata, podría haberlo también entre el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema. Lo importante es producir un orden y coordinación institucional entre los órganos constitucionales, lo que no se logra con esta solución, sino que precisamente todo lo contrario.

Los efectos de los dictámenes de la Contraloría deberán ser regulados en una ley de procedimiento administrativo, donde deberán precisarse los recursos que proceden según las materias a que se refieran y los plazos para interponerlos. De lo contrario no se justifica su existencia. Lo mismo ocurre con la toma de razón y en general con el control de la legalidad de los actos administrativos. Su impugnación jurisdiccional no puede quedar entregada al recurso de protección cuando la Contraloría ha tomado razón de ellos. Por otra parte, la interpretación razonable de las normas constitucionales debiera ser que es a la Contraloría General de la República y no al Tribunal Constitucional a quien corresponde su control a priori. Ello sin perjuicio de la anulación de los actos administrativos en un contencioso administrativo y de la declaración de derechos en un recurso de plena jurisdicción.

El control jurisdiccional de los actos del Poder Ejecutivo es un requisito esencial del Estado de Derecho. Este punto es incuestionable y no se nos ocurre por un momento sostener una posición contraria a esa afirmación. Lejos están los días de la doctrina sentada por las sentencias que

establecieron la irresponsabilidad del Estado, como "Mario Granja con Fisco", o que confirmaron la falta de jurisdicción de los Tribunales para conocer de lo contencioso administrativo, como "Socotransco con Fisco". El control, sin embargo, debe necesariamente enmarcarse dentro de ciertos cauces y procedimientos que permitan conciliar adecuadamente la seguridad de los administrados con la necesaria protección de los intereses públicos, dando a la norma jurídica una interpretación uniforme y coherente, con una jurisprudencia constante, que permita tanto al administrado como a la Administración conocer con exactitud el derecho vigente.

Daría la impresión que, después de décadas de ausencia casi total de control jurisdiccional de la Administración, se ha saltado a un control indiscriminado, sin respetar ámbito alguno de la discrecionalidad; sin límite a los poderes del juez, sin plazos de caducidad de acciones. En este último punto, ello se ve acentuado por la posición sostenida por distinguidos profesores de derecho administrativo en el sentido que la nulidad de derecho público en Chile es insanable y puede en cualquier tiempo ser constatada por el juez, posición que si bien es estimulante como ejercicio académico, puede ser de gravísimas consecuencias llevada a la práctica, sin que se vislumbre como remedio para proteger al administrado, pero sí como fuente de lesión para la comunidad.

El recurso de protección ha tenido un comportamiento errático, y aún no puede determinarse cuándo es procedente y cuándo no, obligando a explorarlo a pesar de la existencia de otras acciones. Hace poco tiempo, el 30 de abril de este año, en sentencia confirmada por la Corte Suprema recaída en un recurso interpuesto por la Empresa Colbún Machicura contra el Director Regional de Impuestos Internos de Talca, la Corte de Apelaciones de esa ciudad dispuso que el Director debía proceder a reconocer cantidades pagadas en exceso y cuya restitución no había sido solicitada dentro del plazo de un año contemplado en el artículo 126 del Código Tributario.

Paralelamente al recurso de protección la recurrente había interpuesto una demanda en juicio ordinario de hacienda en contra del Fisco solicitando la restitución de las cantidades y donde el Fisco había aducido que el procedimiento debía ser aquel contemplado en el artículo 124 del Código Tributario. ¿Qué contribuyente en lo sucesivo interpondrá únicamente la acción ordinaria, existiendo tal precedente, que en la práctica deroga el plazo establecido en el Código Tributario?

Sostenemos que el recurso de protección continuará corriendo errático mientras no se dicte la ley que establezca la acción contencioso administrativa a cargo de un juez especializado en esas materias; y mientras no se ajuste la jurisprudencia que de ella emane.

Debemos suponer al recurso de protección actuando conjuntamente en un sistema que contemple la acción contencioso administrativa, ya que ha sido la ausencia de éste lo que ha permitido el desbordamiento de aquél.

La coexistencia del recurso de protección con un contencioso administrativo y su limitación, puede ser la obra de la ley, la que debería en ese caso tener un rango interpretativo de la Constitución; o, lo que a nuestro juicio sería preferible, obra de la propia jurisprudencia de los Tribunales Superiores, que verían a este recurso como un remedio para situaciones absolutamente excepcionales en que el imperio del derecho se encuentre amagado.

No entraremos aquí a detallar cuál es el ámbito del recurso de protección, coexistiendo con un contencioso administrativo. A pesar del tiempo transcurrido creemos que todavía tiene vigencia lo que sostuvimos en nuestra ponencia sobre el tema, presentada a las VIII Jornadas de Derecho Público en Concepción el año 1977 cuando recién apareció esta institución.

Partiendo de la premisa que el recurso procede, según la Constitución "para restablecer el imperio del derecho", estimamos que esa frase, frente a la actividad de la Administración, sólo puede tener sentido cuando dicha actividad no pueda vincularse a la presunción de la legitimidad que emana de los actos administrativos; o sea, cuando esa presunción sea absolutamente inoperante, por la gravedad del vicio, siendo entonces necesario restablecer el imperio del derecho, puesto que sólo en ese caso no estará vigente. La actividad administrativa imposible de amparar con la mencionada presunción es de carácter absolutamente excepcional, siendo por lo tanto también excepcional los casos en que no se encuentre bajo el imperio del derecho.

Ellos, básicamente, son aquellos que constituyen lo que se denomina en doctrina "vía de hecho" y aquellos que pueden considerarse como nulos de pleno derecho.

Mantener una interpretación restrictiva del recurso de protección como la que planteamos en aquella oportunidad, resulta imposible sin un contencioso administrativo y necesariamente el recurso constitucional ha tenido que llenar ese vacío con las consecuencias que hemos venido señalando. Tenían razón aquellos que, más escépticos que nosotros, y resignados a no ver nunca establecido en Chile al contencioso administrativo, vieron en esta institución, desde un comienzo, a su sustituto. Sin embargo, al constatar las consecuencias que toda esta evolución ha tenido en el derecho público nacional, creemos que ha llegado el momento preciso de establecer finalmente el contencioso administrativo, para poder ubicar el

control jurisdiccional de la Administración, en un ordenamiento eficaz y coherente.