

SOBRE EL RECURSO DE PROTECCION Y LA REPRESENTACION DEL CONTRALOR

Reflexiones acerca de una
contienda de competencia

Iván Aróstica Maldonado

Universidad de Chile

INTRODUCCION

Veamos a continuación un artículo del proyecto de nueva ley orgánica constitucional de la Contraloría General de la República, recientemente enviado —en 1992— por el Presidente de la República al Senado, que puede servirnos de epígrafe a este trabajo, y que pone al lector en la atmósfera de las ideas sobre las que nos vamos a mover ahora en nuestra demostración.

*Las decisiones definitivas que adopte el Contralor General dentro de su esfera de competencia no serán, para los órganos de la Administración del Estado, susceptibles de recurso alguno ante otra autoridad, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales que correspondan a los particulares y a los funcionarios*¹.

El dato inicial es, pues, irrefutable: fuera de la excepción para los propios órganos administrativos, el Senado tiene en sus manos una iniciativa de ley en la que el Primer Mandatario consigna lo obvio, esto es, que las determinaciones que dimanen del Contralor General sí son recurribles —por los particulares y servidores públicos— ante los tribunales del Poder Judicial, tal cual sucede con cualquier otro acto administrativo, habida cuenta que en un Estado de Derecho éstos no gozan de ningún fuero o inmunidad jurisdiccional².

En efecto, como el instinto de la Administración a sustraerse del control de juridicidad de sus decisiones por los tribunales parece ser

atávico —atrincherándose en meandros y resquicios que no cabe más que lamentar— la ley orgánica constitucional 18.575, sobre bases generales de la Administración del Estado, a la par de numerosos preceptos constitucionales de los que luego nos ocuparemos, contempló dos disposiciones, arts. 2 y 9, en las que vino a clausurar cualquier debate acerca de la plena recurribilidad en sede judicial de todo acto administrativo, sea de voluntad orgánica, sea de conocimiento, sea de razonamiento.

Pero acontece que, cuando ya era *opinio iuris doctorum* que en nuestro país no podía volver a remozarse la clásica aberración extraída malamente del art. 87 de la Carta del 25 —aquella de negarle jurisdicción a los tribunales ordinarios para examinar los actos del Ejecutivo cuando herían derechos fundamentales— y cuando se creía ya superada esa obscura época de 50 años de indefensión judicial para los ciudadanos, hoy la mismísima Contraloría General nos ha querido deparar una sorpresa, un recuerdo del pasado: el añejo “problema de lo contencioso administrativo”, verdadera metástasis del Estado de Derecho.

Es que el 9.11.1993 dicha Entidad Fiscalizadora aparece promoviendo una contienda de competencia ante el Senado, asilándose en el art. 49 N° 3 de la Constitución, dado que la Corte de Santiago, conociendo de un recurso de protección, que si bien termina rechazándolo en definitiva, desestimó al propio tiempo la alegación de la Contraloría, en orden a que el tribunal “carecería de jurisdicción” para revisar la ilegalidad o arbitrariedad de que puedan adolecer sus actos de representación y, en seguida, para ordenarle que tome razón de un decreto o resolución, supuesta la ilicitud de la representación que les afectaba³.

¹ Mensaje, N° 542-323, de 8.5.1992 (art. 5).

² Hemos abordado el punto en *Impugnabilidad de los actos administrativos*. Revista Chilena de Derecho (U. Católica de Chile), Vol. 16, N° 2 (1989), pp. 455-464.

³ Oficio 30.236. Recuérdese que anteriormente (oficio 37.267, de 18.10.1988) la Contraloría promovió idéntica contienda, respecto

Y ha de ponerse de relieve que la referida contienda de competencia viene a ocurrir cuando, a través de numerosos recursos de protección, se están colocando en la testera judicial los actos del Contralor *in totum*.

Así, e independientemente de la suerte que a la postre han corrido estos recursos, se han visto atacados en sede judicial y se ha sentenciado la plena recurribilidad de: (a) sus *resoluciones*, es decir, los actos administrativos decisorios o de voluntad orgánica que emite el Contralor en su carácter de jefe superior del Servicio, atinentes a su organización interna y a sus poderes jerárquicos por sobre sus funcionarios, o referidos a otras materias que caen dentro de su competencia (v. gr., arts. 62 y 67 de la Ley 10.336)⁴.

(b) Asimismo, no han sido escasos los recursos de protección en contra de sus *dictámenes*, o sea, aquellos actos de razonamientos que, de conformidad con los arts. 5, 6, 9 y 19 de la Ley 10.336, expide el Contralor para fijar el sentido y alcance de las normas administrativas, y que obligan a los servicios y entidades sometidas a su fiscalización a proceder conforme a ellos.

Como las determinaciones finales de la Administración activa muchas veces obedecen a una simple adaptación a estos pronunciamientos contralores, y de ello se derivan agravios a los derechos de las personas que es menester amparar, los tribunales han sentado su impugnabilidad a través del recurso de protección. A modo de un ejemplo, entre varios, en el caso *Sociedad Contractual Minera Toqui* (1989) observan "Que tampoco es efectivo que no pueda recurrirse de protección en contra de un dictamen de la Contraloría, porque ésta lo emite de acuerdo con sus facultades. En efecto, aunque al emitir un dictamen, la Contraloría lo hace dentro de sus atribuciones y aun de sus obligaciones, en la forma que no puede considerarse este acto arbitrario o ilegal, pero su contenido puede serlo y, al igual que una resolución pronunciada por un juez competente, pero contrariando una disposición legal, puede y debe ser enmendada por la

de otro recurso de protección dirigido en su contra, ante la Junta de Gobierno, asilándose en la disposición 18ª transitoria, letra h), de la Carta de 1980. Como no hubo acuerdo unánime entre los integrantes de dicha Junta, se desestimó la pretendida inmunidad.

⁴ Para recursos de protección deducidos en contra de "resoluciones" del Contralor, vid. E. SOTO KLOSS, *El recurso de protección (órdenes, doctrina y jurisprudencia)*. Edit. Jurídica de Chile (Stgo.) 1ª ed. (1982) pág. 382.

autoridad superior, así un dictamen de la Contraloría, en un caso similar, puede ser corregido por la autoridad judicial competente, en este caso la Corte de Apelaciones respectiva"⁵.

(c) Y los pronunciamientos que libra el Contralor, en ejercicio de su función de revisar preventivamente la regularidad de los decretos y resoluciones de la Administración, según los arts. 88 de la Constitución y 1, 10 y 154 de la Ley 10.336, también han sido campo fértil par numerosos recursos de protección. De este modo, en ocasiones se ha recurrido en contra del Contralor General por haberlos cursado sin reparo —esto es por haber *tomado razón* de tales documentos (cuya aplicación posterior es inminente y, por ende, suelen amenazar el ejercicio legítimo de un derecho de su destinatario)— y, en otras oportunidades, por haberlos objetado —esto es por haberlos *representado* (cuya paralización perturba u obstaculiza el ejercicio de un derecho que el decreto o resolución tachado venían confiriendo o reconociendo a su receptor).

Lo dicho a propósito de la representación amerita una breve explicación. Cuando la Contraloría examina un decreto o resolución y lo repara porque adolece —a su juicio— de vicios de inconstitucionalidad o de ilegalidad se abstiene de cursarlo. En otros términos, lo devuelve sin tramitar; esto es lo que se conoce

⁵ Corte de Santiago 16.1.1989 (cons. 7) C. Suprema 20.4.1989, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 86 (1989) 2.5, 36-46; Fallos del Mes 365,101-113 y *Gaceta Jurídica* 103, 37-47. Más recientemente, en *Olivares Esquer*, por sentencia de 30.4.1993 de la CAP. Stgo, confirmada por fallo de 1.7.1993 de la C. Suprema, y frente al argumento contralor de que la potestad dictaminante es una función "privativa" que no cabe interferir a través de un recurso de protección, nuestros tribunales superiores precisaron que: "Este planteamiento resulta inadmisibles por cuanto no hay en Chile ente alguno que se se margine de la tutela jurisdiccional establecida en los artículos 73 de la Constitución, 1º y 5º del Código Orgánico de Tribunales. El reconocimiento institucional de una facultad no importa su correcto o sano ejercicio; y esto último puede y debe ser examinado por los tribunales, cuando, como, en este caso, así se lo requiere" (GJ 157, 51-58).

Para mayores antecedentes, nos remitimos a nuestros *Notas sobre los dictámenes de la Contraloría General de la República*. XX Jornadas Chilenas de Derecho Público (U. de Valparaíso). Ed. Edevai (1989) 531-553.

como "representación". Pues bien, su trascendencia consiste en que este reproche del Contralor equivale a que el "proyecto" de acto administrativo que el Ejecutivo venía aprobando mediante dichos documentos, queda paralizado en su procedimiento de elaboración y no podrá nacer a la vida jurídica o, lo que es lo mismo, queda abortado su nacimiento.

Con todo, la Constitución, en su art. 88, contempla que, frente a esa circunstancia, el Jefe de Estado puede echar mano al arbitrio de la insistencia gubernativa o acudir al Tribunal Constitucional, según el caso, a fin de forzar a Contraloría a tomar razón del decreto o resolución representados, mas es evidente que ambas alternativas han sido previstas como un medio para solucionar una disputa "interorgánica", una *impasse* de interpretación entre el Primer Mandatario y el Contralor, acerca de la validez de tales decretos o resoluciones.

Empero, como puede que, a su turno, el Ejecutivo se abstenga de acudir a estos mecanismos y se desista de perseverar en su proyecto de acto administrativo, los particulares interesados en su efectiva emisión —puesto que el acto ha quedado paralizado en su trámite normal— están interponiendo los recursos de protección que les franquea el art. 20 de la Carta, como única alternativa que les resta para no quedar en la indefensión y así superar la representación del Contralor —que es impugnada de ilegal y/o arbitraria ante las Cortes— logrando de este modo que el acto que les beneficia pueda prosperar y llegar a aplicárseles.

Y la jurisprudencia mayoritaria consiente en la impugnabilidad judicial de la representación contralora, habida cuenta que —como dirá en el caso *East Fernández* (1990)— si bien "la potestad de tomar razón o de representar la inconstitucionalidad o ilegalidad de los decretos o resoluciones está radicada, en forma exclusiva y excluyente, en la Contraloría General, facultad que en su opinión cobra especial relevancia considerada la autonomía de rango constitucional del organismo a su cargo, cabe recordar que reiterada jurisprudencia de esta Corte ha resuelto que el claro sentido y tenor literal del artículo 20 de la Constitución Política de la República, como la historia fidedigna de su establecimiento, confirman que el recurso de protección tiene por precisa finalidad asegurar que cada uno y todos los funcionarios y autoridades del Estado, individuales o colegiados —sin distinción de nivel, jerarquía y naturaleza alguna— y cada persona o grupo de personas naturales en ejercicio de sus facultades y derechos deben encuadrarse en sus actos u omisiones al imperio del derecho, de manera tal que con ello no se cause a otro privación, perturbación o amenaza en el

legítimo ejercicio de los derechos y garantías que indica el artículo 20 de la Constitución Política de la República"⁶.

Sirva todo lo anterior para mostrar el estado actual de la cuestión y para preguntarse de nuevo, ¿puede ser objeto de un recurso de protección la representación del Contralor, al punto que las Cortes puedan llegar hasta dejarla sin efecto si es ilegal o arbitraria?

Más aún, siendo afirmativa la respuesta de los tribunales a la cuestión antes planteada, y en tren de abordar la contienda de competencia promovida por la Contraloría, ¿puede el Senado resolver lo contrario?

1. LA AUTONOMIA DE LA CONTRALORIA FRENTE A LOS TRIBUNALES

No han sido pocos los casos en que la Contraloría, para pretender sustraerse del control judicial de sus actos por medio del recurso de protección, ha esgrimido, cual punta de lanza de sus planteamientos, la "autonomía" que detenta según el art. 87 del texto constitucional vigente.

Así lo dice en su oficio al Senado: "debe tenerse presente que por aplicación del principio de separación de funciones que inspira el ordenamiento constitucional, el citado artículo

⁶ Cap. Stgo. 23.8.1990 CS 10.10.1990, en RDJ t. 87 (1990) 2.5, 163-169 y en GJ 124, 29-36. Lo mismo, antes, en *Soc. de Servicios Urbanos del Litoral S.A.* Cap. Stgo. 3.10.1989 CS 3.8.1989, en RDJ, t. 86 (1989) 2.5, 102-107 y FM 369, 483-488, y, ahora, *Martínez Galleguillos* Cap. Stgo. 22.3.1993. CS 7.4.1993 en FM 413, 146-149 y GJ 153, 58-60. Erradamente se había sentado lo contrario en *Bilbeny Polonio* Cap. Stgo. 19.2.1990 CS 14.3.1990, en GJ 118, 92-94.

Para la doctrina acerca de la plena recurribilidad en protección del acto de toma de razón/representación del Contralor, consúltese E. SOTO KLOSS en *El recurso de protección* cit. 365-396; *Informe Constitucional* N° 207 (27.11.1991) e *Informe Constitucional* N° 210 (2.12.1991). También M. DANIEL, *El control jurisdiccional sobre las decisiones de la Contraloría General de la República*, en XI Jornadas de Derecho Público, RDP 29/30 (1980) 239-264.

Hemos sustentado lo propio en *El trámite de toma de razón de los actos administrativos*, en Revista de Derecho Público (U. de Chile) N° 49 (1991) 131-168 (especialmente pp. 151-152).

87 de la Constitución Política confiere a la Contraloría General el carácter de organismo *autónomo*, atributo esencial que le garantiza *la más absoluta independencia* respecto de los demás órganos del Estado" (lo destacado es nuestro).

Luego añade que "siendo ello así, y considerando que, como se ha señalado, la función de control previo de legalidad de los actos de la Administración ha sido objeto de una completa regulación en la propia Ley Básica, la intervención de los Tribunales de Justicia en esta materia importa una tuiición que atenta contra el propósito manifiesto del constituyente de que aquella potestad sea ejercida por este Organismo Contralor con plena autonomía, dejándolo en la imposibilidad de cumplir la obligación que le impone la Carta Fundamental".

Mas esta ligereza no puede prosperar. En primer término porque no cabe sobreestimar el alcance y proyección del art. 87 traído a cuento, ya que si bien los constituyentes de 1980 aludieron en él a "un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República", se olvida, y probablemente se desdeña, el hecho que, en este punto, se circunscribieron a mantener la normativa *ex ante* referente a esa Entidad, es decir, encabezaron este precepto transcribiendo exactamente el entonces art. 21 del texto constitucional de 1925 —reformado en 1943 por la Ley 7.727— sin innovar para nada el *status* jurídico de la Contraloría.

Por cierto, al limitarse a recoger las normas en vigor a esa época concernientes a la naturaleza jurídica de la Contraloría, jamás estuvo en el ánimo de los comisionados ni abultar sus prerrogativas, ni menos conferirle el desusado privilegio de poder escapar a la revisión judicial de sus actos mediante un recurso de protección⁷.

⁷ Diríamos que —excepción hecha al "decreto de insistencia", del que se ocuparon con alguna profundidad— no estuvo en el ánimo de los constituyentes hacer una regulación integral y acabada acerca del trámite de toma de razón, ni entrar en mayores detalles en las dos escuetas disposiciones que le destinaron. Así quedó constancia en la Sesión 322 (25.10.1977), pág. 1703 de las *Actas de la Comisión Constituyente*, por manera que no cabe aducir —como ahora lo hace la Contraloría— que la toma de razón "ha sido objeto de una completa regulación en la propia Ley Básica".

Es más, lo anterior se explica por la idea confesa de los comisionados de, apenas, mantener (incluso con fuertes dudas y resis-

Lo dicho, para empezar.

Luego, y a la hora de indagar acerca del genuino sentido que en el derecho nacional cabe atribuirle al concepto de "autonomía" —de que gozan algunos organismos de la Administración por mandato constitucional (v. gr., la Contraloría, las municipalidades, el Banco Central), o simplemente legal (v. gr., las universidades estatales)— no es vano recordar que, según autorizada doctrina, aquel término consiste sólo en la facultad de realizar sus cometidos administrativos sin sujeción a la jerarquía del poder central⁸. En otras palabras, los órganos estatales que detentan "autonomía" escapan al *control jerárquico* de sus determinaciones por parte del *Gobierno*, léase Primer Mandatario y Ministros de Estado incluidos, pero ello no equivale a decir que también estén al margen del *control jurisdiccional* que ejercen *los tribunales* a requerimiento de parte afectada, porque no es lo mismo.

En ese mismo orden de ideas, la tendencia judicial ha sido enfática en orden a que la autonomía del órgano público que los emite no es óbice para que los tribunales puedan ponderar la ilegalidad o arbitrariedad de que puedan adolecer sus actos, en cuanto sean lesivos para los derechos de los terceros recurrentes de protección. En el caso *Morales Henríquez* (1981) han sentenciado: "Que la Universidad está dotada de autonomía académica, administrativa y económica..., mas en el ejercicio de esta gestión puede afectar derechos de terceros que están garantizados por las leyes y aun por la Constitución, en cuyo evento se produce un conflicto, y ese negocio, por mandato expreso del ordenamiento jurídico vigente, corresponde juzgarlo a los tribunales de justicia, acorde a la norma prevista en el artículo 5º del

tencias) las prerrogativas de la Contraloría y de ninguna manera aumentar su caudal. Son ilustrativas, a ese respecto, las intervenciones de los señores Ortuzar en Sesión 317 (27.9.1977), pág. 1615; Bertelsen y Guzmán en Sesión 318 (28.9.1977), págs. 1648 y 1651, respectivamente; y nuevamente Bertelsen en Sesión 320 (5.10.1977), pág. 1671 y Sesión 321 (18.10.1977), pág. 1692.

Para otras intervenciones que demuestran que la Contraloría estuvo *ad portas*, incluso, de ver desaparecer las más importantes facultades que detentaba hasta ese momento, vid. J. PRECHT, *Gobierno y Administración en la Constitución de 1980* GJ 67 (1986), pp. 25-26 (nota 8).

⁸ M. DANIEL, *La organización administrativa en Chile*. Edit. Jurídica de Chile (Stgo.), 2ª ed. (1985), 91.

Código Orgánico, que entrega a los tribunales ordinarios el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, con las solas excepciones que dicho precepto señala, y entre las cuales no se encuentra aquella, por manera que no puede discutirse que esta Corte carezca de jurisdicción"⁹.

Y en el recurso de protección *Rojas Bascur* (1980) añaden que: "Así, pues, la autonomía funcionaria en general, o universitaria en particular, está limitada por la facultad que tiene el Poder Judicial de conocer de todos los asuntos de orden temporal que se susciten en el territorio de la República, salvo los expresamente "exceptuados"¹⁰. Ni qué decir tiene que no existe disposición legal ni constitucional alguna que libere a los organismos estatales autónomos del examen que, de la regularidad de sus actos, puedan efectuar los tribunales al conocer de un recurso de protección u otra acción análoga.

Pero escuchemos ahora la voz de la misma Contraloría General, cuando entes administrativos pretenden ponerle como escudo la "autonomía" que detentan, para escabullir el control jurídico que ella realiza.

Es en esas circunstancias que el *Dictamen* 679, de 1992, concluyó que "la autonomía no importa una discrecionalidad que faculte al órgano o entidad autónoma para marginarse del principio de legalidad y, consecuentemente, del control administrativo y *jurisdiccional* que el ordenamiento jurídico constitucional establece en los artículos 6º, 7º, 20, 38, 87 y otros de la Carta Política. Por consiguiente, la fiscalización que la Contraloría General ejerce, por mandato constitucional, respecto de los órganos de la Administración y entre ellos la Universidad de Chile, en nada pueden afectar su autonomía, puesto que *el control y la autonomía no son conceptos antinómicos sino complementarios*" (lo destacado va por cuenta nuestra).

El mismo invariable veredicto ha mantenido la Contraloría en sus *Dictámenes* 40.966 de 1956; 46.538 de 1965; 39.905 de 1971; 5.044 y 28.822 de 1982, a mayor abundamiento.

Conclusión: el argumento de que las tan traídas y llevadas autonomías administrativas pueden servir de refugio para sortear el control jurídico que realizan tanto el Poder Judicial como la Contraloría General, ha caído, pues, por el peso de la jurisprudencia de los tribunales y de la jurisprudencia administrativa de la propia Contraloría.

2. REPRESENTACION CONTRALORA Y REVISION JUDICIAL

Pero si lo dicho por la misma Contraloría pone una lápida definitiva a su argumento de que la autonomía administrativa es un obstáculo insalvable para la procedencia del recurso de protección, en honor a la verdad, y para no dar una visión sesgada del asunto ha de decidirse que sus argumentos no se detienen ahí.

Su requerimiento ante el Senado proporciona también la idea que, al entrar a conocer de un recurso de protección deducido en su contra, los tribunales superiores de justicia incurren en una "injerencia indebida en la función de control preventivo de juridicidad de los actos de la Administración que corresponde a la competencia *privativa* que la Carta Política otorga a la Contraloría General, puesto que a través del recurso de protección las Cortes *sustituyen* a este Organismo en el examen previo de legalidad que le incumbe".

Acto seguido añade que "considerando que la Carta Política radica en la Contraloría General la atribución y el deber de tomar razón o representar un acto administrativo, regulando directamente el régimen jurídico de este control preventivo de legalidad, es inaceptable que un tribunal disponga que el Contralor General suspenda el trámite de toma de razón, o le ordene tomar razón de un decreto o resolución, o lo comine a dejar sin efecto dicho trámite o *entrobe de cualquier otro modo* la acción fiscalizadora preventiva del Organismo Contralor".

Ahora, tratando de extraer las enormes consecuencias que de tan escueta afirmación derivan, al hilo de dicha generalización, podríamos llegar al absurdo que el recurso de protección no sería nunca procedente en contra de ningún órgano de la Administración, incluida la Contraloría General.

Claro, como por una razón elemental de coherencia organizativa, ora el constituyente ora el legislador, confieren siempre potestades "privativas" y perfectamente delimitadas a cada uno de los órganos que componen la Administración —para que las mismas no puedan ser ejercidas paralelamente por otro órgano de la Administración—, resultaría de ello que esta

⁹ Corte de Valparaíso 2.1.1981 (cons. 1) C. Suprema 2.7.1981, RDJ t. 78 (1981), 2.5.93. Idem en *Espinoza Espinoza*, RDJ, t. 78 (1981) 2.5.92-113.

¹⁰ C. Suprema 25.11.1980 (cons. 5), RDJ t. 77 (1980) 2.1., 109-111.

técnica desbordaría el ámbito de la eficiente distribución de competencias administrativas, para erigirse en una solapada "inmunidad" jurisdiccional.

Es decir, aunque no lo creo en manera alguna, pero aceptando provisionalmente —es gracia— el argumento que proporciona la Contraloría, el recurso de protección ya no sólo no podría prosperar en su contra, porque la Constitución le ha conferido una competencia "privativa", sino que al compás del mismo dichoso criterio y de ahora en más, tampoco podría haber jamás para detener una arbitrariedad proveniente de los actos del Presidente de la República —porque sus prerrogativas hallan alero en la Ley Suprema— o para brindar amparo frente a ilicitudes o atropellos a causa de simples resoluciones de sus ministros, intendentes o gobernadores; ni para remediar un desahogado de una municipalidad —aunque avasallen los fueros de los ciudadanos— y todos invocarían para ello que la Carta les ha ungido poderes "privativos" que los jueces no pueden "usurpar".

En suma, y sin exagerar la nota, esto es el réquiem para el recurso de protección.

Pero si, *per absurdum*, no es posible consentir en esta peligrosa excepción perentoria de "falta de jurisdicción", por la fuerza expansiva negativa que acarrearía, agréguese a ello que tampoco encuentra asilo si se contrasta con la historia fidedigna del establecimiento del recurso de protección en nuestro país y con el texto que lo contiene, nacido precisamente para atacar, en sede judicial, los actos ilegales o abusivos de las autoridades administrativas que agravan los derechos de las personas.

La afirmación precedente se impone por varias razones.

Primero: porque hay que recordar que ya en las postrimerías del siglo XIX, don Jorge Huneeus, comentado el art. 143 de la Carta de 1833, a propósito de *habeas corpus* como medio tutelar de la libertad personal, propugnaba que este remedio judicial "se hiciera extensivo a todos los habitantes del Estado, que tuvieran que reclamar, no sólo por haber sido ilegalmente arrestados, sino por haber sido vejados o atropellados en el ejercicio de cualquiera de sus derechos individuales; y que la Corte Suprema pudiera, como sucedió hasta 1874, *proteger, hacer cumplir y reclamar a los otros Poderes por las garantías individuales y judiciales*, según lo disponía el artículo 146 de la Constitución de 1823"¹¹.

Revelador es, entonces, que nuestro actual recurso de protección —cual ampliación del recurso de amparo— encuentra su verdadero arraigo y raíz en la disposición del art. 146 de la Carta de 1823: los tribunales del Poder Judicial son los llamados a reclamar y hacer cumplir el pleno respeto de los derechos fundamentales, incluso y más que nada frente "*a los otros Poderes*" y, obvio es, sin que pueda aducirse que por ello se inmiscuyen o invaden facultades que no les empecen, como quiera que, de este modo, cumplen precisamente una de sus misiones más trascendentes dentro del régimen jurídico, cual es la función conservadora que hoy les asigna el art. 3º del Código Orgánico.

Segunda: porque si seguimos escudriñando en orígenes del recurso de protección, obligado es recalcar en el proyecto de los diputados Diez y Arnello de 1972, y que fuera reiterado en 1973 por los senadores Diez y Jarpa, donde se proponía enmendar el art. 11 de la Constitución del 25 para ampliar el recurso de amparo y, así, extender la tutela judicial a otros derechos, aparte de la libertad personal.

Ahora bien, su importancia estriba en que este proyecto viene a ser imaginado y concebido por sus autores como una solución —en alguna medida— a la situación de verdadera indefensión en que, a la época, se encontraba el ciudadano lesionado en sus derechos por las demasías de los órganos de la Administración Pública, que no encontraban paliativo alguno de parte de los tribunales ordinarios, habida cuenta que, producto de la deficiente lectura que hicieron del art. 87 de la Carta de 1925 se excusaban en su supuesta "falta de jurisdicción" para ampararlo¹².

Como acota el profesor Soto Kloss, "frente a esa denegación de justicia de los tribunales para conocer de las arbitrariedades y agravios de la actividad administrativa del Estado es que surgió de modo principal esa acción de amparo que imaginara en 1972 el legislador

¹² Sobre este "paliativo" que vino a significar la instauración del recurso de protección en 1976, vid. E. SOTO KLOSS, *Amparo Judicial y Recurso de Protección en El Mercurio* (Stgo.) 21.11.1976, IV. y *El recurso de protección ¿una acción incomprensible?* en ídem 19.6.1977, p. 2. De la misma línea es M. OTERO L. en *Facultad de los tribunales de justicia para conocer de acciones fundamentadas en la ilegalidad de un acto administrativo o de autoridad*, *Revista de Derecho Procesal* (U. de Chile) Nº 12 (1978) 135-143 (en especial pág. 136).

¹¹ *La Constitución ante el Congreso* (3 vol.), Impr. Cervantes (Stgo.), 1891, Vol. 2 pág. 339.

planteando al efecto una reforma constitucional¹³.

Para despejar cualquier duda al respecto, es útil transcribir, en lo pertinente, el texto del referido proyecto: "Quien por procedimientos, actos u omisiones arbitrarios o ilegales de las autoridades políticas o administrativas o quienquiera sea perturbado o privado del legítimo ejercicio de sus libertades, bienes, trabajo o derechos garantizados por la Constitución y las leyes, podrá concurrir..."

He ahí, pues, el sentido originario del recurso de marras —instaurado luego por el Acta Constitucional N° 3, de 1976, y que después pasaría como art. 20 a la Constitución de 1980—, un remedio procesal de la esfera subjetiva de los ciudadanos, sobre todo cuando es alcanzada por los nada infrecuentes ucases "de las autoridades políticas o administrativas" (carácter éste que hoy la Contraloría se atribuye para entablar la contienda de que se trata, ante el Senado, según el art. 49 N° 3 de la Constitución).

Y si la Comisión Constituyente de 1976 aprobó, en definitiva, un texto que no alude para nada al sujeto causante del agravio, la historia cierta de su establecimiento (sesiones 214 ss.) indica que ello tuvo por propósito impedir una amplitud mayor a esta acción de amparo general, puesto que la privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos fundamentales puede provenir tanto de particulares como de "autoridades políticas o administrativas"¹⁴.

Tercera: porque, amén de lo anterior, como el tenor literal del art. 20 de la Ley Suprema no formula distingo alguno respecto de "contra quién" procede, secuela de ello es que ninguna autoridad política o administrativa —cualquiera que sea su alcurnia— puede pretender marginarse del ámbito de la acción constitucional de protección, cuando por cualquier acto, procedimiento u omisión antijurídicos que le sean atribuibles, causa lesión a los derechos esenciales de terceros.

Además, en el terreno del contexto de las normas constitucionales, sólo cabe reconocer una única limitante al recurso de protección, y que es aquella que consagra el art. 41 N° 3° del Estatuto Fundamental, en cuya virtud "los tribunales de justicia no podrán, en caso alguno, entrar a calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocada por la autoridad para adoptar las medidas en el ejercicio

de las facultades excepcionales que le confiere esta Constitución". Claro es que, por tratarse ésta de una disposición inserta dentro del párrafo referido a los "Estados de Excepción Constitucional", amerita una interpretación restrictiva, o sea, esta excepción sólo rige en el campo de su consagración normativa, sin que pueda extenderse a figuras o situaciones que le son ajenas, como es la plena procedencia del Recurso de Protección en contra de actos del Contralor General durante los estados de normalidad institucional imperantes.

Cuarta: porque si seguimos adentrándonos en el resto del ordenamiento jurídico se afianza aún más la idea que los actos del Contralor sí son pasibles de las acciones jurisdiccionales que los terceros afectados por ellos entablen ante los tribunales. Así, la ley orgánica constitucional 18.575, después de insertar a la Contraloría General como parte integrante de los ramos de la Administración del Estado (art. 1), tuvo buen cuidado de advertir que "Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes" (art. 2), para luego insistir en que "los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, *sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar*" (art. 9).

Los preceptos en cuestión no abren ninguna brecha a la inmunidad jurisdiccional, puesto que, por su amplitud, alcanzan a la totalidad de los actos provenientes de los órganos administrativos (pasando por aquellos de la Contraloría) y cualesquiera que sea su contenido. De esta manera, caen bajo el principio de la impugnabilidad en sede judicial —entre otros— tanto los "actos decisorios o de voluntad orgánica" (léase aquellos que usualmente se expresan en decretos y resoluciones y que innovan en el ordenamiento jurídico, creando, modificando o extinguiendo, bajo las fuentes de superior valor legal, derecho objetivo o derecho subjetivo), como asimismo los "actos de razonamiento" (aquellos que se manifiestan en oficios y dictámenes y que tienen por objeto interpretar normas precedentes del orden jurídico vigente).

Y si el art. 8 de la Ley 10.336 dice que "las resoluciones definitivas que dentro de su competencia dicte el Contralor no serán susceptibles de recurso alguno ante otra autoridad", ha de replicarse que —por elementales razones de jerarquía normativa— esta regla legal no puede servir de abono para limitar el alcance de una norma de rango constitucional que, como el art. 20 de la Carta Fundamental,

¹³ E. SOTO KLOSS, *El recurso de protección*, cit., 401.

¹⁴ E. SOTO KLOSS, *El recurso de protección*, cit., 40-42.

prescribe la procedencia del recurso de protección, independientemente de quien sea el autor del agravio al legítimo ejercicio de los derechos amparados por esta vía.

Por lo demás, cuando en grado de toma de razón el Contralor objeta o representa un decreto o resolución y lo devuelve sin tramitar, expresando los motivos por los cuales se ha abstenido de darles curso regular, no expide una "resolución" —pues nada innova en la legalidad vigente— sino que emite un acto de razonamiento que se traduce en un oficio, en el cual —según reza el art. 10 de la Ley 10.336— "se pronunciará sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de que puedan adolecer", de suerte tal que a este pronunciamiento que es la representación no le alcanza la limitante del art. 8 de la misma ley —que se refiere a las resoluciones— y, por ende, puede ser recurrido de protección cuando perturba el legítimo ejercicio de los derechos que el decreto o resolución cuestionados venían confiando a los ciudadanos afectados.

A estas alturas, y a las claras, ya que todo acto administrativo es pasible ante la Jurisdicción, se escuchará aún la última réplica de sus detractores: que el recurso de protección "sirve para cualquier cosa" y que, es tal la amplitud "que se le quiere dar", que en ese compás las Cortes de Apelaciones pasarán a convertirse en un "supra-poder" del Estado y por encima de todos los órganos constituidos. Como la Contraloría General lo dice —a su modo— no corresponde "que a través del recurso de protección las Cortes *sustituyan* a este organismo... *ni entablen de cualquier otro modo* su acción fiscalizadora".

Pasando por alto la desconfianza hacia el Poder Judicial, que muchas veces subyace latente tras estos pensamientos, es bueno aclarar acá algunos errores de concepto u olvidos que envuelven.

Uno: se suele olvidar que el mismo art. 20 de la Ley Suprema confiere directamente al juez del amparo la facultad-deber de adoptar, de inmediato y sin más dilaciones, "las providencias *que juzge necesarias* para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado".

Surge indudable de la oración transcrita que el constituyente renunció a confeccionar, él, un compendio taxativo de las medidas cautelares susceptibles de adoptar en estos casos, transfiriendo a los tribunales del Poder Judicial —que para este efecto los quiso superiores y colegiados— la función de imaginar, en cada caso concreto y según sus particularidades, la medida protectiva que, prudentemente, les aconseje su sano criterio para restaurar el orden jurídico quebrantando y brindar amparo al agraviado.

Por consiguiente, no existiendo en la norma un compendio limitado de posibles resoluciones a adoptar por las Cortes, no puede tildarse que la escogida por ellas escapa al texto o al contexto de la Constitución, si es acorde e idónea con el propósito final u objetivo que ella misma ha previsto, cual no es atender a la situación de un indiferente culpable, sino tutelar la esfera jurídica subjetiva del afectado.

¿Por qué no podrían —entonces— ordenarle al Contralor que tome razón de un decreto o resolución, que éste ha paralizado en su trámite normal mediante una representación ilegal o arbitraria, si con ello perturba derechos de los recurrentes que penden de dicho decreto o resolución?

Dos: queda en la amnesia, también, que en nuestro régimen, durante el examen previo de juridicidad de los decretos y resoluciones, *lo imprescindible no es el juicio favorable del Contralor sino su toma de razón.*

Se comprende a cabalidad lo anterior si se pasa por el siguiente distingo: una cosa es la facultad del Contralor de representar un decreto o resolución cuando —en su opinión— no se ajusta a derecho, y otra muy diferente es su facultad para estampar la toma de razón en tal decreto o resolución.

En efecto, aun cuando usualmente van juntas la opinión favorable del Contralor acerca de la regularidad de un decreto o resolución y la consiguiente toma de razón del mismo, en el evento que lo "represente", esta objeción que él hace no es la última *palabra en materia de derecho.*

Porque si la representación es por presunta ilegalidad, el Presidente de la República puede insistir con la firma de todos sus ministros, evento en el cual el Contralor "deberá" tomar razón. Es decir, en este diferendo prima el criterio del Jefe de Estado, pero éste no "sustituye" al Contralor, ya que, a fin de cuentas, es él quien termina estampando la toma de razón en el acto insistido, en cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 88 de la Constitución y 10 de la Ley 10.336.

Si la representación es por supuesta inconstitucionalidad y el Presidente de la República no se conforma con la representación, deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional a fin de que éste resuelva la controversia. Y si esta Jurisdicción zanja la dispuesta en favor del Primer Mandatario, en su sentencia le ordenará al Contralor "que proceda, de inmediato, a tomar razón del decreto o resolución impugnado", en cumplimiento del imperativo contenido en los arts. 82 Nº 6º y 88 de la Constitución y art. 49 de la Ley 17.997, sin "sustituirlo".

Y tampoco "sustituye" al Contralor una Corte de Apelaciones cuando, resolviendo un recurso de protección, en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada le ordena a él como organismo competente tomar razón de un decreto o resolución, en tanto "providencia necesaria para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado", conforme con el art. 20 de la Constitución y, por añadidura, al amparo de su art. 73 inc. 4^º, en mérito del cual "la autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar".

Según se desprende de una observación atenta de nuestro régimen jurídico, en cualquiera de las hipótesis planteadas en los tres párrafos precedentes, nadie "sustituye" al Contralor en su función de tomar razón, aunque en tales casos su opinión previa haya sido adversa, porque está expresamente previsto que no es ésta la que prima en definitiva.

Y tres: cuando se predica que los jueces no pueden "entrabar de cualquier modo" la acción de la Administración, parece que tampoco se recordara que tal axioma es propio del régimen francés y, por ende, completamente ajeno dentro de nuestro sistema.

Si por circunstancias político-institucionales, propias e intransferibles, ocurridas durante el *Ancien Régime*, allá en Francia se estableció en la Ley de 16-24 de agosto de 1790 que "las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de prevaricación, *interferir por ningún medio* la actividad de los cuerpos administrativos, ni citar a juicio a los administradores por razón de sus funciones" —prohibición repetida cinco años más tarde por el Decreto de 16 de fructidor del año III—; acá en nuestro país la situación es diametralmente distinta, si no se flirtea con lo foráneo y se atiende a las raíces de nuestras propias normas¹⁵.

En ese orden de ideas se nos viene a la memoria la gestación del art. 4 de la ley de organización y atribuciones de los tribunales y juzgados de 1875 —hoy reproducido *in inte-*

grum por el Código Orgánico de 1943— cuando la Comisión Revisora del proyecto original del Sr. Vargas Fontecilla propuso que llevara la siguiente redacción: "Es prohibido al poder judicial mezclarse en las funciones de los otros poderes públicos, *entorpecerlas de cualquier modo*, i en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes".

Pero si, hasta ahí, parecía que en Chile se caía bajo la férula francesa, parasitando de aquel régimen extranjero expresiones que hoy, por sorprendente coincidencia, revive la Contraloría, aconteció que después en el Parlamento —según narra don Manuel Egidio Ballesteros— esta disposición del proyecto fue calificada "como perniciosa i ocasionada a dejar sin amparo los derechos de los ciudadanos... siendo, además, reaccionaria del precepto que consignaba el artículo 116 de la Constitución de 1823, que decía: 'El poder judicial protege los derechos individuales conforme a los preceptos siguientes', etc. Esa Constitución, al encargar al poder judicial la protección de los derechos individuales, consignaba una disposición indispensable, desde que es menester que los ciudadanos cuenten con una verdadera garantía para el caso de ser atropellados por las autoridades a pretexto de medidas administrativas"¹⁶.

Ello explica que en la sesión de 28 de agosto de 1874, el entonces Ministro de Justicia Sr. Barceló presentó una modificación del art. 4 —finalmente aceptada— en que cambiaba el vocablo "funciones" de la primera frase por el de "atribuciones" y *suprimía estas palabras*: "*entorpecerlas de cualquier modo*".

Por eso se entiende en nuestro país que si bien los tribunales del Poder Judicial no pueden dictar un reglamento para la ejecución de las leyes, ni adoptar medidas de policía para prevenir nuevos delitos, ni ellos tomar razón de un acto administrativo que interesa a un ciudadano, porque en ese tren faltarían a la prohibición expresada en el art. 4 reseñado y usurparían prerrogativas de otros Poderes, que

¹⁵ Para formarse una idea general sobre el régimen administrativo francés y sus relaciones con el Poder Judicial (marcadas por la desconfianza de los revolucionarios de 1789 hacia la "nobleza de toga"), existen dos obras de fácil acceso: G. VEDEL, *Derechos administrativo*, Bibl. Jurídica Aguilar (Madrid) 1^ª ed. (1980) 55-59 y P. WEIL, *Derecho administrativo*, Civitas (Madrid) 1^ª ed. (1989) 40.

¹⁶ Vid. MANUEL EGIDIO BALLESTEROS, *La lei de organización i atribuciones de los Tribunales de Chile (antecedentes, concordancia i aplicación práctica de sus disposiciones)* (2 vols.), Impr. Nacional (1890), Vol. 1, 22. Para la historia de este precepto consúltese también a MARIANO FONTECILLA, *Facultad o jurisdicción de los tribunales ordinarios para conocer de ciertas materias relacionadas con decretos del Presidente de la República*, en su obra *Mis andanzas por los tribunales*, Impr. Gendarmería (Chile), 1^ª ed. (1981) 601-609.

no les corresponden, sí les es lícito a los jueces dejar sin aplicación los actos de la Administración (como una representación del Contralor) que sean ilegales o arbitrarios y lesivos para los derechos de los recurrentes, a la par que, con el propósito de darles la debida protección, pueden también ordenar a la Administración que haga lo que es de su competencia (como que el Contralor tome razón de un decreto o resolución).

3. CONCLUSIONES

A título de colofón, y merced a las consideraciones que preceden estas líneas, se puede aseverar que no puede prosperar el privilegio de la inmunidad judicial que la Contraloría quiere arrancar en su favor.

Al alero del orden constitucional vigente —según expresan los arts. 1º inc. 4º y 5º inc. 2º del texto que lo contiene— al Estado-administrador no se le puede dejar brecha ni resquicio alguno por donde vulnerar el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Por ende —empezando por los arts. 20

y 73 de la misma Constitución, pasando por los arts. 2 y 9 de la Ley 18.575, y siguiendo con los arts. 3º, 4º, 5º y 10 del Código Orgánico de Tribunales— compete a la función judicial velar sin tregua ni descanso, sin pretexto ni excusa, porque esos fueros ciudadanos no se vean privados, perturbados o amenazados, en su legítimo ejercicio, mediante actos abusivos o ilegales provenientes de las autoridades políticas o administrativas.

A la inversa, la denegación de justicia por los tribunales, rehusar el fallo bajo la disculpa de que el agravante, el autor del atropello, es una autoridad que detenta "poderes privados" o "autonomías" en el orden administrativo, sería abrir el portillo para la irrupción de las peores arbitrariedades y poner en peligro los cimientos del Estado de Derecho.

Es harto evidente además que, de admitirse el brocardo absolutista de la siempre acariciada "falta de jurisdicción" en provecho de la Administración, he ahí que se engendraría, a fin de cuentas y cual extraña en tierra extranjera, una "persona privilegiada" que no consiente tampoco nuestra Constitución (art. 19 Nº 2º).